

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : UN REGARD EMPIRISTE CRITIQUE

Par

Éric Millard

*Centre de Théorie et Analyse du Droit (UMR 7074),
Professeur à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense (Paris X)*

L'analyse économique du droit est peut-être victime de son succès, après avoir souffert de sa marginalité ; nombre de juristes français notamment, après avoir professé une certaine distance vis-à-vis de l'intrusion d'éléments impurs dans le droit, s'appuient sur elle pour remplacer une éthique ou trop conservatrice, ou trop fluctuante, ou encore pour régénérer des vertus du modernisme une dogmatique qui ne veut plus dire son nom. Il en résulte, en deçà de quelques remarquables réflexions, une vulgate qui vaut ce que valent les vulgates...

L'ouvrage d'Ejan Mackaay et de Stéphane Rousseau paraît alors que s'installe cette vulgate, et il permettra certainement d'éviter que des lieux communs toujours difficiles à combattre ne s'installent : les auteurs savent de quoi ils parlent, et font le choix de s'adresser non aux spécialistes, mais à tous les utilisateurs potentiels de l'analyse économique du droit. Le pari en effet de ce livre est que l'analyse économique du droit a quelque chose à dire aux juristes civilistes (dans les deux sens : aux juristes qui ne sont pas d'un pays de common law et à ceux parmi eux qui étudient ou commentent le droit civil) : l'analyse économique du droit pourrait permettre à la doctrine civiliste de se renouveler et de reprendre, grâce à elle, une place qu'elle a ou aurait perdue ; toutes choses qui, dès lors qu'est évoqué un âge d'or, vaudrait aussi bien sûr pour la doctrine publiciste (des pays de droit civil).

Il me paraît difficile d'apprécier directement ce pronostic dans le champ du droit civil ; en revanche, je voudrais m'attacher à la méthode qui est préconisée par l'ouvrage, et interroger ainsi sur le terrain de la théorie générale du droit les apports de l'analyse économique du droit à la science du droit.

La question est évidemment, en soi, compliquée. Elle suppose d'abord l'exposé d'une théorie préalable de ce qu'est ou doit être la science du droit. De ce point de vue, les propositions qui suivent s'appuient sur une conception de type positiviste-empiriste, qui considère que la science du droit appelle l'énoncé de propositions vérifiables empiriquement, décrivant un état de choses, ou de propositions analytiques, nécessairement vraies ; elle est exclusive d'énoncés qui comporteraient des jugements de valeurs¹. Elle suppose ensuite une compréhension de l'analyse économique du droit et de ce point de vue, j'avoue ne pas avoir encore une conception très claire des limites du champ de la démarche, puisque mes points d'entrée ne se limitent pas à l'ouvrage qui nous retient ici, mais passent aussi notamment par Posner (au pluriel : le père et le fils et pour le père dans ses versions successives), par Kirat², par Marciano³, par Defains⁴ ou par Duncan Kennedy⁵

¹ Sur ces questions voir par exemple É. Millard, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006.

² T. Kirat et F. Marty, *Économie du droit et de la réglementation*, éditions Gualino, Mémentos LMD/Master, Paris, 2007 ; J.-B. Auby, T. Kirat, F. Marty, L. Vidal, *Économie et droit du contrat*

notamment. Cette pluralité de points d'entrée, souvent différents sinon opposés et contradictoires, est surdéterminée par certaines pratiques théoriques auxquelles j'ai pu participer, et particulièrement la proposition d'une théorie des contraintes juridiques⁶, dont certains points (par exemple la rationalité de l'homo juridicus) semblent introduire en miroir dans l'analyse du droit une hypothèse essentielle de l'analyse économique orthodoxe, et dont d'autres questions (par exemple la possibilité de concevoir une analyse économique des contraintes juridiques, ou une analyse des contraintes économiques de la décision juridique) s'appuient directement sur certaines analyses économiques du droit⁷.

Je voudrais dès lors faire quatre propositions pour entrer dans ce débat sur l'apport de l'analyse économique du droit à la science du droit, qui portent sur un positionnement à adopter par rapport à l'analyse économique du droit (I), sur une opposition quant à la théorie de la science qui est en jeu (II), sur la reconstruction qui est opérée par l'analyse économique du droit (III) et sur l'usage que j'en propose (IV).

I. Position

L'analyse économique du droit assume des postures théoriques qui *a priori* ne sont pas éloignées de celles sur lesquelles je m'appuie. Si nombre de juristes européens ont vu l'aventure réaliste, au moins dans son versant américain, comme un cauchemar, par opposition au rêve noble de Hart⁸, je considère en revanche que même si elle a donné naissance à une multitude de courants divers et inégaux, elle a eu le mérite de fournir un salutaire repositionnement de la pensée dans, sur et avec le droit. Or évidemment le réalisme juridique américain constitue, avec le pragmatisme philosophique⁹ et l'utilitarisme teinté de conséquentialisme les piliers théoriques qui ont permis à l'analyse économique du droit de se développer.

Une théorie empiriste du droit partage alors un grand nombre des préoccupations premières de l'analyse économique du droit : un antiformalisme qui vise à déconstruire le discours juridique et sa prétendue rationalité intrinsèque pour faire apparaître les lignes de forces sociales que ce discours tend à occulter (quelle qu'elles soient, y compris économiques) ; le refus de toute morale *a priori* (les valeurs ne sont que l'expression de préférences) ; la thèse de la réalité et du *judge made law*¹⁰.

administratif. Application à la répartition des risques dans les marchés publics et les délégations de service public, Paris, La Documentation française, coll. "Perspectives sur la justice", 2005 (Préface M. Marceau Long, Vice-Président honoraire du Conseil d'État) ; T. Kirat, Économie du droit, La Découverte, coll. Repères, 1999.

³ A. Marciano, *Posner, l'analyse économique du droit*, Michalon, 2003.

⁴ B. Deffains et S. Ferey, *Théorie du droit et analyse économique*, Droits, 2007.

⁵ D. Kennedy, *Sexy Dressing (violences sexuelles et érotisation de la domination)*, Flammarion, 2008 ; *Legal Economics of U.S. Low Income Housing Markets in Light of "Informality" Analysis*, *Journal of Law in Society*, 2002 ; *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, 2 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 465, P. Newman, ed., Macmillan, New York, 1998.

⁶ M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorzcyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005.

⁷ Voir É. Millard, *Le Réalisme scandinave et la Théorie des contraintes*, in M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorzcyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005, pp. 143-154.

⁸ H.L.A. Hart, "American Jurisprudence through English Eyes : the Nightmare and the Noble Dream", 11, *Georgia Law Review*, n° 5 ; Lacey, Nicola. *A life of HLA Hart: the nightmare and the noble dream*. Oxford University Press, 2004.

⁹ R. Posner, *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990 (contient le fameux : "A pragmatist Manifesto").

¹⁰ O.W. Holmes Jr., *The Path of the Law*, *Harvard Law Review*, 1897.

Je considère donc avoir par cet arrière plan commun la possibilité d'une sympathie *a priori* pour l'analyse économique du droit, ce qui peut distinguer les théoriciens empiristes de la plupart des juristes continentaux, peu familiers de ces approches du droit, lorsqu'ils ne sont pas directement hostiles (jusnaturalistes, formalistes, etc). Mais cette sympathie ne signifie pas communion, même si elle peut faciliter la compréhension peut-être (et pour filer la métaphore religieuse que l'un et l'autre combattent, si elle garde aussi et surtout de l'enthousiasme et du prosélytisme des convertis).

II. Opposition

Il est pratiquement impossible de dégager une position commune à toute l'analyse économique du droit sur ce qu'elle pourrait entendre par science du droit (pour autant que cette question ait un sens pour elle).

Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau font état finalement dans leur démarche d'une position qui n'est guère originale puisque pour l'essentiel elle s'inscrit dans l'héritage classique de la dogmatique civiliste : la fonction de la doctrine doit être de trouver de bonnes solutions, ce qui évidemment contraste avec l'intérêt de recourir à une approche novatrice (et en mon sens le réduit puisqu'il s'agit de rénover et non de changer de perspective épistémologique).

Richard Posner quant à lui, semble nier l'idée même d'une science du droit, si par celle-ci on entend une science autonome du droit. Il pousse à ses extrêmes la démarche réaliste, qui en déconstruisant l'objet pour lui redonner sa dimension sociale, l'inscrit pratiquement comme ressource pour l'action et cognitivement comme absorbé par les démarches des sciences de la société : le choix dans les deux cas appréhende le droit à travers l'autorité qui le fait.

Même si je me sens beaucoup plus proche de la démarche d'un Posner, qui change de paradigme, que de celle adoptée par Mackaay et Rousseau, je crois que demeure avec ces deux approches antithétiques une opposition. Il est possible pour les théoriciens empiristes de concevoir une science descriptive du droit qui décrive l'activité des autorités qui le font ; or cette science peut ne pas se confondre avec une sociologie au sens très large, dès lors qu'elle construit spécifiquement son objet : le discours de ces autorités c'est-à-dire les arguments et justifications avancées par ces autorités lorsqu'elles disent qu'une norme existe et se servent de cette norme pour décider dans un cas, et dès lors qu'elle construit sa méthode ; une analyse critique du langage de ces autorités.

De plus, la proximité avec la déconstruction posnérienne ne doit pas conduire à occulter une question essentielle pour une théorie de la science du droit : à supposer qu'effectivement il ne puisse y avoir après la déconstruction réaliste une science du droit qui soit autonome (donc qu'il ne puisse y avoir une analyse critique du langage à partir d'une métathéorie empiriste), les sciences qui pourraient se donner le droit comme objet sont au sens large des sociologies (et plus particulièrement une sociologie du type de celle mobilisée dans certains champs de la science politique) ; mais non une science économique, sauf à nier comme pour la science juridique qu'elle soit une science autonome et la réintroduire elle aussi dans la sociologie au sens large. Or il est clair que ce n'est pas là la démarche de Posner ou de la plupart des versions de l'analyse économique du droit, ce qui tend bien à montrer que l'accent mis sur l'analyse économique ne vise pas à remplir un programme scientifique (une science décrivant le droit dans quelque sens que ce soit) mais bien un programme prescriptif.

III. Reconstruction

L'analyse économique du droit (dans ses acceptions majoritaires, y compris Posner) n'est pas le résultat d'une déconstruction antiformaliste ; elle est une reconstruction qui a besoin de cette déconstruction pour pouvoir substituer son mode de prescription aux modes précédents.

Les points sur lesquels insistent les auteurs comprennent l'idée de bon choix (soutenue par l'idée de rationalité économique), l'idée d'une évaluation du droit (au regard de critères économiques) et l'idée que l'analyse économique doit ou peut servir de guide à la décision juridique.

Prescriptive dans un sens faible (parce qu'elle insiste sur les méthodes davantage que sur les contenus *a priori*), l'analyse économique du droit est donc, ainsi appréhendée, simplement une doctrine, ou, plus exactement une dogmatique, et non une théorie (ce qu'elle pourrait éventuellement être, mais c'est une autre question). Ce caractère dogmatico-doctrinal, pour être redessiné, est confirmé par la place prise chez Mackaay et Rousscau par l'interrogation sur la vieille question des fondements du droit, qui occupe toute la première partie de leur ouvrage¹¹.

Cette reconstruction et cette dimension prescriptive conduisent à poser deux questions, par rapport à l'interrogation qui nous occupe (l'apport de l'analyse économique du droit à la science du droit) : celle de la validité de l'économie (prescriptive) comme science et celle de la validité de la norme par rapport aux résultats livrés par l'économie si elle est une science (descriptive).

a) Il est possible d'abord que l'économie soit une science descriptive (et si cela est vrai on pourra passer à la question b). Mais pour répondre à cette question il faudra évidemment commencer par trancher entre des versions très concurrentes de l'économie, entre économie standard et économies hétérodoxes, elles mêmes multiples, ou du moins décider entre ces versions ce qui est commun (et la question épistémologique doit y figurer, avec son cortège des protocoles explicites de vérification des résultats) et ce qui diverge comme hypothèse théorique (sachant que dans le modèle d'une science descriptive, ces hypothèses théoriques n'ont de valeur que par leur capacité heuristique de description du monde). Même si l'analyse économique du droit est elle aussi traversée par ces conceptions concurrentes des sciences économiques, il demeure que le modèle standard de l'économie, particulièrement dans sa version de Chicago, est le modèle de référence le mieux partagé¹². Ce n'est pas le plus visiblement empirique.

Il est possible ensuite que l'économie à laquelle se réfère l'analyse économique du droit soit une science purement analytique, qui travaille sur des modèles, à partir d'axiomes comme celui éventuellement de la rationalité économique. Mais à cause justement de telles prémisses, il paraît difficile de se fonder sur elle pour guider la décision, évaluer l'existant, ou trouver la bonne solution. Tant qu'il n'y a pas confrontation au réel dans une démarche synthétique, le modèle analytique est vrai seulement parce qu'il est cohérent.

Il est possible enfin que ce que certaines démarches que l'on range dans les sciences économiques soient purement prescriptives et idéologiques : qu'elles affirment d'autorité la supériorité de certains modèles (le marché non régulé, la rationalité économique, etc.) et se parent pour renforcer leur autorité du nom de science, sans se contraindre à la méthode des sciences.

¹¹ E. Mackaay et St. Rousscau, *Analyse économique du droit*, 2ème éd., Dalloz, 2008, pp. 22-177.

¹² Même si à l'Université de Chicago elle-même son hégémonie est (au moins à la marge) contestée et si au sein de l'analyse économique du droit comme mouvement d'autres modèles sont mobilisés.

b) Même si la question précédente est d'importance (et je laisse aux économistes le soin de la trancher, c'est-à-dire à ceux qui affirment que la démarche économique est une démarche scientifique le soin d'élucider quelles démarches sont visées et quelles conceptions de la science), elle ne change en réalité pas le fond du problème. La validité d'une norme ne dépend en rien de la vérité d'une proposition ; elle ne dépend que d'un fait d'autorité qui fonde un système ou qui est reconnu par un système.

On peut démontrer que tel type de règle a tel effet sur l'économie, par exemple que le marché non régulé par des règles de droit permettrait une meilleure satisfaction des besoins de chacun en fournissant les meilleurs biens au meilleur prix, que le choix de certaines politiques publiques aurait tel effet sur l'accroissement ou la baisse du chômage, etc. *So what?*

La norme n'a pas pour fonction de dire ce qui est, mais de prescrire ce qui doit être. Or il n'existe aucun argument valable qui lie automatiquement une proposition scientifique décrivant ce qui est à une prescription de ce qui doit être. Sur le plan logique : Humc, encore et toujours, évidemment, et cela est suffisant. Mais posons aussi la question en d'autres termes.

D'une part, il est clair que la formulation retenue par l'analyse économique du droit est telle qu'elle laisse planer le doute : elle veut guider la décision et non la provoquer. Mais elle veut aussi évaluer la décision, et dire ce que sont les bons choix. La gradation des termes valoratifs est telle que si le doute reste permis, il est peu plausible. Il s'agit bien de dire que le politique et le juridique peuvent ne pas suivre l'enseignement économique, mais que la bonne décision et le bon droit sont du côté de ceux qui les suivent.

D'autre part, se pose la question du facteur unique. Pourquoi le savoir économique serait l'élément à prendre en compte, et non d'autres critères aussi, quels qu'ils soient (moraux, esthétiques, disciplinants, etc.) ? L'analyse économique du droit est ici aussi réductrice que la vulgate marxiste de l'irréductibilité de l'infrastructure et du mécanisme de l'histoire. Il n'y a pas de place pour l'action humaine, et pour son action sur sa destinée. Le politique, et dans les États modernes la décision juridique qui est acte politique, consiste pourtant à choisir, à hiérarchiser des priorités ; dans une démocratie, ce choix est légitime par son imputation au peuple souverain, et non à un savoir quel qu'il soit. Le modèle de la décroissance est à cet égard extrême mais intéressant : toutes les théories économiques que mobilise l'analyse économique du droit dans toutes ses versions affirment la prévalence d'un modèle de développement et de croissance. Il est aisé d'en constater les bienfaits matériels, et les conséquences positives de ces bienfaits matériels (santé, relative paix, etc.) ; il serait malhonnête cependant d'affirmer que ces bienfaits ne s'accompagnent pas de nuisances (pollutions, précarité, nouvelles maladies, nouveaux rapports individuels, etc.). Qui doit arbitrer pour décider si les bienfaits doivent continuer à prévaloir sur les nuisances, ou si il faut tenir compte des nuisances pour les réduire (quitte à limiter la croissance et les bienfaits) ou si encore il faut considérer que les nuisances ne sont pas acceptables et refuser les bienfaits et la croissance (et éventuellement inventer autre chose) ? *En raison*, nous dira-t-on, les bienfaits doivent prévaloir, limités ou non. *En raison*, le discours scientifique le montrera, mais parce que justement ce discours construit les faits en ces termes (bienfaits/nuisances). *En raison*, dès lors, il n'est pas besoin de décider politiquement. *En raison*, ainsi, il n'est pas nécessaire qu'il y ait une démocratie. C'est le rêve de toute idéologie, y compris de l'idéologie scientifique. Mais ce n'est pas compatible avec les valeurs aux fondements des systèmes démocratiques.

On peut comme les réalistes notamment ne pas concevoir de morale vraie (en refusant toute morale *a priori*) et cependant vouloir (ou accepter de) tenir compte de convictions morales fortes, personnelles ou partagées, ou d'autres considérations, pour fonder la décision.

L'analyse économique du droit est ici passible de la même déconstruction que celle qui lui permet d'exister : il n'existe aucun élément qui fonde la validité de la norme sinon l'acte de pouvoir, même pour les éléments liés au savoir économique ou à une idéologie de l'économie ; par conséquent l'analyse économique du droit ne peut être ni une science autonome du droit, ni une science alternative du droit, ni une analyse autonome du droit. L'analyse du droit ne peut ignorer les facteurs économiques, mais elle ne peut non plus se limiter à eux, ni s'y référer sans recul critique.

IV. Usage

Et c'est bien dans cette appréhension dans une démarche critique que l'analyse économique du droit devient à mon sens intéressante : dans un usage qui tient compte de l'analyse économique du droit mais qui la dépasse.

Un usage qui dépasse d'abord sa prétention à dire ce que doit être le droit, la règle, la norme, la décision : voilà une question politique et réduire à cette fonction l'analyse économique du droit (ce que la vulgate de l'analyse économique du droit produit, d'autant plus que ses promoteurs les plus zélés ne s'en cachent pas) ne fait que renforcer son caractère d'instrument idéologique de légitimation d'un choix politique. Pour autant, même prise en ce sens, l'analyse économique du droit ne perd pas pour l'analyse critique tout intérêt parce qu'elle permet de souligner ce qui était loin d'être une évidence dans la conception classique du droit des pays de droit civil : que l'économie fait partie, autant que la morale, des enjeux politiques du droit.

Un usage qui ensuite, en continuant à affirmer que l'on ne peut dire ce qu'est la règle de droit qu'à partir d'une méthode empirique, s'intéresse à l'analyse économique du droit en tant que discours. Croyance partagée, ou en voie de partage tout au moins, à la fois par des juges¹³ et une doctrine (c'est bien là l'objectif affiché de l'ouvrage de Mackaay et Rousseau), elle permet de comprendre ce qui à un moment devient le droit, c'est-à-dire ce que font des autorités que l'on dit juridiques, et pourquoi elles le font.

L'analyse économique du droit *n'est pas une science* (du droit ou d'autre chose), elle n'est ni vraie ni décidable. Mais elle est devenue un *objet de la science du droit* parce qu'elle est efficace : non pas (seulement ?) économiquement ou techniquement, dans ses effets sur le monde, mais surtout comme idéologie partagée par un nombre croissant de juristes, donc comme élément de l'idéologie juridique, perçue comme socialement "obligatoire" par des autorités juridiques qui s'y réfèrent dans des actes concrets comme l'interprétation des énoncés ou la décision. Elle est devenue un objet de la science du droit parce que la production du droit repose en partie, et de plus en plus, sur des réactions à des discours de ce type.

¹³ Par exemple Assemblée du contentieux du Conseil d'État, 11 mai 2004, Association AC ! et autres.