



Économie publique/Public economics

26-27 | 2011/1-2
Varia

L'analyse économique du droit - Éléments de rupture et de continuité des années 1970 à aujourd'hui

Sophie Harnay et Alain Marciano



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/economiepublique/8694>
ISSN : 1778-7440

Éditeur

IDEP - Institut d'économie publique

Édition imprimée

Date de publication : 20 novembre 2012
Pagination : 71-92
ISSN : 1373-8496

Référence électronique

Sophie Harnay et Alain Marciano, « L'analyse économique du droit - Éléments de rupture et de continuité des années 1970 à aujourd'hui », *Économie publique/Public economics* [En ligne], 26-27 | 2011/1-2, mis en ligne le 19 décembre 2012, consulté le 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/economiepublique/8694>

économie publique public economics

Revue de l'**Institut d'Économie Publique**

Deux numéros par an

n° 26-27 – 2011/1-2

idep

L'analyse économique du droit Éléments de rupture et de continuité des années 1970 à aujourd'hui

Sophie Harnay *

Alain Marciano **

Résumé

L'objectif de l'article est de souligner certains éléments de rupture et de continuité majeurs dans l'analyse économique du droit du début des années 1970 jusqu'à aujourd'hui. Notre point de départ consiste dans une distinction, rarement soulignée, entre « économie du droit » et « analyse économique du droit ». Nous montrons d'abord en quoi consiste cette distinction, puis que l'objectif et le positionnement du programme de recherche initial de l'analyse économique du droit au début des années 1970 – la rationalisation des choix dans la sphère juridico-judiciaire – et l'adoption d'une méthodologie essentiellement inspirée de Becker induisent une continuité notable dans ses développements ultérieurs, dans la mesure où ces derniers apparaissent largement déterminés par les évolutions de l'analyse économique standard, dont les outils, techniques et problématiques sont importés directement dans le domaine de l'économie du droit. En ce sens, nous considérons que les développements récents du *Behavioral Law and Economics* et de l'analyse économique des normes

*. Université Paris Ouest Nanterre La Défense, EconomiX – CNRS UMR 7235.

** . Université Montpellier 1, UMR5474 Lameta, F-34000 Montpellier, France.

Cet article est un prolongement du séminaire organisé le 26 mars 2010 par le Greqam et le Laboratoire de Théorie du droit, Université d'Aix-Marseille. Nous remercions les organisateurs du séminaire ainsi que l'ensemble des participants, en particulier J-Y. Chérot, C. Gamel, E. Krecké, J. Magnan de Bornier et F. Marty. Nous remercions également les rapporteurs de la revue *Économie Publique* et C. Gamel pour leurs remarques et commentaires.

sociales constituent moins des contributions originales que des amendements visant à adapter la théorie initiale à une science économique en mutation.

Summary

This article emphasizes some key elements of rupture and continuity in the history of the economic analysis of law from the early 1970s until now. We first make a distinction between law and economics and the economic analysis of law. Building upon this distinction, we argue that the aim and development of an original research program in the early 1970s – i.e. rationalizing legal and judicial decisions within an economic framework – and the adoption of a beckerian methodology explain why the works in the field of the economic analysis of law exhibit elements of intellectual continuity. In that view, topics, tools, and methodology of the economic analysis of law appear to be mostly oriented by the advances in mainstream economics. From that perspective, recent developments in behavioral law and economics and the economics of social norms may be rather an attempt to adapt the economic analysis of law to contemporary trends in economic science than an original contribution of the economic analysis of law to economic theory.

Mots-clés : Analyse économique du droit, économie du droit, Posner, Coase.

Keywords: Economic Analysis of Law, Law and Economics, Posner, Coase.

J.E.L. : B2, KO

1. Introduction

L'histoire traditionnelle du *law and economics* distingue fondamentalement deux périodes (avant et après 1960) et deux manières d'aborder les interactions entre droit et économie (*old law and economics* et *new law and economics*). Suivant cette distinction, la publication en 1960 dans le *Journal of Law and Economics* de l'article de Ronald Coase intitulé « The Problem of Social Cost » marque alors la rupture essentielle dans l'histoire du mouvement. Coase est ainsi réputé avoir modernisé (Hovenkamp, 1990) ou rénové l'économie du droit en donnant un fondement méthodologique solide – celui de l'économie – à des travaux qui en manquaient jusqu'alors et qui ont, sur cette base, pu se développer dans un mouvement continu et homogène. Implicitement, cette perspective sous-tend aussi qu'aucune autre rupture importante ne survient dans le champ après 1960. En particulier, les travaux de Richard Posner et la publication par lui de l'ouvrage *Economic Analysis of Law* en 1973 sont considérés s'inscrire dans le *New Law and Economics*. Suivant ce point de vue, Coase et Posner sont donc tous deux considérés comme des membres de l'école de Chicago – quelle que soit la signification donnée à ce terme – et participent du développement d'une économie du droit « à la Chicago ». L'apport de Posner se résume alors à une extension – quantitative – du domaine de l'économie du droit. Comme l'écrit Henry Manne (1993), après Posner, « le *law and economics* ne serait plus jamais pensé exclusivement comme le domaine du droit de la concurrence ou du droit des entreprises. Son domaine [serait] désormais le cœur même du système juridique ». C'est cette lecture historique qui conduit aujourd'hui à utiliser de manière indifférente – et selon nous à tort – les termes de *law and economics* (que nous traduirons dans ce qui suit par « économie du droit ») et d'*economic analysis of law* (pour nous, analyse économique du droit) pour désigner des travaux qui, pourtant, sont véritablement différents du point de vue de la méthodologie.

Contre cette approche, cet article entend montrer que l'analyse économique du droit et l'économie du droit sont deux façons différentes d'envisager les interactions entre le droit et l'économie. Plus précisément, le *law and economics* correspond à la vision que Coase a des interactions entre droit et économie, alors que l'*economic analysis of law* correspond à la lecture par Posner de ces interactions. S'il n'est certes pas nouveau d'opposer Coase et Posner – eux-mêmes se sont largement exprimés sur leurs divergences¹ –, il n'en reste pas moins que les différences entre ces deux « sous-champs » ont rarement été commentées ou discutées ou utilisées. Nous nous proposons de justifier la distinction entre analyse économique du droit et économie du droit d'un point de vue méthodologique et historique et

1. En particulier, et le plus directement et explicitement, Coase (voir, par exemple, Coase, 1993b, etc).

d'en souligner l'importance, en identifiant ce qui – selon nous – peut être considéré comme relevant de l'analyse économique du droit aujourd'hui. Nous ne prétendons évidemment pas retracer de façon exhaustive la chronologie et les évolutions méthodologiques dans le domaine des interactions entre le droit et l'économie mais, plus modestement, mettre en évidence certains éléments de rupture et de continuité.

Dans une première partie, nous présentons la conception coasienne des interactions entre droit et économie, pour l'opposer sous l'angle méthodologique, dans la deuxième partie, à la vision développée par Posner de ces interactions. Dans la troisième partie, nous montrons comment la conception posnérienne des interactions entre droit et économie conduit à définir un agenda de recherche original, axé sur la rationalisation des choix dans la sphère juridico-judiciaire. La quatrième partie analyse rapidement la réception et l'implantation de l'analyse économique du droit dans le champ intellectuel à partir des années 1970 et souligne que celle-ci se développe et s'approfondit, dans les années 1980, avant tout par l'importation croissante des outils et techniques de l'analyse économique standard dans le domaine juridico-judiciaire. La cinquième et dernière partie présente quelques développements récents de l'analyse économique du droit au regard de sa genèse, en montrant qu'elle prend en partie, dès les années 1990, le tournant de l'économie « inspirée » qui caractérise de façon générale l'évolution de l'analyse économique.

2. La conception coasienne des relations entre droit et économie ²

Il est bien connu que le lancement du *Journal of Law and Economics* en 1958 a donné lieu à des discussions sur le nom à choisir pour désigner ces « nouvelles » recherches menées à l'intersection du droit et de l'économie. Le choix s'est porté sur une dénomination assez large pour inclure économistes et juristes et permettre plusieurs types de travaux. Pourtant, dans la seconde moitié des années 1950, le *Journal of Law and Economics* est lancé dans le cadre bien particulier de l'*Antitrust Project* (Van Horn, 2009, par exemple) dont l'objectif est de comprendre l'impact des modes de régulation sur l'efficacité économique, en se consacrant à l'étude de problèmes économiques (efficacité de l'affectation des ressources et de l'organisation industrielle dans la perspective de la meilleure allocation des ressources possible) et à l'analyse de l'influence des règles de droit sur le fonctionnement de l'économie. Ce projet, qui est vu comme l'un des fondements

2. Cette section et la suivante s'appuient sur Harnay et Marciano (2009a).

de l'économie du droit et qui a donné naissance à l'une des principales revues du champ, concerne donc l'économie industrielle, en cohérence avec les thématiques de recherche intéressant le directeur du projet, Aaron Director. Ce dernier, économiste, est en effet préoccupé par les problèmes économiques avant tout et, comme l'a noté George Priest (2006, p. 354), « n'avait aucun intérêt pour le droit ou pour les problèmes juridiques. Director étudiait les cas de droit de la concurrence comme des preuves de comportement industriel ».

Cette perspective est également celle de Coase. Ce dernier a toujours affirmé avoir voulu comprendre des phénomènes économiques et améliorer la compréhension que les économistes pouvaient avoir des problèmes qui se posent à eux. Ainsi, pour lui, *The Problem of Social Cost* est « un essai d'économie » (1993a, p. 250), « destiné aux économistes » (*ibid.*) dans l'intention « d'améliorer notre analyse du fonctionnement du système économique » (*ibid.*) C'est donc *uniquement* cet intérêt « pour le fonctionnement du système économique » qui conduit Coase à intégrer dans son raisonnement les règles de droit et les institutions – à cause de leur impact sur le fonctionnement de l'économie. Ainsi, il écrit : « Dans *The Problem of Social Cost*, j'ai utilisé le concept de coûts de transaction pour démontrer comment le système juridique pouvait affecter la marche du système économique, et *je n'ai pas cherché à faire plus* » (Coase, 1988, p. 35 ; italiques ajoutés). Ou, encore plus précisément, « l'étude du système juridique permet de comprendre les détails des pratiques des entreprises (des informations largement absentes de la littérature économique) et d'appréhender leur impact sur le droit. J'ai (ainsi que d'autres sans aucun doute) utilisé les décisions juridiques pour illustrer les problèmes économiques » (Coase, 1996, p. 104).

Ces deux dernières citations sont particulièrement éclairantes quant à la manière dont Coase envisage les interactions entre le droit et l'économie, en tant que pratiques (ou activités) aussi bien qu'en tant que sciences : les décisions juridiques sont nécessaires au raisonnement économique par les informations qu'elles fournissent sur le fonctionnement du système économique. En tant qu'économiste, Coase n'est intéressé par « rien de plus » et, en particulier, pas par l'étude des décisions elles-mêmes.

Cette perspective correspond à une conception de l'économie classique que Coase associe à Marshall et selon laquelle il existe une sphère particulière d'activités humaines qui forment ce qu'on peut appeler « l'économie » et l'objet d'étude de l'économiste. Selon Coase, l'économiste « étudie un certain type d'activités » (1978, p. 206), « le système économique » (*ibid.*), « le fonctionnement des institutions sociales qui font tenir ensemble le système économique : entreprises, marchés des biens et services, marchés du travail, marchés du capital, système bancaire, commerce international, etc. » (*ibid.*, pp. 206-207). Coase écrit plus précisément : « Je pense que les économistes ont un objet d'étude : la marche du système économique, un système dans lequel nous gagnons et dépensons nos revenus » (1998, p. 93).

La définition de l'économie passe donc par la délimitation, dans l'ensemble des activités humaines, d'un objet d'étude aux contours relativement bien définis. Ces contours jouent un double rôle, « interne » en permettant de garantir l'unité, la cohésion ou la cohérence de la discipline (Coase, 1978, p. 204 ou 206), et « externe », en permettant de la distinguer des autres sciences sociales (*ibid.*, p. 207). Que Coase, considéré comme un économiste de l'école de Chicago, écrive cela dans la seconde moitié de la décennie 1970 est particulièrement significatif. C'est en effet le moment où l'approche de Becker – selon laquelle l'économie se définit comme une manière d'aborder les problèmes – s'implante dans le paysage intellectuel de l'économie. Il n'est donc pas exclu que, ce faisant, Coase ait cherché à souligner la différence entre sa conception de la discipline économique et celle de Becker et *a fortiori* celle de Posner qui s'inspire de Becker.

3. La conception des relations entre droit et économie selon l'*Economic Analysis of Law*

Dès 1972, Posner crée le *Journal of Legal Studies* (dont il devient le rédacteur en chef), publié sous l'égide de l'Université de Chicago, qui gère alors déjà la publication du *Journal of Law and Economics* dont la direction est assurée par Coase³. L'année suivante, en 1973, paraît la première édition de l'ouvrage de Posner intitulé *Economic Analysis of Law*⁴. Conçu et formellement présenté comme un manuel, l'ouvrage est effectivement perçu comme tel. Ainsi, la plupart des recensions (cf. Harnay et Marciano, 2009a) soulignent qu'il s'agit d'une synthèse de travaux ayant déjà été publiés sans remarquer qu'il est, en réalité, un ouvrage innovant. À l'encontre de cette lecture initiale, il est sans aucun doute possible de dire aujourd'hui qu'*Economic Analysis of Law* a la même importance pour le champ que « The Problem of Social Cost » de Coase. Cet ouvrage marque en effet une rupture dans les interactions entre le droit et l'économie et constitue la première étape d'une évolution du *law and economics* au sens de Coase vers l'*economic analysis of law* au sens de Posner.

3. Posner raconte (communication personnelle, 1^{er} juillet 2006) que « l'idée du *Journal of Legal Studies* vient de Ronald Coase » lequel, selon lui, « souhaitait préserver l'orientation traditionnelle du *Journal of Law and Economics* ». À noter également que Stigler a soutenu Posner dans sa démarche, écrivant plusieurs lettres pour lui permettre de financer son projet.

4. Peu d'auteurs avant lui (les exceptions sont Baxter, 1966, Calabresi, 1970, Landes, 1971, Landes and Solmon, 1972, Johnson, 1972, Phillips and Votey, 1972) avaient employé le terme « économique » dans le titre d'articles « juridiques » ou avec un objet juridique. Aucun n'avait utilisé une expression aussi large et générique.

Pourtant, les premiers travaux menés par Posner – rappelons qu'il est juriste de formation et a obtenu son LL.B à la Harvard Law School en 1962 – s'inscrivent dans la perspective de l'économie du droit initiée par Coase et encore dominante à la fin des années 1960. Ainsi, ses articles portent sur des problèmes « par nature » économiques – il s'agit de problèmes d'économie industrielle – mais présentant une dimension juridique. Ils concernent alors essentiellement l'efficacité relative des dispositifs juridiques et réglementaires du droit *antitrust* en situation de concurrence imparfaite et la détermination d'une politique de la concurrence optimale dans ce cadre (Posner, 1969a, 1969b, 1970a, 1970b, 1971a, 1971b). À l'encontre des thèses structuralistes en vogue dans les années 1960, Posner développe une analyse globalement favorable au monopole, suivant l'idée que des politiques *anti-trust* systématiquement hostiles aux grands groupes emportent des effets négatifs sur les consommateurs sous la forme de prix élevés. Dans la lignée des travaux antérieurs de Director et de Stigler, les règles de droit sont analysées comme des contraintes exogènes sur les décisions économiques des agents, qu'il convient d'étudier pour leur influence sur les comportements de ces derniers et leur impact sur le fonctionnement du système économique.

Par conséquent, dans ses écrits de la fin des années 1960 et du tout début des années 1970, Posner ne se différencie pas de l'approche adoptée par Coase quelques années auparavant (*Cf. supra*). En particulier, à l'instar de Coase, Posner utilise les règles de droit comme un réservoir d'informations et s'y intéresse en ce qu'elles influencent les activités économiques et le fonctionnement du système économique. En outre, les règles de droit qu'il étudie sont alors des règles émanant aussi bien des législateurs que des *administrative agencies* – dans la ligne des travaux de l'école des choix publics avec laquelle il partage plusieurs questionnements, en dépit d'interactions explicites limitées – ou des tribunaux, en particulier la Cour Suprême américaine.

Très rapidement, néanmoins, Posner adopte une perspective différente pour faire des règles de droit et de leurs producteurs les objets mêmes de son analyse économique. Dès le début des années 1970, il commence à étudier des questions variées et originales à l'époque. Ainsi, de façon non exhaustive, le comportement des agences administratives (Posner, 1972a), le droit de la responsabilité (Posner, 1972b), le processus de décision juridique (Ehrlich et Posner, 1974), l'indépendance judiciaire (Landes et Posner, 1975), la production de précédents par les tribunaux (Landes et Posner, 1976) constituent autant de thèmes variés successivement abordés au cours des années 1970. En outre, lorsqu'il revient sur ses thématiques « anciennes » – droit de la concurrence ou réglementation des monopoles – Posner les analyse sous un angle nouveau.

Ce changement thématique est le fruit d'une transformation méthodologique, qui est elle-même la conséquence de la rencontre de Posner et Becker en 1970. À cette époque, Becker a déjà évolué vers une conception de l'économie comme

« approche » (Becker, 1971) fournissant « un cadre économique unifié pour tous les comportements impliquant des ressources rares, hors-marché ou de marché, non monétaire ou monétaire, impliquant des petits groupes ou concurrentiels » (Becker, 1973, p. 814). Posner adopte rapidement cette conception de l'économie. Ainsi, dans *Economic Analysis of Law* (1973a, p. 3), il souligne que l'intérêt de l'économiste ne se limite pas à « l'étude de l'inflation, chômage, cycles des affaires et autres phénomènes macroéconomiques mystérieux et éloignés des préoccupations quotidiennes du système juridique [mais que] Telle qu'elle est conçue dans cet ouvrage [*Economic Analysis of Law*], l'économie est la science des choix rationnels faits dans un monde – notre monde – dans lequel les ressources utilisées pour satisfaire nos besoins sont limitées » (Posner 1973a, p. 3).

L'apparente proximité de cette définition avec celle, célèbre, de Robbins dans *Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (1932) ne doit pas faire illusion. Elle résulte de ce qu'il s'agissait d'une définition courante utilisée par les économistes (Posner, communication personnelle à A. Marciano). C'est bien dans la suite de Becker que Posner s'inscrit. Le souci méthodologique de Posner et sa « filiation » beckerienne sont ainsi affirmés – y compris jusque dans les titres – de façon récurrente dans la plupart de ses articles écrits dans les années 1970⁵. De façon symptomatique, la méthode et les outils utilisés y sont mis en avant et la revendication du traitement économique de la question envisagée va alors de pair avec l'affirmation explicite et martelée de la pertinence et de la polyvalence de la boîte à outils microéconomique. L'économie est décrite⁶ comme « un outil spécialement adapté » (1971 c, p. 202) (pour étudier les phénomènes juridiques), un « outil puissant » (1973a, p. 3 ; 1973b, p. 399) ou encore un « ensemble illimité de concepts » (1987a, p. 2) – en utilisant des expressions s'opposant de toute évidence aux tentatives de délimiter étroitement l'économie et de la restreindre à certaines thématiques ou questions. Dans cette perspective, « rien ne rend l'étude du mariage et du divorce moins susceptible d'être étudiée par les économistes que l'industrie automobile ou le taux d'inflation » (1987a, p. 2). En d'autres termes, rien ne justifie une limitation *a priori* de l'utilisation des outils et concepts économiques à l'étude des phénomènes marchands ou des marchés explicites ; les phénomènes ou activités non-marchandes et celles se déroulant sur des marchés « implicites » peuvent aussi concerner les économistes – y compris donc, les phénomènes juridiques. Dès lors, l'analyse économique doit se définir indépendamment de son objet d'étude et même des diplômes obtenus par les individus qui pratiquent la discipline : l'économie,

5. En témoignent ainsi plusieurs articles et ouvrages écrits par Posner dans les années 1970 : *Economic Analysis of Law* (1973a) ; *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration* (1973b) ; *An Economic Analysis of Legal Rule-Making* (1974, avec Ehrlich) . . .

6. Posner utilise le terme « décrire » parce que, selon lui, il est impossible de définir l'économie : « il y a des mots – comme « économique » – qui ne sont ni conceptuels ni référentiels. Ces mots résistent à toute tentative de définition » (1987a, p. 1).

comme n'importe quelle autre science, se définit par les concepts et les outils qu'elle utilise, et non pas par les objets ou sujets qu'elle étudie : « Quand ils sont utilisés avec une densité suffisante, ces concepts permettent de qualifier un travail d'« économique » indépendamment de son objet ou du diplôme de son auteur » (1987a, p. 2). Pour Posner, il ne s'agit donc plus d'étudier des problèmes, des activités ou des phénomènes définis comme économiques *a priori*, comme c'est le cas chez Coase, mais d'appliquer les outils économiques au système juridique. L'analyse économique du droit se définit donc comme l'« application de la théorie économique au droit » (Posner, 1971 c, p. 22) ou, plus tard, en tant que « champ d'application de l'économie » (Posner, 1988, p. 929)⁷.

Il n'est donc pas surprenant que Posner ait à plusieurs reprises rendu un hommage appuyé à Becker et à ses apports à l'analyse économique du droit. Dès 1975, Posner souligne, par exemple, l'ouverture, grâce à Becker, « à l'analyse économique de larges domaines du système juridique qui n'avaient pas été atteints par les études menées par Coase et Calabresi sur les droits de propriété et les règles de responsabilité » (Posner, 1975). Ultérieurement, il n'aura de cesse de réaffirmer sa dette intellectuelle à l'égard de Becker, soulignant par exemple « l'importance de Becker pour le mouvement du *law and economics*⁸ [...] en raison de son apport économique général, sa méthodologie économique et son influence et exemple personnel » (Posner, 1993a, p. 212) – le dialogue se poursuivant d'ailleurs encore aujourd'hui sous la forme du blog Becker-Posner (<http://www.becker-posner-blog.com/>). En revanche, si Posner se réclame de l'influence de Becker, il se démarque parallèlement, à plusieurs reprises et parfois violemment, de la méthodologie coasienne, dont il récuse la scientificité. Ainsi, l'économie néo-institutionnelle souffrirait selon lui non seulement de son manque de formalisme, mais aussi

7. Pour aller un peu plus loin et caractériser l'opposition entre ces deux conceptions de l'économie, il est possible de se référer aux définitions données par Arndt (1984) et utilisées par Fontaine (1996 ; cf. aussi Marciano, 2007). D'une part, l'économie peut être définie par l'existence d'un champ ou d'objets par eux-mêmes économiques ; ce n'est qu'à partir du moment où un phénomène ou une activité entre dans les limites de ce champ d'étude que les économistes peuvent et doivent même les étudier. Ainsi, dans ce cas, c'est parce que les phénomènes institutionnels sont liés à l'économie que les économistes peuvent les étudier. C'est la perspective adoptée par Coase. D'autre part, l'économie peut être définie comme une méthode, un ensemble d'outils qui peuvent s'appliquer à n'importe quel phénomène quel qu'il soit. En effet, il n'existe pas selon cette perspective d'activité ou de phénomène que l'on puisse *a priori* qualifier d'économique. C'est l'utilisation des outils et méthodes de l'économie qui transforment les activités et phénomènes en problèmes économiques. Les phénomènes institutionnels deviennent économiques parce qu'ils sont étudiés par la méthode économique.

8. Remarquons à cet égard que Posner ne marque pas initialement de différence entre « son » *economic analysis of law* et le *law and economics* coasien dans les termes, malgré les divergences d'approches, de méthodes et de thèmes sur lesquels il insistera – à l'instar de Coase – fortement par la suite (Posner, 1993c ; Coase, 1993b). Les commentateurs ne repèrent pas non plus initialement l'originalité de l'analyse économique du droit à ses débuts et en interprètent les travaux comme un simple prolongement du *law and economics*, sans en noter les inflexions majeures par rapport à ce dernier.

d'un manque de rigueur résultant de son rejet des hypothèses de l'économie – notamment de l'hypothèse de maximisation rationnelle de l'utilité – et de ses méthodes (Posner, 1993b, p. 85). L'approche de l'économie par Coase, sur un mode ancien et essentiellement littéraire hérité d'Adam Smith – qualifié d'« idole » de Coase – et « sa méfiance anglaise envers l'abstraction » (Posner, 1993c, p. 206), conjuguées à un raisonnement inductif, à l'absence de recours à une démarche formelle et au refus des techniques quantitatives priveraient ainsi l'économie du droit à la Coase de tout caractère scientifique (Posner, 1993c, p. 204). Cette dernière ne saurait donc apporter aucune aide sérieuse au droit et à la décision juridique ; le développement de l'analyse économique du droit s'impose dès lors objectivement pour pallier cette lacune de l'économie du droit à la Coase.

L'absence de caractère scientifique de la discipline juridique justifie également l'élaboration de l'analyse économique du droit. Le recours à l'économie, ainsi qu'à d'autres disciplines « scientifiques » (on peut noter l'évolution de Posner sur ce point), est pour Posner une nécessité. En effet, selon lui, le droit ne dispose pas des ressources techniques, théoriques nécessaires pour trancher les différends qui peuvent se produire dans une société et que les juges sont nécessairement conduits à trancher. Le droit ne constitue en ce sens pas une « discipline autonome » (Posner, 1987b) et s'avère incapable de traiter un certain nombre de questions cruciales sans l'appui d'autres disciplines, et notamment de la science économique. Ainsi, selon Posner (1995, p. 90), « [I]l existe de nombreuses questions juridiques que les juristes traditionnels, même professeurs dans les meilleures facultés de droit, ne traitent pas et ne peuvent pas traiter sans en déférer aux experts d'autres disciplines ». Élaborer une théorie scientifique du droit s'impose donc comme un objectif de l'analyse économique du droit, qui est alors conçue comme une forme d'aide à la décision juridique, destinée, par exemple, à orienter les décisions des juges, expliquer les comportements des parties au conflit, ou encore guider les réformes juridiques. Par suite, il convient « d'explorer une approche alternative, une approche économique, dont l'utilité [est] d'aider à répondre aux questions de politique juridique et à interpréter des décisions judiciaires opaques et apparemment contradictoires » (Posner, 1971c) et « l'analyse économique peut être utile pour élaborer des réformes du système juridique » (Posner, 1975). En définitive, et dans cette perspective, le droit constitue un domaine d'application de l'économie parce qu'il doit chercher ses outils auprès de la science économique. Ce recours à l'économie permet l'extension du domaine d'investigation à une grande variété de phénomènes juridiques.

4. L'application de la théorie des choix rationnels à la décision juridique

L'une des conséquences essentielles de l'utilisation de l'économie comme outil est de faire disparaître les limites qui bornaient le domaine d'étude de l'économie du droit. Utiliser la science économique pour étudier le droit permet ainsi un élargissement du champ d'investigation à l'ensemble des institutions juridiques et des comportements de tous les agents impliqués dans le système juridique et judiciaire. Dans la postface de Posner pour le second et dernier numéro du *Journal of Legal Studies* de l'année 1972, il note non seulement que « l'objectif du journal est d'encourager l'application de méthodes scientifiques à l'étude du système juridique » (1972c, p. 437 ; italiques ajoutés), mais il souligne également que l'un des thèmes importants du premier volume du *Journal of Legal Studies* « est de chercher une théorie de la prise de décision juridique » (1972c, p. 439). Posner ne peut donc indiquer plus clairement que les règles de droit constituent désormais des objets d'étude privilégiés, ainsi que les comportements de ceux qui les « produisent », en particulier les tribunaux. L'analyse économique du droit rejoint ici le courant du *Public Choice* – dont les tenants avaient endogénéisé la production de règles politiques et administratives et n'avaient pas hésité à utiliser l'analyse économique pour expliquer les comportements des hommes politiques depuis la fin des années 1950 – et se démarque donc de l'économie du droit à la Coase.

En effet, les décisions des cours et tribunaux ne sont pas absentes des travaux d'économie du droit antérieurs, menés dans une perspective coasienne, à la fois en ce qu'elles y sont considérées exercer un effet sur les choix des agents et fournir une information empirique sur leurs comportements. L'analyse économique du droit dépasse néanmoins cette approche et développe un modèle économique de la décision judiciaire selon lequel les juges, à l'instar des autres agents économiques, adoptent un comportement économique rationnel et produisent des décisions sur la base d'un calcul économique conduisant à la production d'une décision judiciaire socialement efficace. Par exemple, la responsabilité optimale dans une affaire est déterminée à travers la comparaison par le juge des coûts associés aux différentes situations possibles : s'inspirant en cela de la règle utilisée – et explicitement formalisée – par le juge Learned Hand dès 1947 dans l'affaire *United States v. Carroll Towing Co*, l'analyse économique de la responsabilité pour négligence tient ainsi que la responsabilité d'une partie doit être engagée pour négligence dès lors que le coût d'évitement du dommage est inférieur ou égal au coût du dommage multiplié par sa probabilité d'occurrence (Posner, 1972 b). En d'autres termes, le dommage est traité comme une forme particulière d'externalité que la règle de responsabilité doit permettre d'internaliser à moindre coût, à rebours des

analyses de la responsabilité traditionnellement développées en droit. De la même façon, de nombreux autres domaines de décision judiciaire sont également passés au crible de l'analyse économique : droit des contrats, droit pénal, droit de la concurrence, droit de l'adoption et jusqu'aux droits fondamentaux, tels que le droit de la liberté d'expression, font également l'objet d'une analyse économique, comme en attestent les nombreux articles publiés dans les années 1970, notamment dans le *Journal of Legal Studies*. L'objectif est alors largement de faire apparaître la logique économique – même sous-jacente ou implicite – à l'œuvre dans les décisions des juges de *common law* – Posner s'attachant, conjointement avec d'autres auteurs, à démontrer l'efficacité de la *common law* américaine.

À partir de la fin des années 1970, l'analyse économique de la décision judiciaire développe en outre un modèle économique du juge conçu comme un agent maximisateur rationnel d'une fonction objectif, individuelle, au même titre que n'importe quel agent économique. Est alors remise en cause la vision jusqu'alors prédominante en droit du juge conçu comme un « saint » ou un « titan » (Posner, 1994, pp. 2-4) et ne réagissant pas aux incitations économiques – cette vision idéalisée du juge s'expliquant avant tout, selon Posner, par une mésinterprétation de l'isolement judiciaire vis-à-vis des mécanismes incitatifs classiques et les principes d'organisation de la fonction judiciaire – inamovibilité et indépendance. L'influence des travaux de l'école des choix publics est ici manifeste et marquée par le projet commun de rationalisation des décisions publiques – décisions politiques des législateurs et des administrations pour l'école des choix publics, décisions judiciaires pour l'analyse économique du droit. Une littérature économique fournie traite ainsi de la fonction objectif du juge, dont les arguments sont progressivement élargis au cours des années 1980 puis 1990 pour intégrer, au-delà de la dimension monétaire, une palette d'objectifs variés supposés poursuivis par le juge : les promotions hiérarchiques, le pouvoir, la satisfaction idéologique, le prestige et la réputation – notamment auprès des autres juges – sont ainsi considérés constituer autant d'objectifs du juge lorsqu'il produit sa décision. En d'autres termes, et pour paraphraser le titre d'un article de Posner (1994) sur ce thème, les juges « maximisent la même chose que tout le monde ». La décision judiciaire devient donc une production « comme une autre », la jurisprudence s'analysant comme un stock de capital utilisé par les juges pour prendre leurs décisions et dans lequel ils investissent de manière rationnelle, de façon analogue à une entreprise investissant en capital physique en vue d'une production ultérieure (Landes et Posner, 1976). Parallèlement, l'analyse économique du droit interprète également la règle de droit comme un produit joint de la résolution des conflits, résultant « fatalement » de la demande de solution au conflit adressée au juge par les parties à un procès. Ces dernières sont par ailleurs considérées arbitrer rationnellement entre recours au procès – engageant de ce fait certaines dépenses juridiques – et solution négociée, en fonction des coûts associés aux différents modes de règlement du litige qui leur sont ouverts (Landes, 1971 ;

Posner, 1973b ; Shavell, 1982, suivis par de nombreux autres modèles dans les années 1980). En ce sens, l'analyse économique du droit procède donc à une forme de « délégalisation » ou endogénéisation des règles de droit, qui deviennent un produit de l'activité des agents économiques et, plus particulièrement, des juges.

Au final, l'analyse économique du droit conduit à une modification du statut de la règle de droit par rapport à ce qu'il était dans l'économie du droit « coasienne » : de contrainte exogène dont il s'agissait pour l'économie du droit d'étudier les effets sur le fonctionnement des marchés économiques, la règle de droit devient pour l'analyse économique du droit un produit endogène à l'activité des agents et, en tant que telle, un objet d'analyse économique. Parallèlement, l'ensemble des agents impliqués dans le système juridico-judiciaire et leurs comportements deviennent passibles d'une approche économique. Ce programme de recherche ne va cependant pas sans nourrir la controverse, malgré l'implantation de plus en plus solide de l'analyse économique du droit dans le paysage intellectuel.

5. L'implantation de l'analyse économique du droit

Le programme de recherche initié par Posner provoque et nourrit de nombreuses controverses et critiques dès les années 1970. Ces dernières visent, évidemment, le projet de l'analyse économique du droit en tant que tel, mais l'attaquent aussi en tant que l'une des manifestations de l'« impérialisme économique » qui se développe à cette époque. Les débats avec les juristes, les philosophes du droit ou d'autres économistes – notamment institutionnalistes – sont particulièrement nombreux et, de ce fait, impossibles à restituer dans leur ampleur et leur richesse dans le cadre de cet article. On peut noter, cependant, qu'ils se cristallisent sur la pertinence d'une logique conséquentialiste conduisant à l'évaluation économique des règles de droit sur la base du critère d'efficacité, à l'exclusion d'autres critères, notamment moraux. Ils portent donc, fondamentalement, sur l'objectif alloué à la règle de droit par l'analyse économique du droit, au détriment d'objectifs alternatifs (justice sociale, redistribution...). Mais ils concernent aussi la définition même du critère d'efficacité, sa portée – normative ou positive⁹ – ou encore sa mise en œuvre opérationnelle et sa relation à l'utilitarisme classique. Par ailleurs, les controverses se multiplient également dans les différents champs d'application de l'analyse

9. Dans sa version normative, il revient en effet à soutenir que, notamment sous l'effet de l'action des juges, le droit devrait poursuivre un objectif d'efficacité entendu, dans son acception posnérienne, comme la maximisation de la richesse, définie comme l'ensemble des biens et services tangibles et intangibles exprimés en termes monétaires ou équivalents. Dans sa version positive, il revient à considérer que le droit poursuit effectivement un tel critère d'efficacité.

économique du droit – le droit de la responsabilité, par exemple, fait l’objet d’une dispute célèbre entre Epstein et Posner¹⁰.

En dépit – ou peut-être à cause – de ces controverses, l’analyse économique du droit se développe rapidement. Ce mouvement s’interprète largement comme une extension du paradigme néoclassique aux domaines juridique et judiciaire. Plusieurs raisons peuvent être avancées pour expliquer ce succès. D’une part, l’analyse économique du droit bénéficie indéniablement d’un contexte intellectuel et idéologique favorable – à Chicago notamment – à la constitution duquel elle contribue d’ailleurs pleinement. Elle participe ainsi de l’« impérialisme économique » qui caractérise largement le développement de l’analyse économique à cette période, sous l’influence, en particulier, des travaux de Becker, et qui contribue à étendre l’analyse économique au-delà de son *subject matter* originel. En ce sens, l’analyse économique du droit « s’attaque » aux questions juridiques et judiciaires quand d’autres développements néoclassiques s’intéressent à d’autres sciences sociales, telles que la sociologie. D’autre part, au plan méthodologique, son développement est facilité par le consensus existant autour du paradigme néoclassique et l’état d’avancement des modèles et concepts économiques à la disposition de l’économie du droit à partir des années 1970 – *a contrario*, l’échec relatif du premier grand mouvement de *law and economics* au début du *XX^e* siècle s’expliquerait, au moins en partie selon Hovenkamp (1990), par l’absence de consensus méthodologique stable et d’outil théorique unifié à son époque. Enfin, l’analyse économique du droit a vraisemblablement bénéficié de sa capacité d’institutionnalisation rapide. Comme dit plus haut, le *Journal of Legal Studies* est en effet lancé dès 1972 par Posner, sur les conseils de Coase, éditeur – rappelons-le – du *Journal of Law and Economics*, et se fait évidemment l’écho des avancées et controverses dans le domaine de l’analyse économique du droit. Plusieurs manuels d’économie du droit sont publiés au cours des années 1970 – dont plusieurs éditions augmentées de *The Economic Analysis of Law* de Posner dans les années 1980 et jusqu’à aujourd’hui. Parallèlement s’ouvrent aux États-Unis plusieurs programmes académiques d’économie du droit, sous l’impulsion notamment de la John M. Olin Foundation. L’analyse économique du droit entre ainsi progressivement dans les *Law Schools* – Posner, par exemple, est recruté à la faculté de droit de l’université de Chicago dès 1970¹¹.

De façon générale, aux États-Unis mais également dans d’autres régions du monde, les années 1980 se caractérisent par le foisonnement et l’approfondissement des travaux d’analyse économique du droit, dans la lignée de l’entreprise intellectuelle lancée pendant la décennie précédente. L’analyse économique du droit intègre en effet rapidement les développements majeurs de la théorie économique

10. Voir Harnay et Marciano (2009b) pour une présentation de la controverse entre Epstein et Posner.

11. La *Law School* de l’université de Chicago a d’ailleurs une longue tradition de recrutement d’économistes.

standard, bénéficiant, par exemple, des nombreux apports de la théorie des jeux – précieux notamment pour l'analyse économique des conflits juridiques ou de la concurrence juridique. Cette évolution ne va d'ailleurs pas sans alimenter le soupçon d'une résurgence formaliste déguisée, qui viendrait substituer le formalisme économique au formalisme juridique contre lequel l'analyse économique du droit entendait lutter conformément à son projet pragmatique initial (Posner, 1995 ; Krecké, 2004). Parallèlement, l'analyse économique du droit intègre les apports et progrès de l'analyse économétrique, et notamment de la micro-économétrie, à l'appui d'une démarche empirique généralisée déjà fortement marquée dans les travaux de l'analyse économique du droit dès les années 1970. La dissémination des idées de l'analyse économique du droit passe en outre par le lancement de plusieurs nouvelles revues : *l'International Review of Law and Economics* est ainsi créée dès 1981, sous l'impulsion d'Anthony Ogus et Charles Rowley, suivie par le *Journal of Law, Economics, and Organization*, en 1985, à l'université de Yale puis, plus tardivement, par l'*European Journal of Law and Economics* à partir de 1994. Hors du champ purement académique, la reconnaissance institutionnelle de l'analyse économique du droit se traduit de façon notable par la nomination à des fonctions judiciaires de plusieurs de ses ardents promoteurs, parmi lesquels Posner, Calabresi, Easterbrook, Bork, Breyer et Scalia. En outre, par ce canal direct ainsi que par la dissémination générale de ses thèses parmi les juristes, de plus en plus formés à l'analyse économique du droit, cette dernière produit également des effets pratiques sur le droit et la décision judiciaire (Landes et Posner, 1993).

En même temps qu'elles consacrent l'installation de l'analyse économique du droit dans le paysage intellectuel, les années 1980 se caractérisent aussi par un certain apaisement des grandes controverses interdisciplinaires des années 1970, notamment sur l'efficacité du droit. En effet, à la suite des nombreuses critiques et controverses émaillant les années 1970, l'analyse économique du droit subit à partir des années 1980 un certain nombre d'inflexions qui témoignent probablement non seulement de sa capacité à évoluer sans renier ses concepts essentiels, mais également de sa capacité de résilience importante, sinon d'un pragmatisme conforme à l'esprit originel de son projet. Ainsi, sans être à proprement parler abandonnée, la théorie économique de l'efficacité du droit, qui cristallisait les débats dans la décennie précédente, est progressivement retenue de préférence dans une version édulcorée selon laquelle l'efficacité représenterait, certes, un objectif du droit, mais n'en constituerait néanmoins qu'un parmi d'autres. Posner, par exemple, après avoir développé dans les années 1970 une analyse de la *common law* caractérisée par un statut heuristique – normatif ou positif – parfois ambivalent semble, à partir des années 1980, rejeter la version positive de la théorie au profit de la version normative. Par la suite, dans ses écrits des années 1990, il va jusqu'à remettre en cause l'idée d'une marche du droit vers l'efficacité, pourtant centrale dans l'analyse économique du droit traditionnelle et qu'il défendait antérieurement,

dans les années 1970 (Posner, 1995)¹². Les critiques contre la théorie de l'efficacité du droit apparaissent donc largement actées. Pour autant, la notion d'efficacité est loin de disparaître du paysage intellectuel de l'économie du droit : elle demeure ainsi largement le référentiel à l'aune duquel évaluer les décisions, règles et institutions, comme en témoigne une partie importante de la littérature actuelle en analyse économique du droit.

Ainsi, les développements de l'analyse économique du droit semblent, dans les années 1980 et jusqu'au début des années 1990, essentiellement conditionnés non pas – ou non plus – par le souci de répondre aux critiques virulentes des années 1970, mais par les évolutions et avancées de l'analyse économique standard. On assiste ainsi, de fait, à la quasi-disparition du dialogue (ou, du moins, sa disparition du devant de la scène intellectuelle) entre les tenants de l'analyse économique du droit « standard » et ses adversaires (notamment théoriciens de la justice sociale) – cette situation n'excluant pas néanmoins un monologue critique de la part de ces derniers. Cette évolution par rapport aux années 1970 s'explique cependant moins par l'émergence – très hypothétique – d'un consensus – la critique de l'analyse économique du droit et les mouvements « concurrents », tels le mouvement du *law and society* perdurant bien évidemment – que par le constat de désaccords irréductibles et de divergences inconciliables.

6. Quelques développements récents de l'analyse économique du droit « inspirée »

De même que l'analyse économique du droit a émergé comme une application de l'analyse néoclassique standard aux questions juridico-judiciaires et a pu ensuite se développer en empruntant les développements techniques majeurs, des avancées réalisées à partir des années 1990 et 2000 s'inspirent des évolutions générales de l'analyse économique standard sur la période, marquées notamment par l'ouverture vers d'autres disciplines¹³. Certes, dans leur majorité, les productions de l'analyse économique du droit actuelle continuent à s'inscrire dans le *mainstream* de la science économique. Pour autant, au moins deux développements contemporains de l'analyse économique du droit nous semblent soucieux de prendre en compte certains questionnements et éléments de réponses non encore totalement intégrés à l'économie standard. Ces développements nous paraissent cependant se limiter

12. Plus récemment encore, Posner (2008) élabore une analyse de la décision judiciaire « enrichie » par rapport à l'analyse coût-avantage et le principe d'optimisation qu'il développait dans les années 1970.

13. Le terme d'économie inspirée, emprunté à Frey et Stutzer (2001), rend compte de cette démarche de l'analyse économique s'inspirant des autres disciplines.

à une importation directe des problématiques et outils nouveaux de l'analyse économique dans le champ de l'analyse économique du droit, sans que cette dernière ne développe de questionnement original propre.

Premièrement, le courant du *Behavioral Law and Economics*, ou économie du droit comportementale, résulte du développement des analyses de l'économie comportementale dont il importe les thèses principales – notamment la remise en cause de la rationalité des agents, sous l'influence des enseignements de la psychologie – dans le champ de l'analyse économique du droit. Ainsi, de la même façon que l'économie comportementale constate empiriquement l'existence de différents biais et anomalies comportementales remettant en cause l'analyse économique standard et s'attache ensuite à identifier des régularités comportementales qui leur sont associées, de façon à élaborer des modèles descriptifs rendant mieux compte des comportements réels des agents¹⁴, l'économie du droit comportementale cherche à identifier les situations juridiques affectées d'anomalies et de biais comportementaux, tels que l'effet de dotation (*endowment effect*). Elle cherche à accroître ainsi le pouvoir prédictif de l'analyse économique du droit par une description plus réaliste des comportements des agents, grâce à une meilleure prise en compte des phénomènes cognitifs et de motivation les concernant (Jolls, Sunstein, Thaler, 1998 ; Sunstein, 2000 ; Jolls, 2007). En outre, pour différents domaines du droit, elle s'attache également à produire des recommandations juridiques innovantes par rapport à l'analyse économique du droit standard, en ce que ces dernières intègrent l'existence de biais comportementaux dans les comportements réels des agents (Jolls et Sunstein, 2006).

Parallèlement à cette intégration des résultats de la psychologie dans l'analyse économique du droit, un second programme de recherche, initié essentiellement à partir des années 1990, se donne comme objectif d'intégrer les apports de la sociologie. En effet, l'analyse économique du droit s'est, à l'origine, quasi-exclusivement construite et focalisée sur les règles de droit, c'est-à-dire explicites et formalisées par le droit. Le rôle et l'influence de ces règles de droit sur les comportements des agents ont, de ce fait, inévitablement été surestimés. *A contrario*, les normes sociales – implicites – et les processus de socialisation et d'internalisation des normes sociales par les individus ont été négligés, et leur rôle, bien que mis en évidence par la sociologie, n'a pas été analysé sous l'angle de l'analyse économique du droit. En conséquence, et afin de combler cette lacune, de nombreux travaux récents – regroupés pour certains sous le label de « nouvelle école de Chicago » (Ellickson, 1998, pp. 548 sq) – étudient l'application et le respect des règles et normes non pas

14. L'économie comportementale est alors amenée à remettre en cause l'hypothèse de rationalité individuelle, de sorte qu'elle ne considère plus les agents comme maximisant automatiquement une fonction d'utilité, mais les caractérise par une rationalité, une volonté et un intérêt personnel limités (Jolls, Sunstein, Thaler, 1998).

sous l'effet du système juridico-judiciaire – sur lequel se concentrait exclusivement l'analyse économique du droit dans les années 1970 et 1980 – mais par le biais des mécanismes sociaux informels, tels que les phénomènes de réputation, d'ostracisme et de stigmatisation (Ellickson, 1998 ; Eric Posner, 1996 ; Sunstein, 1996 ; Kahan, 1997, 1998). Cette approche permet donc un enrichissement des fonctions d'utilité des agents, dont les arguments ne sont alors plus simplement définis de façon monétaire, mais comprennent également une dimension extra-monétaire (sociale, réputationnelle. . .). L'analyse reste ainsi tout à fait compatible avec l'hypothèse de rationalité, dans la mesure où elle considère que les individus ont intérêt à respecter rationnellement certaines normes implicites que le droit ne formalise pas. En outre, parce que les normes produisent des effets sur les comportements individuels au même titre que les règles de droit, elles peuvent fonctionner soit comme substitut – par exemple, lorsque la cohésion sociale rend inutile la production de règles de droit explicites – soit comme complément de ces dernières – lorsqu'un comportement nuisible socialement n'est pas suffisamment découragé par la règle de droit ou que celle-ci n'affecte pas le bon comportement. Enfin, ces travaux comportent de nombreuses implications en termes de politiques judiciaires : il est ainsi nécessaire de prendre en compte le problème des *sticky norms* (Kahan, 2000), en ce que de telles normes sont susceptibles de modifier l'efficacité des politiques mises en œuvre, ou encore d'intégrer les *shaming penalties* au système général de sanctions (Kahan, 1996 ; Kahan et Posner, 1999), dans la mesure où elles exploitent la honte ressentie par l'individu – et, par conséquent, accroissent le coût supporté par lui – lorsque son acte est publiquement révélé et contribuent de ce fait à la dissuasion de certains comportements.

Ainsi, au moins deux des développements actuels de l'analyse économique du droit reflètent les évolutions du programme de recherche de l'analyse économique standard et n'apparaissent pas guidés par un questionnement ou une dynamique propres à l'analyse économique du droit. D'une part, l'économie du droit comportementale emprunte nombre de ses problématiques et outils à l'économie comportementale « générale », qu'elle transpose dans le champ des questions juridiques. D'autre part, si l'analyse économique des normes sociales semble à première vue développer un questionnement plus étroitement « juridique », et, éventuellement, plus spécifique à l'économie du droit, il convient de la resituer dans les tentatives contemporaines d'intégration des interactions sociales dans le cadre de l'analyse économique standard, suscitées par la remise en cause de plusieurs des hypothèses fondamentales de l'analyse économique (rationalité, exogénéité des préférences. . .) par les autres sciences sociales – et notamment la sociologie. Au final, plutôt que développer un questionnement original, l'analyse économique du droit actuelle nous paraît plutôt suivre et répercuter les évolutions générales de l'analyse économique dans son ensemble, en intégrant notamment les innovations majeures liées à l'émergence d'une approche « inspirée » (Frey et Stutzer, 2001).

Cette évolution s'observe alors y compris dans les travaux des pionniers de l'analyse économique du droit, Richard Posner – pour ne citer que lui – multipliant dans ses travaux récents les emprunts – revendiqués – à plusieurs sciences sociales, notamment la sociologie juridique ou la psychologie du droit, pour traiter de thèmes, tels que la décision judiciaire, qu'il abordait antérieurement sous un angle uniquement « économique ».

7. Conclusion

Il est souvent difficile de savoir comment caractériser les recherches de plus en plus nombreuses qui se développent à l'intersection de l'économie et du droit. Les deux termes génériques – « analyse économique du droit » et « économie du droit » – ne sont pas très informatifs car ils sont utilisés comme synonymes et sans que ne soient discutés les fondements méthodologiques sur lesquels ils reposent. L'objet de ce texte était de clarifier cette distinction, en montrant que l'analyse économique du droit doit fondamentalement être distinguée de l'économie du droit, et de souligner lesquels parmi les travaux menés ces dernières années relèvent de l'analyse économique du droit (plutôt que de l'économie du droit). En montrant que l'*economic analysis of law* envisage l'économie comme une méthode permettant d'étudier des objets – comme les règles de droit – et que le *law and economics* définit l'économie par son objet ou son champ d'étude, nous avons pu caractériser les principales étapes du développement de l'analyse économique du droit depuis le début des années 1970 jusqu'aux travaux les plus récents. Sur cette base, nous avons ainsi pu dégager des éléments de continuité notable dans les évolutions de cette dernière et montrer, enfin, que ses inflexions et évolutions à partir des années 1980 et jusqu'à aujourd'hui sont largement déterminées par le parti pris méthodologique adopté dans les années 1970 et les avancées de l'analyse économique standard. Selon notre perspective, les travaux récents du *Behavioral Law and Economics* et de l'analyse économique des normes sociales constituent donc fondamentalement des amendements visant à adapter la théorie initiale à une science économique en mutation, bien plus qu'à initier un changement de paradigme. Cela conduit à se demander, à propos du futur de l'analyse économique du droit si ces évolutions sont le signe d'un essoufflement de son programme de recherche initial ou bien celui d'un renouvellement.

Références

- Arndt, H. W. 1984. "Political Economy", *Economic Record*, 60, 266-273.
- Baxter, W. F. 1966. "Legal Restrictions on Exploitation of the Patent Monopoly: An Economic Analysis", *Yale Law Journal*, 76 (2), 267-370.
- Becker, G. S. 1971. *Economic Theory*. New York: Alfred Knopf.
- Becker, G. S. 1973. "A Theory of Marriage: Part I", *Journal of Political Economy*, 81 (4), 813-846.
- Calabresi, G. 1970. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Coase, R. H. 1960. "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 3, 1-44.
- Coase, R. H. 1978. "Economics and Contiguous Discipline", *Journal of Legal Studies*, 7 (2), 201-211.
- Coase, R. H. 1988. "The Nature of the Firm: Influence", *Journal of Law, Economics, and Organization*, 4 (1), 33-47.
- Coase, R. H. 1993a. "Law and Economics at Chicago", *Journal of Law and Economics*, 36 (1), Part 2: 239-254.
- Coase, R. H. 1993b. "Coase on Posner on Coase", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 149 (1), The New Institutional Economics Recent Progress; Expanding Frontiers: 96-98.
- Coase, R. H. 1993c. "Concluding Comments", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 149 (1), The New Institutional Economics Recent Progress; Expanding Frontiers: 360-361.
- Coase, R. H. 1996. "Law and Economics and A. W. Brian Simpson", *Journal of Legal Studies*, 25 (1), 103-119.
- Coase, R. H. 1998. "The New Institutional Economics", *American Economic Review*, 88: 72-74.
- Ehrlich, I., R. A. Posner. 1974. "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", *Journal of Legal Studies*, 3 (1), 257-286.
- Ellickson, R. C. 1998. "Law and Economics Discovers Social Norms", *Journal of Legal Studies*, 27(2), 537-552.
- Fontaine, P. 1996. "The French Economists and Politics, 1750-1780: The Science and Art of Political Economy", *Canadian Journal of Economics*, 29 (2), 379-393.
- Frey, B. S. et A. Stutzer. 2001. "Economics and Psychology: From Imperialistic to Inspired Economics", *Revue de philosophie économique*, 4 (2), 5-22.
- Harnay, S., A. Marciano. 2009 a. "Posner, Economics and the Law: From Law and Economics to an Economic Analysis of Law", *Journal of the History of Economic Thought*, 31 (2), 15-232.
- Harnay, S., A. Marciano. 2009 b. "Should I Help My Neighbour? Self-interest, Altruism and Economic Analyses of Rescue Laws", *European Journal of Law and Economics*, 28 (2), 103-131.
- Hirshleifer, J. 1982. "Evolutionary Models in Economics and Law", *Research in Law and Economics*, 4, 1-60.
- Hovenkamp, H. 1990. "The First Great Law & Economics Movement", *Stanford Law Review*, 42 (4), 993-1058.
- Johnson, O. E. G. 1972. "Economic Analysis, the Legal Framework and Land Tenure Systems", *Journal of Law and Economics*, 15 (1), 259-276.
- Jolls, C., 2007. "Behavioral Law and Economics", *NBER Working Paper Series*, Working Paper 12879: <http://www.nber.org/papers/w12879>.
- Jolls, C., C. R. Sunstein, R. Thaler. 1998. "A Behavioral Approach to Law and Economics", *Stanford Law Review*, 50, 1471-1550.
- Jolls, C., C. R. Sunstein. 2006. "Debiasing Through Law", *Journal of Legal Studies*, 35 (1), 199-241.
- Kahan, D. M. 1996. "What Do Alternative Sanctions Mean?", *The University of Chicago Law Review*, 63 (2), 591-653.
- Kahan, D. M. 1997. "Social Influence, Social Meaning, and Deterrence", *Virginia Law Review*, 83 (2), 349-395.
- Kahan, D. M. 1998. "Social Meaning and the Economic Analysis of Crime", *Journal of Legal Studies*, 27 (2), 609-622.

- Kahan, D. M. 2000. "Gentle Nudges vs. Hard Shoves: Solving the Sticky Norms Problem", *The University of Chicago Law Review*, 67 (3), 607-645.
- Kahan, D. M., E. A. Posner, 1999. "Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines", *Journal of Law and Economics*, 42 (1), Part 2: 365-391.
- Krecké, E. 2004. "Economic Analysis and Legal Pragmatism", *International Review of Law and Economics*, 23, 421-437.
- Landes, W. M. 1971. "An Economic Analysis of the Courts", *Journal of Law and Economics*, 14 (1), 61-107.
- Landes, W. M., R. A. Posner. 1975. "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective", *Journal of Law and Economics*, 18 (3), 875-901.
- Landes, W. M., R. A. Posner. 1976. "Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis", *Journal of Law and Economics*, 19 (2), 249-307.
- Landes, W. M., R. A. Posner, 1993. "The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study", *Journal of Law and Economics*, 36, 1, part 2, 385-424.
- Landes, W. M., L. C. Solmon. 1972. "Compulsory Schooling Legislation: An Economic Analysis of Law and Social Change in the Nineteenth Century", *Journal of Economic History*, 32 (1), 54-91.
- Manne, H. G. 1993. "An Intellectual History of the George Mason University School of Law", mimeo.
- Marciano, A. 2007. "Value and Exchange in Law and Economics: Buchanan versus Posner", *Review of Austrian Economics*, 20 (2), 187-200.
- Phillips, L., H. L. Votey Jr. 1972. "An Economic Analysis of the Deterrent Effect of Law Enforcement on Criminal Activity", *Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, 63 (3), 330-342.
- Posner, E. A. 1996. "The Regulation of Groups: The Influence of Legal and Nonlegal Sanctions on Collective Action", *The University of Chicago Law Review*, 63 (1), 133-197.
- Posner, R. A. 1969a. "Natural Monopoly and Its Regulation", *Stanford Law Review*, 21 (3), 548-643.
- Posner, R. A. 1969b. "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach", *Stanford Law Review*, 21 (6), 1562-1606.
- Posner, R. A. 1970a. "Natural Monopoly and Its Regulation: A Reply", *Stanford Law Review*, 22 (3), 540-546.
- Posner, R. A. 1970b. "A Statistical Study of Antitrust Enforcement", *Journal of Law and Economics*, 13 (2), 365-419.
- Posner, R. A. 1971a. "A Program for the Anti-trust Division", *The University of Chicago Law Review*, 38 (3), 500-536.
- Posner, R. A. 1971b. "Taxation by Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2 (1), 22-50.
- Posner, R. A. 1971c. "Killing or Wounding to Protect a Property Interest", *Journal of Law and Economics*, 14 (1), 201-232.
- Posner, R. A. 1972a. "The Behavior of Administrative Agencies", *Journal of Legal Studies*, 1 (2), 305-347.
- Posner, R. A. 1972b. "A Theory of Negligence", *Journal of Legal Studies*, 1(1), 29-96.
- Posner, R. A. 1972c. "Volume One of 'The Journal of Legal Studies' - An Afterword?", *Journal of Legal Studies*, 1(2), 437-440.
- Posner, R. A. 1973a. *Economic Analysis of Law*. Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1986.
- Posner, R. A. 1973b. "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration", *Journal of Legal Studies*, 2 (2), 399-458.
- Posner, R. A. 1975. "The Economic Approach to Law", *Texas Law Review*, 53, 757-782.
- Posner, R. A. 1987a. "The Law and Economics Movement", *American Economic Review*, May, 77 (1), 1-13.
- Posner, R. A. 1987b. "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962 - 1987", *Harvard Law Review*, 100 (4), 761-780.
- Posner, R. A. 1988. "Comment on Donohue", *Law and Society Review*, 22 (5), 927-930.
- Posner, R. A. 1993a. "Gary Becker's Contribution to Law and Economics", *Journal of Legal Studies*, 22 (2), 211-215.

- Posner, R. A. 1993b. "New Institutional Economics Meets Law and Economics", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 149 (1), 73-87.
- Posner, R. A. 1993c. "Ronald Coase and Methodology", *Journal of Economic Perspectives*, 7 (4), 195-210.
- Posner, R. A. 1994. "What Do Judges and Justices Maximise? (The same Thing Everybody Else Does)", *Supreme Court Economic Review*, 3, 1-41.
- Posner, R. A., 1995. *Overcoming Law*, Harvard University Press.
- Posner, R. A. 2008. *How Judges Think*. Harvard University Press.
- Priest, G. 2006. "The Rise of Law and Economics: A Memoir of the Early Years". In F. Parisi and C. K. Rowley, eds., *The Origins of Law And Economics: Essays By The Founding Fathers*, Cheltenham: Edward Elgar, chapter 14.
- Robbins, Lionel. 1932. *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. London, Macmillan, 1984.
- Shavell, S. 1982. "Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs", *Journal of Legal Studies*, 11 (1), 55-81.
- Sunstein C. R. 1996. "Social Norms and Social Roles", *Columbia Law Review*, 96 (4), 903-968.
- Sunstein C. R. 2000. *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press.
- Van Horn, R. 2009. "Reinventing Monopoly and the Role of Corporations: The Roots of Chicago Law and Economics". In Mirowski, P., D. Plewhe, *The Road from Mont Pelerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Cambridge: Harvard University Press.