



Économie publique/Public economics

07 | 2001/1

Analyse économique du droit

L'analyse économique du droit et le renouvellement de l'économie politique des choix publics

Jean-Michel Josselin et Alain Marciano



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/economiepublique/1533>

ISSN : 1778-7440

Éditeur

IDEP - Institut d'économie publique

Édition imprimée

Date de publication : 15 janvier 2001

ISBN : 2-8041-3634-5

ISSN : 1373-8496

Référence électronique

Jean-Michel Josselin et Alain Marciano, « L'analyse économique du droit et le renouvellement de l'économie politique des choix publics », *Économie publique/Public economics* [En ligne], 07 | 2001/1, mis en ligne le 07 décembre 2005, consulté le 20 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/economiepublique/1533>

public economics
économie publique

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

Deux numéros par an

n° 7 – 2001/1



© De Boeck & Larcier s.a., 2001
Editions De Boeck Université
Rue des Minimes 39, B-1000 Bruxelles

Tous droits réservés pour tous pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Imprimé en Belgique

Dépôt légal 2001/0074/226

ISSN 1373-8496
ISBN 2-8041-3634-5

économiepublique sur internet : www.economie-publique.fr

© Institut d'économie publique – IDEP

Centre de la Vieille-Charité

2, rue de la Charité – F-13002 Marseille

Tous droits réservés pour tous pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

La revue **économie**publique bénéficie du soutien du Conseil régional Provence-Alpes-Côte d'Azur

ISSN 1373-8496



L'analyse économique du droit et le renouvellement de l'économie politique des choix publics

Jean-Michel Josselin

Université de Rennes 1 et CREREG

Alain Marciano

Université de Corse-Pascal Paoli, GREQAM et IDEP

Les développements récents de l'analyse économique du droit, d'abord aux États-Unis puis à présent en Europe sont considérables et incontestablement croissants. Les publications consacrées à ce domaine se multiplient, tant sous la forme d'ouvrages collectifs que de manuels ou de textes de synthèses. Les articles également se font plus nombreux, jusque dans les revues généralistes. Tenter d'appréhender le champ de l'analyse économique du droit en essayant de le circonscrire est de ce fait excessivement difficile. Une autre clé de décryptage peut être fournie par la question de la pertinence des analyses menées dans cette « nouvelle » discipline. Échaudé par des tentatives, quelquefois ubuesques, d'investigation de champs totalement étrangers à la vocation et aux compétences de l'économiste, le lecteur aura tôt fait de se demander si l'analyse économique du droit ne cherche pas à faire « l'économie » du droit, en absorbant ce champ d'analyse « exotique » dans celui de l'économie. Bien au contraire, les articles qui composent ce numéro thématique se proposent de montrer pourquoi et comment l'analyse économique est utile au droit. Si ce dernier est en effet l'expression des modes de coordination des actions individuelles (via le droit privé) et collectives (via le droit public), alors l'économiste possède bien des outils pour éclairer les formes juridiques qui gouvernent l'organisation de l'action humaine.

Traditionnellement, l'analyse économique de la production et de l'usage des règles et pratiques juridiques s'est développée pour l'essentiel à partir du droit privé. Comme le remarque Rose-Ackerman (1994; cf. également Danet, 1993), ce biais vient pour une large part

de la prééminence de l'école de Chicago et de la tradition, bien établie dans les pays anglo-saxons, de la *common law*. Récemment, l'économie du droit s'est émancipée par rapport à cette tradition en intégrant des réflexions sur le positionnement de l'action publique par rapport aux acteurs individuels et privés. Comprendre les mécanismes de production et d'évolution des règles de droit est alors perçu comme essentiel car ces règles forment le cadre dans lequel se déroule l'action publique et les activités économiques des agents privés. Aucune activité ne se développe en effet en dehors de toute réglementation : de fait, non seulement les règles influencent les comportements individuels mais, en outre, le fonctionnement de ces règles amène des comportements stratégiques. Les outils « modernes » de la microéconomie s'avèrent ainsi particulièrement adaptés pour mieux comprendre les interactions entre politiques publiques et comportements individuels (consommateurs, citoyens, plaignants, entreprises,...).

En résumé, ce numéro montre comment l'analyse économique du droit renouvelle les moyens d'appréhender l'action publique. La multiplicité des thèmes abordés ici témoigne alors de son développement théorique comme de son intérêt concret, posant de ce fait sa pertinence.

Comment l'analyse économique peut aider le droit

Commençons par une perspective méthodologique et générale sur l'analyse économique du droit et les conditions de sa pertinence. Il convient, à ce titre, d'aborder la question par l'angle historique. Le renouveau de l'intérêt manifesté par les économistes pour les règles, leur origine, leur fonctionnement et leur pertinence, n'est pas sans racines dans l'histoire de la pensée économique. Les recherches menées en analyse économique du droit retrouvent, en effet, les problématiques et donc la vocation de l'économie politique telle qu'elle était pensée par les pères fondateurs de la discipline. David Hume ou Adam Smith envisageaient bien de comprendre l'origine et la nature de l'ordre social grâce à l'utilisation de l'outil économique (Josselin et Marciano, 2001). Selon le mot de Frey, "institutions matter" (1990) et c'est la vertu de l'analyse économique du droit que de s'intéresser à la manière dont ces institutions, règles formelles ou informelles, influencent le jeu et les comportements des acteurs privés ou publics.

Ainsi, l'économie est économie politique par vocation et, par conséquent, les règles en sont l'un des domaines d'investigation légitime, voire privilégié. Cette légitimité historique, même renouvelée par l'utilisation des outils et de la méthodologie de la microéconomie, ne suffit toutefois pas toujours à justifier l'analyse économique du droit. En effet, la crainte subsiste parfois de voir l'argumentation économique prévaloir sur le jugement ou l'acte législatif, alors même que ces derniers ne sont réductibles à aucune discipline scientifique particulière.

Comme le souligne Juergen Backhaus dans son article, “Much of the opposition to the economic analysis of legal problems such as Posner’s stems not so much from an aversion to economic analytical techniques as from a sense that the economic analysis is a Trojan horse carrying ideological value judgments not shared by the court”. L’économiste doit ainsi toujours montrer patte blanche, faire la preuve de l’intérêt de ses réflexions pour le droit et donc *in fine* pour les modes d’organisation collective. C’est donc à cette question fondamentale et fondatrice que s’attache l’article de Juergen Backhaus. Son argument est que l’économie apporte une expertise au droit, sans pour autant, il est essentiel de le noter, se substituer au droit. Que l’économiste permette d’améliorer la prise de décision juridique est vrai lorsqu’on se situe dans un ensemble donné de règles. Ceci est d’autant plus vrai lorsque, comme c’est actuellement le cas avec l’intégration européenne et la confrontation de plusieurs traditions juridiques, il faut fusionner des règles dans des principes communs. L’analyse économique fournit un cadre d’analyse permettant de dépasser les incompatibilités et les frictions. Toutefois, cette expertise que l’économiste peut apporter au juriste réclame qu’un certain nombre d’étapes soit respectées. Backhaus propose ainsi un article méthodologique qui analyse les contraintes indispensables que doit respecter l’économiste s’il veut pouvoir convaincre les juristes de la légitimité et de la pertinence de son intrusion.

Le rôle des constitutions

Puisque l’économie publique concerne au premier chef l’action collective, le premier domaine du droit dans lequel l’analyse économique a légitimité est naturellement celui du droit constitutionnel, fondement s’il en est de l’organisation de l’action humaine. Longtemps négligés, les textes constitutionnels ont fini par occuper une place centrale dans l’analyse économique du droit (Josselin et Marciano, 1995, 2000; Frey et Eichenberger, 1996). L’importance de ces réflexions se juge d’ailleurs à l’aune de leur actualité : les bouleversements que constituent les divisions et scissions de pays (Bolton et Roland, 1997; Alesina et Spolaore, 1997; Josselin et Marciano, 1999a), les réformes constitutionnelles entreprises ici et là, sont autant d’objets d’analyse pour l’économiste. La perspective est celle de l’économie politique constitutionnelle, laquelle consiste à considérer que les outils des économistes permettent d’éclairer les choix entre les différentes règles qui vont encadrer les comportements individuels. La question qui se pose alors est bien celle de la nature de la constitution qu’il faut adopter.

Les travaux sur ce thème se sont développés en privilégiant traditionnellement l’hypothèse selon laquelle les constitutions se doivent de contrôler les comportements des citoyens. Autrement dit, les individus sont supposés être « mauvais » (en termes économiques, ils choisiraient

presque systématiquement des comportements stratégiques) et, par conséquent, il convient de contraindre et d'orienter leurs penchants égoïstes par des mécanismes incitatifs. Frey, Stutzer et Benz remarquent que les individus adoptent les comportements que les constitutions, et leurs concepteurs, leurs prêtent. Leur argumentation repose sur la substituabilité entre motivation interne et motivation externe.

Lorsque existent des mécanismes incitatifs, les citoyens n'accomplissent plus spontanément les actes qu'ils étaient disposés à accomplir par sens du devoir; il y a un effet de *crowding out* des vertus civiques. À l'inverse, tenir compte des comportements coopératifs, même limités, permet de réduire l'ampleur des incitations, puisque ces comportements n'ont besoin d'aucune rémunération. Évidemment, ce sens du devoir demande à s'exprimer. D'où la portée normative de l'argument présenté ici : toute constitution est bonne dès lors que, faisant confiance aux individus, elle leur permet de participer à la prise de décision. L'argument fonctionne aussi en sens inverse : la participation aux choix publics influence le bien-être individuel. Cette proposition est testée à partir de données fournies par les expériences suisse et américaine.

Randall Holcombe considère également qu'il faut faire confiance aux constitutions. Il est également d'accord sur le fait que celles-ci ne doivent pas d'abord être destinées à contrôler les individus mais doivent être faites pour contrôler les gouvernants. L'argumentation d'Holcombe repose sur la caractérisation du clivage entre le respect du droit (protection des minorités, équilibre des pouvoirs) et la pression démocratique (issue du pouvoir de la majorité). Plus précisément, il insiste sur le fait que valoriser la démocratie pour elle-même n'a pas grand sens car il ne s'agit que d'un type de régime politique, c'est-à-dire un mode d'exercice du pouvoir. Or, le pouvoir a une nature profondément paradoxale : donner le droit de faire des règles, c'est également donner le droit de les manipuler et de les utiliser à des fins privées (Josselin et Marciano, 1997, 1999b). Ce dilemme constitutionnel ne se manifeste pas uniquement dans les dictatures mais également dans les démocraties sous la forme de recherche de rente et de comportements prédateurs en matière de finances publiques. Holcombe le souligne dans son papier, le point important n'est pas tant le caractère démocratique des institutions que les contrôles constitutionnels susceptibles d'être exercés sur les détenteurs du pouvoir. Lors de l'élaboration des constitutions, ces instruments de contrôle doivent être considérés avec la plus grande importance. Il illustre son argument en analysant l'évolution de la constitution américaine depuis ses origines jusqu'à nos jours : les pères fondateurs de la constitution des États-Unis d'Amérique, précise Holcombe, ne cherchaient en effet pas tant à dessiner une constitution démocratique qu'à définir des modes de contrôle des détenteurs du pouvoir. L'intérêt, forcément important dans la perspective européenne, est de voir la pertinence de certaines particularités du système institutionnel américain pour notre futur constitutionnel.

Frey, Stutzer et Benz comme Holcombe mettent ainsi en évidence un argument essentiel : ce ne sont pas tant les citoyens qu'il faut contrôler que les gouvernants. Pour les premiers, c'est parce que cela incite les individus à mobiliser leurs vertus civiques ; pour le second, c'est afin d'éviter que les règles n'aillent à l'encontre de l'intérêt de tous.

La régulation de la concurrence

En matière de droit de la concurrence, le droit européen affirme désormais des réflexions adaptées à leur contexte institutionnel et solidement fondées au plan microéconomique. Le texte de Michel Glais le montre bien : s'il est un domaine dans lequel le droit s'est constamment nourri des réflexions des économistes, c'est bien celui de la concurrence (la réglementation antitrust est la partie du droit qui a intéressé très tôt l'analyse économique, avec les travaux de Posner et Stigler, par exemple). L'effet de retour n'est d'ailleurs pas neutre : le contact avec le monde « réel » de l'entreprise oblige à affiner les concepts microéconomiques, non pas pour qu'ils se plient passivement à ce contact, mais bien pour qu'ils convainquent toujours mieux de leur pertinence, quitte à se renouveler fortement. En matière de télécommunications, on imagine l'enjeu formidable de la jurisprudence concurrentielle pour la vie des affaires. L'économiste y a bien son mot à dire, et si le concept de monopole naturel a perdu beaucoup de sa capacité d'explication, Michel Glais montre combien le concept de libre accès aux ressources essentielles est une clé fondamentale pour la compréhension de ce qu'est la libre entrée sur un marché. C'est d'autant plus le cas lorsque des opérateurs historiques continuent à exercer une forme de prééminence.

L'analyse économique peut-elle aider le droit ? Au-delà de la réponse positive qu'engendre certainement la lecture du texte de Michel Glais, on peut franchir ici une nouvelle étape : le raisonnement microéconomique est devenu pour une large part constitutif du droit de la concurrence. Certes, l'objet juridique qu'est le marché est aussi l'objet économique par excellence. On peut toutefois se prendre à espérer que la démarche se généralise aux autres champs du droit.

D'une certaine manière, l'ensemble des textes proposés dans ce numéro va dans ce sens.

Normalisation

Par définition, l'analyse économique du droit étudie les processus par lesquels sont créées les normes juridiques qui forment le cadre des activités sociales. Traditionnellement, cette analyse se concentre sur deux types de processus de création de règles, les processus spon-

tanés et les processus construits. Or, il existe un autre type de règles, les normes, et un processus alternatif de création de règles, la normalisation. Les textes de Didier Danet et Christian Barrère s'intéressent à cette « troisième voie ».

Comme le fait remarquer Danet, la séparation qui est faite entre droit légiféré et droit spontané est loin de suffire à les caractériser, de même que cette distinction n'épuise pas les catégories du droit. Dans son article, il rappelle les vertus et les vices du droit légiféré et du droit spontané et montre que, d'une part, le droit légiféré ne rend pas inutile un droit spontané et, d'autre part, le droit spontané est tout aussi construit que le droit légiféré. En fin de compte, ces deux modes de production de droit cumulent les inconvénients et n'échappent pas aux critiques qu'ils se font l'un à l'autre. D'où le plaidoyer pour reconnaître sinon adopter systématiquement un autre mode de production de droit, une troisième forme de processus générateur de normes. Partant de cas concrets, Danet montre que la normalisation permet de mobiliser l'information et le savoir réparti entre les différents acteurs. Par ailleurs, à la différence de la disposition législative ou jurisprudentielle laquelle naît d'un acte de volonté unilatéral, « la norme subit une métamorphose progressive qui implique un stade intermédiaire entre l'usage sociologique et la règle coercitive ». Une question se pose malgré tout : la normalisation peut-elle être envisagée en dehors des domaines techniques où elle est privilégiée ? Si, comme l'affirme Didier Danet, l'étude de ces processus de production de règle est un domaine d'avenir pour l'analyse économique du droit, c'est aussi en répondant à cette question que ce projet pourra aboutir.

De son côté, Barrère montre comment les grandes maisons de champagne ont élaboré un patrimoine juridique, celui de l'appellation d'origine contrôlée Champagne. Il se propose de comprendre et d'approfondir les stratégies collectives qui amènent au processus institutionnel d'innovation juridique. En s'appuyant sur la théorie des jeux évolutionnaires, le texte rend compte des choix collectifs qui ont convergé vers la définition d'une stratégie concurrentielle particulière, la stratégie de segmentation du marché final par la qualité, fondée sur une stratégie juridico-judiciaire précise. D'une manière originale, Barrère discute le sens de ce long processus d'innovation juridique en montrant que la dimension de la protection est seconde par rapport à la possibilité de faire de l'appellation un moyen, pour les grandes maisons de Champagne, d'imposer à l'ensemble du secteur une stratégie de qualité. Le processus n'est pas celui du droit légiféré, ni celui du droit spontané, mais bien celui d'une organisation collective visant à encadrer les comportements individuels par des règles incitatives définies de manière endogène par les acteurs eux-mêmes.

Environnement

L'un des domaines « historiques » de l'analyse économique du droit, celui du traitement des externalités et de la pollution, rencontre de manière tout à fait significative l'un des thèmes privilégiés de l'économie publique. De plus, les grandes catastrophes environnementales de ces dernières années le montrent bien, les enjeux pratiques sont forts. Enfin, l'environnement est un domaine crucial de l'intégration européenne. C'est pour gérer les problèmes de pollution que le principe de subsidiarité a été « inventé » et affirmé par le Traité de Maastricht; c'est dans ce domaine qu'il pose probablement les problèmes les plus délicats (Backhaus, 1997, 1999; van den Bergh, Faure et Lefevre, 1995).

De fait, droit et économie se rencontrent naturellement sur le problème de l'environnement et des externalités. D'un côté, le droit propose un ensemble d'instruments devant inciter les acteurs à internaliser les effets externes : la réglementation et la responsabilité. De l'autre, l'économie répond en évaluant les différents instruments juridiques proposés. Michael Faure et Bruno Deffains utilisent les outils économiques pour évaluer successivement et complémentaires ces deux types d'instrument. Leurs articles donnent l'ébauche de ce qu'est appelée à devenir l'analyse économique du droit de l'environnement. Nous avons ici encore, avec ces deux textes, une réponse évidente à l'interrogation initiale de Backhaus, à savoir les domaines sur lesquels l'économiste peut aider la formulation et la résolution de problèmes juridiques.

Quel rôle la responsabilité civile peut-elle jouer dans la prévention des dommages à l'environnement ? Le droit de la responsabilité civile a pour fonction, d'une part, d'inciter l'auteur potentiel d'un dommage à prendre des précautions et d'autre part, d'assurer le versement de dommages permettant d'indemniser la victime à l'image d'un système d'assurance. Lorsque les agents générateurs de risques sont confrontés au coût social de leurs actions, les incitations à prendre des précautions sont optimales. Malheureusement, le recours à la responsabilité civile n'est pas sans limite, comme le montre Michael Faure dans son article. Pour certaines de ces limites, on peut envisager de conserver la même logique de responsabilisation. C'est le cas lorsque le problème vient de l'insolvabilité des agents. On sait en effet que l'insolvabilité des pollueurs limite considérablement la portée de la règle de responsabilité. Bruno Deffains nous rappelle que des comportements stratégiques peuvent naître de ce problème. Dans son article, il montre qu'il est possible d'étendre à certains co-contractants de l'entreprise la responsabilité des dommages environnementaux qu'elle pourrait causer, de manière à « re-responsabiliser » la gestion des risques. La justification principale de cette extension de responsabilité réside dans le fait que les agents ne sont pas toujours solvables pour faire face aux

conséquences dommageables de leurs actes. En utilisant la théorie de l'agence, Deffains montre l'intérêt d'une extension de responsabilité aux créanciers des firmes polluées. En cas d'insolvabilité potentielle et de risque moral, ce dispositif peut effectivement contribuer à renforcer la prévention à condition toutefois que l'extension de responsabilité au créancier ne soit pas totale.

Lorsque les limites de la responsabilité civile sont trop fortes, l'autre terme de l'alternative consiste à envisager une solution *ex ante*, fondée sur la réglementation, qui viendrait ainsi pallier les défaillances du système de responsabilité. Michael Faure montre que la réglementation est également une solution imparfaite. Il est préférable, selon lui, de choisir des instruments mixtes. Son argumentation utilise bien des outils et des concepts économiques. Mais il va même plus loin dans ses conclusions puisqu'il considère que c'est l'un des mérites de l'analyse économique du droit que d'avoir expliqué pourquoi et comment les différents instruments peuvent être mélangés. Le choix de la Commission européenne fait dans le livre vert sur la responsabilité environnementale confirme les recommandations du modèle économique. Son article boucle ainsi le numéro avec celui de Juergen Backhaus : en montrant comment certains textes réglementaires utilisent les recommandations de l'analyse économique du droit, il montre quelle est sa pertinence pour les décideurs publics.

Bibliographie

- Alesina, Alberto et Enrico Spolaore, 1997, "On the number and size of nations", *Quarterly Journal of Economics*, 112(4), pp. 1027-1056.
- Backhaus, Juergen G., 1997, "Subsidiarity and ecologically based taxation: A European constitutional perspective", *Public Choice*, 90(1-4), pp. 281-310.
- Backhaus, Juergen G., 1999, "Subsidiarity", in Juergen G. Backhaus (ed.) *The Elgar Companion to Law and Economics*, Aldershot : Edward Elgar, 136-43.
- Bolton, Patrick et Gérard Roland, 1997, "The break-up of nations : A political economy analysis", *Quarterly Journal of Economics*, 112(4), pp. 1057-1090.
- Frey, Bruno S., 1990, "Institutions matter : The comparative analysis of institutions", *European Economic Review*, 34(2-3), pp. 443-449.
- Frey, Bruno S. et Reiner Eichenberger, 1996, "FOCJ : Competitive governments for Europe", *International Review of Law and Economics*, 16(3), pp. 315-327.
- Josselin, Jean-Michel et Alain Marciano. 1995, "Constitutionalism and common knowledge : Assessment and application to a future European constitution", *Public Choice*, 85(1-2), pp. 173-188.
- Josselin, Jean-Michel et Alain Marciano, 1997, "The paradox of Leviathan : How to develop and contain the future European state", *European Journal of Law and Economics*, 4(1), pp. 5-21.
- Josselin, Jean-Michel et Alain Marciano, 1999a, "Unitary states and peripheral regions : A model of heterogeneous spatial clubs", *International Review of Law and Economics*, 19, pp. 501-511.
- Josselin, Jean-Michel et Alain Marciano, 1999b, "Administrative law and economics", in Juergen G. Backhaus (ed.) *The Elgar Companion to Law and Economics*, Aldershot : Edward Elgar, pp. 115-120.
- Josselin, Jean-Michel et Alain Marciano, 1999c, « Nouvelle économie politique », in Alain Leroux et Alain Marciano (eds), *Traité de Philosophie Economique*, Bruxelles, De Boeck Université, pp. 17-40.
- Josselin, Jean-Michel et Alain Marciano, 2000, "Displacing your principal. Two historical case studies of some interest for the constitutional future of Europe", *European Journal of Law and Economics*, 10(3), pp. 217-233.
- Josselin, Jean-Michel et Alain Marciano, 2001, "Public decisions in the Scottish Enlightenment tradition", *Journal of Economic Studies*, 27(6), pp. 5-13.
- Van den Bergh, Roger, Michael Faure et Juergen Lefevere, 1995, "The subsidiarity principle in European Environmental law : An economic analysis", in E. Eide and R. van den Bergh (eds), *Law and economics of the environment*, Oslo : Juridisk Forlag, pp. 121-166.