

N°1 30 Décembre 2010

So Recherche

**L'analyse économique du droit en question**

THEME DE L'ARTICLE

## 6. *Law and Economics*, une science idiote ? (1) - Alain Bernard

Tenter de mesurer les effets économiques d'une norme juridique constitue un projet scientifique de première importance. Le "*Law and Economics*" dévoie cette idée forte. Il se construit sur des postulats purement idéologiques -notamment la supériorité de la "*common law*" sur tout autre système juridique et du marché comme mode de régulation des comportements- pour prétendre démontrer scientifiquement des résultats acquis d'avance. Ce décor idéologique, dont les rapports annuels "*Doing Business*" constituent l'avatar le plus spectaculaire, porte aussi sa part de responsabilité dans la crise financière qui secoue la planète. L'analyse économique du droit reste largement une discipline à construire dans une perspective véritablement scientifique avec une préoccupation majeure, l'adéquation au réel, démarche indispensable au débat rationalisé.

Les juristes doivent se convertir au *Law and Economics*. L'injonction vient de partout et de très haut. De la Banque mondiale (2), de la Cour de cassation (3) ou de la Chaire régulation de Sciences Po. Une littérature abondante occupe une partie importante de l'espace éditorial depuis le tournant du siècle. Des organismes de recherche prestigieux, comme la Mission Droit et Justice, ou l'association Capitant (4), inscrivent le thème sur leur agenda. Des disciplines nouvelles se constituent, le droit de la régulation par exemple (5). Elles placent les rapports du droit et de l'économie au cœur de leurs préoccupations. Nous n'échapperons pas à l'analyse économique du droit (6).

Pourtant, et malgré la puissance de l'offensive, le succès ne paraît pas assuré, la doctrine résiste. Face à cette résistance, les thuriféraires de l'analyse économique du droit adoptent, étrangement, une rhétorique antiéconomique ou, du moins, anticommerciale : ils culpabilisent la doctrine française pour son indifférence aux apports, jugés par eux remarquables, de cette discipline (7). Ils affirment que si les consommateurs ne veulent pas de leur production, c'est de leur faute et non de celle des producteurs. Pourtant, il faudrait revenir à la logique économique et poser le problème à l'endroit. Si les juristes français restent réfractaires au *Law and Economics*, il se pourrait que les produits offerts sur le marché des idées par cette entreprise multinationale ne présentent pas d'intérêt pour le consommateur français.

Car ce sous-produit de la théorie économique promet beaucoup : "*une théorie des comportements humains*" (8). Une théorie des comportements humains ? L'économie aurait donc découvert ce que, depuis les sagesse antiques, les sciences humaines pourchassent en vain, le ressort de la vie humaine ? Voilà une offre bien alléchante et c'est pure folie que de ne pas y céder. Se pourrait-il que les résultats obtenus ne répondent guère aux promesses ?

Une branche de la science économique, sans doute plus modeste, permet d'approcher les causes de l'insatisfaction procurée par cette discipline d'importation. Edmond Malinvaud, représentant éminent de la science économique mathématisée, s'interrogeait dans un article célèbre "*Pourquoi les économistes ne font pas de découvertes ?*" (9). L'article dresse un bilan sans complaisance de l'état épistémologique de sa discipline et remet en question, notamment, les excès de la mathématisation qui dissimule la minceur des énoncés économiques sous-jacents et la fragilité de leur pertinence. Il écrit en conclusion : "*les changements dans les préférences de la profession entre paradigmes tiennent souvent plus au déplacement des modes dans la communauté académique qu'à des preuves établissant l'adéquation aux phénomènes économiques réels et aux problèmes économiques réels. Si vous êtes d'accord avec moi sur cette dernière déclaration, alors nous n'avons pas à être fiers en tant que savants*". Le constat ne vaut-il pas, aussi et surtout, pour le *Law and Economics* ?

L'observation conduit à une interrogation, l'analyse économique du droit relève-t-elle de la science (I) ou de l'idéologie (II) ?

### I - Science ?

La dimension scientifique de la discipline économique constitue un débat récurrent entre les économistes eux-mêmes. La mouvance de l'analyse économique du droit assume sans complexe sa dimension idéologique. L'école de Chicago se donne pour projet de former des économistes libéraux et reçoit l'appui des *lobbies* poursuivant un tel objectif (10). Usant de la micro-économie néoclassique, cette économie essentiellement littéraire (11) repose sur un individualisme radical, la valorisation de la raison économique contre la raison politique et la primauté de l'ordre du marché. Le droit relèverait de l'ordre du marché plutôt que de la démocratie, le marché serait le seul type légitime de régulation, le système serait même plus efficace s'il échappe au contrôle du pouvoir. Cette idéologie fait l'impasse sur la question du pouvoir, elle occulte l'existence de rapports d'inégalité et de domination, elle ignore même le phénomène, massif pourtant, du capitalisme. Elle postule l'existence d'un droit sans l'Etat, affranchi du politique, découvert par le juge de *common law*. On trouve dans Hayek un des penseurs du mouvement (A) à l'origine des doctrines disponibles (B) et dont l'influence se poursuit jusqu'à aujourd'hui avec le dogme de la supériorité de la *common law*.

#### A - F.-A. Hayek

Hayek, inspirateur du mouvement, référence obligée (12) et "prix Nobel" d'économie (13), se fait le chantre d'un ordre spontané opposé au constructivisme (en fait, aux politiques keynésiennes qu'Hayek n'a cessé de combattre). Un ordre spontané que F.-A. Hayek décrit comme "*un ordre qui fonctionne sans que personne en ait eu le dessein, un ordre qui s'est formé de lui-même sans que l'autorité en ait eu connaissance et parfois contre son gré ; qui se déploie hors de la portée de l'organisation délibérée de quiconque*" (14). La principale cause d'efficacité de l'ordre libéral résiderait dans le fait qu'en laissant chaque individu utiliser librement les informations qu'il détient, on rend possible un ordre spontané incorporant plus d'informations qu'un organisateur pourrait en réunir. La théorie de l'évolution sociale expliquerait la sélection des mécanismes les plus efficaces. Au premier rang desquels la propriété privée individuelle, l'éthologie venant appuyer le propos puisque l'auteur parle de "propriété" à propos de l'habitat des écrevisses ou des rouges-gorges (15).

Hayek distingue droit et législation, le droit coutumier n'ayant jamais été "inventé" alors que "*l'intervention de la législation est intervenue relativement tard dans l'histoire du genre humain*" (16). Or, le droit coutumier favoriserait le maintien d'un ordre libéral, à la différence du droit élaboré par le législateur. Les règles coutumières visant à "*l'ajustement et au repérage*" des anticipations de chacun, elles provoquent l'apparition et

N°6 30 Juin 2013

Archives

## N°6 30 Juin 2013 Editorial

### I. Les fondements du droit de la preuve

I.A.1.a - Les fondements extra-juridiques:

fondements sociologiques. Preuve et culture, E. Jeuland

I.A.1.b - Les fondements extra-juridiques:

fondements sociologiques. La fonction sociale de la preuve, H. Lévy-Bruhl

I.A.2 - Les fondements extra-juridiques:

fondements économiques, D. Deffains

I.B.1.a - Les fondements juridiques de la

preuve: existe-t-il un droit à la preuve? -

Doctrine - G. Goubeaux

I.B.1.b - Les fondements juridiques de la

preuve: Existe-t-il un droit à la preuve? -

Jurisprudence -

I.B.1.b - Les fondements juridiques de la

preuve: Existe-t-il un droit à la preuve? -

Jurisprudence -

I.B.2 - Les fondements juridiques de la preuve:

les fonctions de la preuve. Fonction immédiate et fonction médiate

I.B.2 - Les fondements juridiques de la preuve:

les fonctions de la preuve. Preuve, vérité, vraisemblance et conviction

I.B.2 - Les fondements juridiques de la preuve:

les fonctions de la preuve. Preuve, vérité, vraisemblance et conviction

I.B.2 - Les fondements juridiques de la preuve:

les fonctions de la preuve. Preuve, vérité, vraisemblance et conviction

### II. Les linéaments du droit de la preuve

II.A - L'objet de la preuve: la preuve des faits, Th. Le Bars

II.A - L'objet de la preuve: la preuve des faits, J. Languier

II.A - L'objet de la preuve: la preuve du droit, J. Dupichot

II.A - L'objet de la preuve: la preuve du droit, P. Mayer

II.B.1 - L'administration de la preuve: les

parties et la charge de la preuve, H. Roland et L. Boyer

II.B.1 - L'administration de la preuve: les

parties et la charge de la preuve, Ch. Aubry et Ch. Rau

II.B.1 - L'administration de la preuve: les

parties et la charge de la preuve, H. Motulsky

II.B.1 - L'administration de la preuve: les

parties et la charge de la preuve

II.B.1 - L'administration de la preuve: les

parties et la charge de la preuve, J. Chevalier

II.B.1 - L'administration de la preuve: les

parties et la charge de la preuve, M. Mekki

II.B.1 - L'administration de la preuve: les

parties et la charge de la preuve

le maintien d'un ordre spontané qui résulte des pratiques mêmes des personnes privées. Dans cette perspective, le droit privé serait composé des "règles de juste conduite" et le droit public de "règles d'organisation", le droit privé étant le plus propice à défendre le bien commun car "l'ordre spontané de la société nous fournit ce qui est le plus important pour tout le monde" (17). Cette doctrine proscriit la recherche d'objectifs sociaux, "les règles d'organisation dépendantes de fins poursuivies (ou règles de droit public)" (18), alors que "la justice n'a pas à considérer les conséquences des diverses transactions, mais à vérifier que les transactions elles-mêmes ont été loyales" (19).

Très succinctement résumée, cette doctrine encourt une série de critiques sur un triple plan, outre le recours passablement farfêlé au "naturalisme" avec l'exemple des animaux pour justifier la propriété privée individuelle. Du fait que les gros poissons mangent les petits, faut-il en déduire que les grands hommes peuvent manger les petits ?

Plus sérieusement et au plan logique, si l'évolutionnisme conduit à la sélection du meilleur système possible, alors pourquoi s'arrêter à la station du libéralisme ? Si l'évolution évince le libéralisme au profit du constructivisme, il faut conclure à la supériorité de ce dernier. Et combattre la prétention au retour de l'ordre ancien comme constructiviste. La théorie évolutionniste ne fonctionne pas (20).

S'agissant de l'histoire, ensuite et surtout, faire de l'ordre du marché et de ses corollaires comme la propriété privée individuelle un ordre spontané, indépendant de l'Etat, relève de l'amnésie. Fernand Braudel a bien montré comment le capitalisme se développe à partir des "Etats-villes" en Italie et en Europe du Nord, elles "sont des outils entièrement dans les mains de leurs marchands", de même pour l'Angleterre, "premier Etat territorial à s'achever comme marché national ou économie nationale qui passe assez tôt sous la domination marchande après la Révolution de 1688". Rien d'étonnant, précise Fernand Braudel, "si, dans l'Europe préindustrielle, un certain déterminisme fait coïncider puissance politique et puissance économique" (21). En France, la monarchie finissante se convertit à la physiocratie, philosophie économique qui, à la fin du règne de Louis XV, fonde l'économie politique qui élabore les structures du libéralisme économique et de la doctrine économique du social. Contre le mercantilisme, interventionniste et volontariste, le physiocratisme se présente comme le gouvernement de la nature. Bien avant Hayek, François Quesnay écrit : "la législation positive doit consister dans la déclaration des lois naturelles constitutives de l'ordre évidemment le plus avantageux pour les hommes réunis en société. Il n'y a que la connaissance de ces lois suprêmes qui puisse assurer constamment la tranquillité et la prospérité d'un empire" (22).

Sous l'influence des physiocrates, partisans de grandes exploitations, seules capables d'assurer l'amélioration des techniques rurales, les autorités de l'Etat, ministres ou intendants, tentent de mettre en oeuvre une politique publique de partage des biens communaux, d'individualisation de la propriété privée. Bertin, ministre physiocrate et secrétaire d'Etat chargé des affaires de l'agriculture de 1763 à 1780, s'attelle à cette tâche de modernisation qui passe par une réforme du système foncier. Souvent, et l'exemple du Béarn le montre bien (23), cette entreprise - qui n'ouvre pas qu'un chantier purement économique mais s'attelle à une réforme de l'organisation sociale tout entière - connaît un bel échec. Il faudra attendre la Révolution de 1789 pour que le projet aboutisse.

Ainsi qualifier le marché "d'ordre spontané" relève, du moins pour la France, de la supercherie. La Révolution se caractérise plutôt par sa brusquerie en abattant à la fois le système féodal et son régime foncier mais aussi l'économie des corporations. Ordre construit, plutôt qu'ordre spontané, longuement réfléchi, le pouvoir politique impose le marché plus qu'il ne le constate. La propriété privée individuelle ne provient pas de l'évolution du droit coutumier : un acte d'autorité, "constructiviste", la substitue à la propriété communautaire (24).

Enfin, et dans le prolongement de ce qui précède, qualifier l'ordre du marché d'ordre spontané de droit privé "est une idée naïve, quelle que soit l'autorité de F.-A. Hayek... dans le domaine de l'économie", nous dit Gérard Farjat (25). Effectivement, l'auteur constate que le droit de la concurrence est un droit "organisationnel", très "politique". Ce droit naît à la fin du XIXe siècle aux Etats-Unis avec le Sherman Act en 1890. Pour revenir à l'histoire, du moins celle de mon pays, l'Etat depuis la féodalité monarchique construit à la fois le marché et le capitalisme, ne serait-ce que pour se procurer les ressources indispensables à la puissance. L'opposition entre l'Etat, d'une part, et, d'autre part, le marché et le capitalisme peut, par bien des côtés, apparaître comme artificielle. Un mauvais esprit considérera les nationalisations de 1981 en France ou celles des géants financiers américains en 2008 comme une recapitalisation, par les deniers publics, de géants malades ou mourants. Une fois les restructurations opérées et le profit revenu, ils retournent à la propriété privée. Aujourd'hui encore, les décisions de droit de la concurrence, prises par les autorités communautaires ou nationales, restent éminemment politiques. Les autorités de régulation ou les autorités administratives indépendantes restent, d'abord et avant tout, des instruments de gestion par un Etat qui se veut plus modeste mais aussi plus efficace (26).

## B - Les théories disponibles

Sur le marché des idées, la science économique déroute par son émiettement. Les juristes doivent se convertir à la science économique. Soit, mais laquelle ? De multiples courants et sous-courants s'offrent aux consommateurs. Ne serait-ce que pour l'évaluation économique du droit, l'institutionnalisme s'oppose au *Law and Economics* de l'école de Chicago. De plus, une même méthodologie, la micro-économie marginaliste, peut conduire à prôner une régulation économique et sociale par l'Etat ou, tout au contraire, le retrait de la puissance publique (27). En occupant tout l'espace des positions possibles, le savoir économique se place dans une position indestructible. Il existe toujours, au sein de la discipline elle-même, un courant qui adopte une position critique.

Quoi qu'il en soit, il semble bien que le modèle d'analyse économique du droit qui prévaut dans les publications destinées aux juristes en France provienne du *Law and Economics* issu d'un projet, *A Free Market Study*, soutenu par le Volker Fund et la société du Mont-Pèlerin, à l'université de Chicago, et visant à défendre les principes du libéralisme et de l'économie de marché. L'article considéré comme fondateur est celui de Ronald Coase (28) qui développe l'idée qu'un mécanisme de marché constitue un meilleur régulateur que la réglementation à la condition que s'établisse un système de *property rights* échangeables. La seconde thèse, complémentaire de la première, consiste à affirmer l'existence d'un processus de sélection naturelle des bonnes règles par le régime de la *common law*. Le postulat, entendu comme affirmation indémentable, qui sous-tend l'analyse est celui d'un agent rationnel et maximisateur agissant de façon indépendante à partir des informations dont il dispose. Autrement dit, il s'agit, selon l'expression consacrée, d'une "économie de tableau noir" qui ne cherche pas à appréhender le comportement réel des agents. Ce procédé rejoint celui de la sociologie compréhensive de Max Weber, "l'idéal type", et il n'est pas scientifiquement contestable. Pour se construire, une science sociale a besoin de modèles et il est cohérent de fonder un discours rationnel sur l'hypothèse d'agents rationnels.

Mais, à partir de ces prémisses, le *Law and Economics* étonne par sa méthode, ou plutôt son absence de méthode. Les plus lucides des adeptes le reconnaissent sans détour. Ainsi, Ejan Mackay écrit-il de la méthode

II.B.2 - L'administration de la preuve: la charge de la preuve et le juge. Les présomptions, J. Rivero

II.B.2 - L'administration de la preuve: la charge de la preuve et le juge. Le juge et l'administration de la preuve, L. C

II.B.2 - L'administration de la preuve: la charge de la preuve et le juge. Les rapports entre le juge et l'expert, O. Lec

II.B.2 - L'administration de la preuve: la charge de la preuve et le juge. Le référé probatoire, Fr. de Bérard

II.C.1.a - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve admissibles. Les conventions sur la preuve, M. Cocural

II.C.1.a - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve admissibles. Les conventions sur la preuve

II.C.1.b - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve admissibles. La loyauté de la preuve, A. Leborgne

II.C.1.b - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve admissibles. La loyauté de la preuve, D. Gutmann

II.C.1.b - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve admissibles. La loyauté de la preuve

II.C.1.b - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve admissibles. La loyauté de la preuve

II.C.1.b - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve admissibles. La loyauté de la preuve, G. Vial

II.C.1.c - L'admission des modes de preuves: les modes de preuves admissibles. La légalité, G. Clément

II.C.1.c - L'admission des modes de preuves: les modes de preuves admissibles. La légalité

II.C.1.c - L'admission des modes de preuves: les modes de preuves admissibles. La légalité

II.C.1.c - L'admission des modes de preuves: les modes de preuves admissibles. La légalité

II.C.2.a - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve administrés. Preuves écrites, A. Reynouard

II.C.2.a - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve administrés. Preuves écrites, Ph. Théry

II.C.2.a - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve administrés. Preuves écrites, B. Reynis et M. Grimaldi

II.C.2.a - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve administrés. Preuves écrites, D. Mazeaud

II.C.2.a - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve administrés. Preuves écrites, M. Dagot

II.C.2.b - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve administrés. Preuves non écrites, A. Leborgne

II.C.2.b - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve administrés. Preuves non écrites, J. Chevalier

II.C.2.b - L'admission des modes de preuve: les modes de preuve administrés. Preuves non écrites, J. Chevalier

utilisée par l'analyse économique du droit et de façon lapidaire "sujet rarement envisagé explicitement" (29). Mais l'auteur précise plus loin : "souvent, nous pouvons arriver à des conclusions à partir du savoir général accumulé dans la littérature sur l'analyse économique du droit. Nous formons alors des conjectures intelligentes (educated guesses). Une partie substantielle de la littérature sur l'analyse économique du droit consiste à faire des analyses conceptuelles de ce type" (30).

Cette littérature surprend par les exemples utilisés -des saynètes et des fabliaux, de bergers pillant des "biens communs", Robinson Crusoe sur son île (une économie est-elle seulement possible en dehors de toute société ?) ou le dilemme du prisonnier- des situations plutôt exceptionnelles pour l'homme économique moderne. Si l'analyse économique du droit se limite à des "conjectures intelligentes" à partir d'exemples irréalistes, les juristes disposent d'un réservoir inépuisable de situations factuelles puisées dans une réalité sans doute plus pertinente pour asseoir leurs raisonnements. D'ailleurs les plus fervents partisans de la *Law and Economics* reconnaissent que "l'analyse conceptuelle de ce type finit par atteindre ses limites. Pour aller plus loin, il faut entreprendre des études empiriques... Rendu à cette étape, nous devons emprunter les outils de travail de l'économiste. Nous sommes engagés dans un travail scientifique proprement dit, qui est relativement chronophage et lourd" (sic). L'auteur conclut : "le gros de la littérature sur l'analyse économique du droit est toujours engagé dans des études qui relèvent des étapes antérieures et qui consistent à faire preuve de perspicacité en dégagant des conjectures intelligentes" (31).

Le droit aussi, même le plus dogmatique, ne se passe pas de la référence à la réalité. S'il prétend contribuer à la direction des conduites, ne serait-ce qu'en fournissant des modèles, il doit bien se soucier de la réalité empirique. Mais "l'homme réel" ne relève pas de la réalité observable, c'est une abstraction. Un homme moyen peut être construit par la statistique. Un "type idéal", le capitaliste protestant ou le consommateur de crédit immobilier, guide le chercheur dans sa "construction" du réel. Or, si l'*homo economicus* est indispensable à la théorie économique, nous savons, depuis Emile Durkheim au moins, que cette espèce-là est un monstre de laboratoire et qu'il ne devrait pas quitter les éprouvettes de ses utilisateurs : "l'économie politique est une science abstraite et déductive, qui n'est pas tant occupée à observer la réalité qu'à construire un idéal plus ou moins désirable ; parce que l'homme dont parlent les économistes, cet égoïste systématique, n'est qu'un homme de raison artificiel. L'homme que nous connaissons, l'homme réel, est beaucoup plus complexe : il appartient à une époque et un pays, il vit quelque part, il a une famille, un pays, une croyance religieuse et des idées politiques" (32).

On comprend, dans ces circonstances, pourquoi le *Law and Economics* fournit peu d'études empiriques. Il y a fort à parier que la réalité des faits démolirait les constructions abstraites de laboratoire, même fondées sur des conjectures très intelligentes. Car la vision de l'homme et de la société implicitement contenue dans cette discipline provoque, par certains côtés, une surestimation du droit et, par d'autres, une sous-estimation de son rôle.

Dans le domaine de l'économie du droit, l'homme rationnel produit le positivisme le plus radical. On sait que le positivisme juridique consiste à penser que le professeur de droit qui prend sa voiture le fait pour obéir au code de la route et non pour se rendre à l'université y dispenser le cours de droit des obligations. Autrement dit, que les acteurs n'agissent que pour mettre en oeuvre la norme de droit. L'analyse économique du droit -et son avatar le plus spectaculaire, les rapports annuels de la Banque mondiale, *Doing Business*- surestime gravement la part du droit dans la conduite des acteurs en focalisant toute l'attention sur cet unique facteur. Pour reprendre Max Weber, la réglementation juridique "n'est qu'une des composantes du faisceau des motifs qui animent l'activité communautaire, et une composante qui, la plupart du temps, n'apparaît que tard dans l'histoire et n'agit qu'avec une efficacité très variable" (33).

Mais, en même temps, le *Law and Economics* traite le droit comme un facteur exogène, comme si les agents avaient vraiment le choix entre les arrangements privés et le règlement par la puissance publique, en cas de conflits d'attribution des droits en matière de nuisances, par exemple. Depuis Ronald Coase, toute une branche de l'économie du droit s'acharne à démontrer la supériorité des arrangements privés sur la réglementation par l'Etat. Pourtant, l'alternative entre les arrangements privés et le règlement par la puissance publique relève, dans les Etats modernes, de la pure illusion. Pour continuer avec Max Weber, on peut observer que si le droit n'est pas absolument nécessaire pour les échanges, "il va de soi, cependant, qu'une garantie juridique appuyée sur la force, et spécialement celle de l'Etat, n'est pas indifférente. La presque-totalité du mouvement des échanges est aujourd'hui garantie par la contrainte juridique" (34). Pour ne prendre qu'un exemple, les célèbres arrêts "Putrabali" de la première chambre civile de la Cour de cassation du 29 juin 2007 jugent bien que les sentences arbitrales internationales ne sont "rattachées à aucun ordre juridique étatique". A priori donc, dans l'ordre international au moins, les arrangements purement privés seraient concevables. Mais l'arrêt poursuit que leur régularité "est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées" (35). Autrement dit, l'arrêt proclame l'autonomie des sentences internationales pour aussitôt les soumettre à la loi du for.

De l'aveu même de ses adeptes, l'analyse économique du droit reste une discipline très fragile, demeurée au stade des hypothèses, "des conjectures intelligentes". Or, une connaissance n'est valable scientifiquement que si on peut la contrôler, la vérifier. Elle exige une preuve ou une démonstration. Pour l'instant, et faute de rechercher méthodiquement la confrontation au réel, elle use de concepts encore hautement approximatifs. Le travail de vérification empirique demeure un chantier largement inexploré. En l'état, l'argument majeur utilisé pour tenter de convaincre les incrédules (outre l'argument de la masse considérable de cette littérature, mais 0 plus 0 égale toujours 0) est l'argument de la puissance -ou de l'impérialisme culturel, comme on voudra- le succès de la discipline aux Etats-Unis d'Amérique doit nous conduire à la conversion. Autrement dit, l'analyse économique du droit serait une science encore balbutiante mais une idéologie triomphante.

## II - Idéologie ?

Dès l'origine, la discipline économique s'affirme comme politique, on parle justement d'économie politique. Lorsque, au XVIII<sup>e</sup> siècle, Mandeville ouvre la querelle du luxe, il donne immédiatement à l'économie sa dimension politique en affirmant que les pauvres ne seront pas vertueux en imitant les comportements ascétiques des puissants, mais en travaillant pour le luxe des riches. Cette affirmation d'une nouvelle forme de moralisation des classes laborieuses par l'industrie et le commerce permet d'affirmer que "le discours économique apparaît alors déjà comme un discours proprement normatif... Il est tout empreint d'un souci de fondation nouvelle des normes qui doivent régler les rapports humains. Dès lors, sous une forme encore très philosophique, il se pose en discours universel qui dépasse le champ d'application de l'économie politique pour prendre à sa charge la définition et la légitimation des principes de la vie sociale" (36).

Lorsque les savants remplacent les philosophes comme conseillers du Prince, l'économie prend le masque de la science, elle prétend découvrir des "lois naturelles". Au XX<sup>e</sup> siècle, elle tente de refouler cette dimension politique, à la fois historique et sociale, pour se convertir à la mathématique. L'observation de Frédéric Lordon à propos de la micro-économie mathématisée vaut certainement pour l'analyse économique du droit : "selon la logique implacable du déplacement du refoulé, l'histoire et les rapports sociaux qu'on peut nier dans la théorie -et certains courants néoclassiques s'y emploient avec une constance qui force l'étonnement- ne peuvent

## III. Bibliographie

Ouvrages généraux, ouvrages spéciaux,  
monographies et thèses  
Articles

manquer de faire résurgence ailleurs, en particulier dans la confrontation empirique où l'économie qui se voudrait science ne peut faire valoir que des performances d'une inquiétante médiocrité" (37). Il n'en demeure pas moins que ces performances scientifiques médiocres, voire inexistantes dans le domaine empirique, ne constituent pas un obstacle à l'efficacité du *Law and Economics*.

En effet, cette doctrine a prospéré bien au-delà des cercles scientifiques. La propagation de ces idées a été prise en charge aux Etats-Unis d'Amérique par des groupes de pression puissants et fortunés qui en ont assuré un développement spectaculaire. Ce travail de diffusion auprès des étudiants ou dans des publications à prétention scientifique a été mené pendant des décennies. Rien d'étonnant à ce que l'Association Henri Capitant, en conclusion de son étude, suggère que les rapports *Doing Business* ne sont en réalité "qu'une entreprise visant à imposer la domination du système juridique qui est celui de la puissance économique dominante". Effectivement, cet épisode offre une occasion d'analyser les voies de l'impérialisme culturel dans le domaine juridique (A) afin de s'en prémunir (B).

#### A - Impérialisme ?

La puissance est d'abord et avant tout culturelle. Elle consiste à imposer comme universelle une vision du monde pourtant géographiquement et historiquement située. Bien entendu, cette vision du monde ne dessert pas les intérêts proprement matériels des dominants. Ce mécanisme apparaît de façon éclatante avec la théorie néo-classique en économie et son sous-produit, le *Law and Economics*.

La théorie néolibérale en économie triomphe avec le "*Washington consensus*" et la rhétorique de la "mondialisation" (38) dont on peut retracer l'histoire à grands traits. Dans les années 1960, l'économie keynésienne prend le pouvoir avec le président Kennedy qui recrute les disciples de Keynes pour promouvoir une troisième voie entre communisme et libéralisme. Cette doctrine d'Etat devient l'idéologie quasi officielle de l' "*eastern establishment*". Les économistes dominés de l'université de Chicago se retrouvent aux côtés des conservateurs au sein de la *Héritage Foundation* -Think Tank qui défend les principes de la libre entreprise, d'un Etat limité, de la liberté individuelle et des valeurs traditionnelles américaines- pour mener une contre-révolution idéologique. Remarquables stratèges professionnels, les monétaristes vont d'abord s'imposer dans le champ de l'économie savante par une surenchère mathématique. Par des alliances politiques habiles et l'utilisation des médias, ces économistes disqualifient la démarche keynésienne jusqu'à la rendre obsolète (39).

Dans les années 1980, le "*Washington Consensus*" s'impose dans les institutions internationales sous forme de corpus doctrinal comme remède aux difficultés monétaires de différents pays de la planète : discipline budgétaire et réforme fiscale, réduction des dépenses publiques, libéralisation des échanges et des marchés financiers, privatisation, protection des droits de propriété et dérégulation. On reconnaît là les politiques de "*réaménagement structurel*" de sinistre mémoire dans bon nombre de pays où elles ont été mises en œuvre. Plus largement encore, les thèses du néolibéralisme deviennent comme la pensée économique unique des économistes du pouvoir dans bon nombre de pays occidentaux qui préconisent le démantèlement de l'Etat providence hérité de Keynes et la conception, sur les marchés financiers, du contrôle des sociétés en termes de "*valeur actionnaire*". Le courant *Law and Economics* prend place dans ce titanesque combat des idées.

La doctrine du *Law and Economics* ne constitue pas un produit spontané de l'ordre scientifique. Elle se présente plutôt comme un discours de propagande destiné à servir des intérêts géographiquement localisés. La généalogie apparaît de façon claire. A partir d'Hayek et de l'université de Chicago, un projet proprement politique, la promotion d'une vision libérale de l'économie et de la société fondée sur la *common law*, prend naissance et se développe de façon spectaculaire à partir des années 1960. Des fondations, comme le *Liberty Fund* ou la fondation John M. Olin, des "*conservative think tanks*", prennent en charge la promotion du projet en engageant des centaines de millions de dollars. Des cohortes d'étudiants sont formées dans des filières de *Law and Economics* financées dans les universités les plus prestigieuses du pays, Harvard, Stanford, Yale, Cornell ou Chicago, par exemple. Des publications assurent la diffusion des idées, le *Journal of Law and Economics* ou le *Journal of Legal Studies*.

Comme les universités américaines sont les écoles du pouvoir, les diplômés essaient dans des positions d'influence et notamment au sein de l'Administration. On les retrouve dans les institutions internationales. C'est ainsi que les inspirateurs des rapports *Doing Business*, les représentants du courant *Law and Finance* -sous-produit du *Law and Economics* qui souligne l'impact déterminant du droit sur le financement et la gouvernance des entreprises- sont des économistes affiliés à la Banque mondiale et au *National Bureau of Economic Research* (40). De même, par une règle tacite, le président de la Banque mondiale est désigné par le gouvernement américain et le président du FMI par l'Europe. Paul Wolfowitz dirigera l'institution pendant deux ans avant d'en démissionner en juin 2007. Néoconservateur bien connu, il avait étudié les sciences politiques à l'université de Chicago et se sera rendu mondialement célèbre comme secrétaire adjoint à la Défense. Il sera remplacé par Robert Zoellick, lui aussi ancien adjoint au secrétariat d'Etat de Condoleezza Rice et vice-président de la banque d'affaires Goldman Sachs.

Mais il convient de ne pas se contenter d'une vision cynique du phénomène et de le réduire à un plan concerté par un marchand d'armes, John Olin, et quelques illuminés néoconservateurs visant à assurer la promotion de la *common law* et de l'économie américaine. La thèse, si américaine, du complot ne fonctionne pas. Il faut prendre conscience aussi que ces idées rentrent en résonance avec les représentations les plus répandues aux Etats-Unis, celle d'un patriotisme messianique qui voit dans la terre d'Amérique une terre promise et dans le système économique, social et politique américain le meilleur système du monde qui doit être apporté en offrande à la planète entière. Entrent en résonance aussi avec l'hypertrophie des droits individuels et la méfiance à l'égard de l'action gouvernementale.

Cette évolution constitue également une extraordinaire opportunité pour les marchands de biens symboliques comme le droit ou la comptabilité. Le droit de la comptabilité offre, justement, un exemple topique de la captation d'un marché par des entreprises américaines. Lorsque la Commission européenne décide d'unifier les normes comptables pour les sociétés cotées, elle va adopter en bloc les normes élaborées par l'IASC (devenu en 2001 l'IASB), les normes IAS (devenues en 2001 les normes IFRS). En 1999 la Commission constate que ces normes sont compatibles avec les directives de l'Union. Par deux règlements, n° 1606/2002 et n° 1725/2003, ces normes deviennent les normes comptables européennes. Elles sont alors présentées par la Commission comme "*les meilleures normes comptables au monde*" (41) (*sic*). Mais très rapidement la Commission va réaliser son erreur en constatant que le travail de normalisation de l'IASB "*est essentiellement mené par et pour les professionnels de l'audit*" (42). Autrement dit, ces normes sont les meilleures normes au monde pour les sociétés d'audit, des sociétés américaines.

Un exemple surtout permet de comprendre ce constat désabusé, les normes IAS 32 et 39 qui imposent la comptabilisation à la "juste valeur" des instruments financiers et de leurs dérivés. La comptabilisation à la juste valeur suppose de suivre de façon continue la valeur d'instruments extraordinairement volatils et spéculatifs. La tâche s'avère pratiquement impossible sauf à se doter d'un personnel nombreux et d'instruments sophistiqués dont seuls disposent les cabinets internationaux d'audit, américains bien sûr, et qui ne permettent, en toute hypothèse, de construire que les apparences de la vérité. *De facto*, les artisans du chiffre,

ce que sont généralement les comptables européens, se trouvent évincés du marché principal. Ce résultat consternant s'explique facilement : l'organe de direction de l'IASB est truffé d'ambassadeurs d'entreprises internationales, les seules à disposer des moyens nécessaires pour entretenir des représentants permanents dans les instances internationales (43).

Par d'autres voies, les rapports Doing Business produisent un effet similaire. Nous pouvons nous désoler que, malgré le nombre de réformes entreprises, *"la France n'est guère mieux notée et ne progresse que très peu dans le classement du rapport de la Banque mondiale"* (44). Le constat ne surprend pourtant pas. Le postulat inébranlable selon lequel la common law est définitivement supérieure aux droits de tradition civiliste vient de trop loin. Aujourd'hui, il sert des intérêts puissants, ceux des marchands de réforme mettant leur savoir-faire au service des gouvernements qui caressent l'ambition de progresser dans le classement. Le dogme d'une secte a muté en vérité universelle.

### B - Importation ?

Nous autres Français connaissons bien l'impérialisme culturel en matière juridique pour avoir exporté notre code Napoléon par la voie des armes à l'Europe entière puis comme pays colonisateur. Aujourd'hui, ironie de l'histoire, la situation se renverse à notre détriment. En représentants d'une vieille nation d'un vieux continent, nous pouvons laisser aller les événements à leur cours, attendre que l'hyper-puissance actuelle se délite au profit d'une autre, qu'une idéologie chasse l'autre. En déplorant toutefois que le débat démocratique à l'américaine débouche, dans un champ pourtant à prétention scientifique, au triomphe des idées des plus puissants et des plus riches. Décidément, seul l'Etat protège les plus faibles, les plus démunis et aussi les plus fragiles des sciences humaines naissantes.

Mais la généalogie sociale d'une science ne compte pas. Seuls ses résultats importent. Disqualifier l'analyse économique du droit en raison de sa provenance et de son usage révélerait une attitude bien peu scientifique. D'autant que chaque science constitue un point de vue différent sur le réel et que nul ne peut légitimement interdire aux économistes de prendre le droit pour objet de recherche, particulièrement dans une démocratie. Le temps n'est plus où les Parlements tenaient leur jurisprudence secrète pour conserver leur pouvoir intact. Plus même, l'intérêt pour le droit s'avère plutôt réjouissant pour les juristes en signalant une revalorisation de leur discipline.

Les nouveaux investisseurs dans la matière juridique ne cachent d'ailleurs pas leurs ambitions. Bruno Deffains le dit tout de go : *"l'étude des normes juridiques et des institutions doit permettre aux économistes de participer aux réflexions normatives dominées jusqu'ici par les juristes... La connaissance des institutions et des règles de droit est indispensable pour les économistes qui veulent participer au débat politique"* (45). De même, l'Institut d'études politiques de Paris a créé une "Chaire régulation" destinée à "investir dans ce domaine", selon les propres termes de son directeur, *"un nombre croissant de diplômés se destinant aux carrières juridiques"* (46). Pour ce faire, l'Institut recrute parmi les meilleurs talents de la doctrine privatiste.

Autrement dit, l'impérialisme referme son piège. Même si de nombreux travaux, de juristes mais aussi d'économistes, soulignent l'indigence des rapports de la Banque mondiale, nous n'avons plus le choix. Dans la mesure où ils se discutent dans les médias, ils constituent un élément de nos représentations que l'objectivité nous contraint à considérer, sauf à tomber dans le travers que bon nombre d'observateurs imputent aux auteurs de ces rapports. Mais sous condition d'un maximum d'honnêteté et dans la recherche intransigeante de l'adéquation au réel, en s'appuyant sur les travaux déjà engagés par les économistes, historiens ou sociologues qui oeuvrent dans une perspective inspirée fortement de Max Weber, Evelynne Serverin ou Thierry Kirat, par exemple.

Objectivité d'abord dans l'établissement d'un bilan. Ecrire, comme le fait Guy Canivet, qu'il existe *"en France un grave déficit dans l'approche économique du droit"* et qu'il s'agit *"d'une question de responsabilité de l'université"* (47), suppose un inventaire précis de l'intérêt des juristes français pour l'économie. Il faudrait faire la galerie des universitaires qui ont exercé leur intelligence au carrefour du droit et de l'économie, depuis George Ripert (48), en passant par Bruno Oppetit et jusqu'à Gérard Farjat pour n'en citer que quelques-uns. Il conviendrait aussi de dresser un catalogue des ouvrages consacrés, directement ou indirectement, à ce thème. Les ouvrages destinés aux étudiants laissent imaginer une forte présence de l'économie dans les enseignements de l'université. Observons, pour répondre directement à Guy Canivet, la très forte participation de la doctrine la plus renommée aux colloques organisés par la Cour de cassation qui devrait conduire à relativiser le "déficit" constaté.

Par ailleurs, on peine à imaginer que le droit français, pour dogmatique qu'il paraisse, soit totalement coupé de la vie économique. Il faudrait donc établir une carte des réseaux d'information des juristes, apparents ou souterrains. Par certains côtés, les hommes de droit participent directement à la vie économique. L'avocat, éventuellement professeur, associé dans un cabinet d'affaires dirige une entreprise économique qui peut être importante, tout comme ses clients, ce qui crée une forte proximité avec les entrepreneurs. Le professeur qui consulte ou se livre à l'arbitrage gère une entreprise individuelle et mesure directement le poids de l'Etat sur son activité de conseil. Les juristes, du moins les plus proches des entreprises, ont une connaissance directe de la vie économique et même une connaissance pratique de l'entreprise. De façon plus indirecte, on ne compte plus les occasions de rencontre entre les universitaires et les praticiens qui permettent d'établir le bilan d'une loi même récente (49) et d'avoir une connaissance instantanée du droit en train de se faire, de se défaire ou de se reconstruire au contact de la réalité économique.

**Source d'informations indirectes encore avec la jurisprudence.** Capitant, dans sa préface aux Grands arrêts en 1934, écrivait déjà que tout l'intérêt de la jurisprudence est de permettre au juriste *"de saisir sur le vif la formation et l'évolution des rapports juridiques. Il y voit en action la lutte des intérêts, la complexité des relations humaines, les mobiles qui déterminent la conclusion de ces rapports, les conflits qu'ils suscitent"*. Ainsi, tant que la méthode principale du *Law and Economics* consistera dans l'élaboration d'hypothèses, le juriste pourrait se cantonner à ses propres conjectures élaborées avec l'intelligence propre du droit.

Enfin, la supériorité de la *common law* résulterait, si j'ai bien compris, de la proximité entre les juges et les justiciables ce qui permettrait de dégager des *"règles de juste conduite"* au plus près des attentes des intéressés. Il conviendrait alors d'observer que le droit commercial français, le "petit" droit commercial, est appliqué par les commerçants eux-mêmes au sein des tribunaux de commerce. Ces juges au moins ne peuvent pas être suspectés d'incompétence en matière économique.

A ce bilan indispensable, il faudrait ajouter une forte réflexion méthodologique qui manque cruellement au *Law and Economics*. Comme il s'agit de mettre en rapport deux objets abstraits, le droit et l'économie, il conviendrait de les construire avec soin. Dès cette étape, et pour ne parler que du droit, les ennuis commencent. L'analyse économique du droit retient une vision exagérément simplificatrice des règles de droit en concours. Elle oppose, en matière de responsabilité civile par exemple, le système fondé sur la faute et le système fondé sur le risque. Or, dans la réalité du juriste, jamais ces systèmes ne se présentent à l'état pur. Il faudrait donc tenter d'approcher d'un peu plus près la réalité du droit. Christophe Jamin récusait radicalement la

possibilité pour les juristes de fournir à leurs collègues économistes une synthèse, exacte mais utilisable par eux, du droit positif sur la sanction adéquate en matière contractuelle (50). Il a sans doute raison, sur la matière contractuelle et pour tout le reste aussi. Mais alors la possibilité même d'une analyse économique du droit utilisable par les juristes se trouve totalement sapée.

Enfin, l'observation des faits doit commander toute la démarche. Si la France reste en troisième position pour les investissements directs étrangers, mais que les rapports de la Banque mondiale continuent de la classer au-delà de la trentième place en termes d'attractivité, il faut en tirer toutes les conséquences. Première possibilité, les investisseurs ne lisent pas ces rapports. C'est peu probable, la presse financière s'en fait régulièrement l'écho. Deuxième possibilité, les investisseurs ont une conduite irrationnelle, la révision du postulat de l'homme économique rationnel s'impose. Troisième possibilité, comme le disent ces rapports, "le droit compte", alors le droit retenu par l'enquête n'est pas pertinent. Mais il y a encore une quatrième possibilité qui mériterait d'être explorée, celle de Max Weber qui constatait que l'économie capitaliste peut se développer dans des systèmes juridiques très différents. Comment posait-il l'hypothèse ?

Le marxisme, du moins dans sa version vulgaire, affirme que l'infrastructure, dont l'économie, détermine la superstructure, dont le droit ; étrangement, les rapports de la Banque mondiale retiennent la thèse marxiste. Contre Marx, Weber rattache les deux univers, du droit et de l'économie, à un phénomène plus vaste, caractéristique de la modernité occidentale, la rationalisation. A priori, un droit "formellement rationnel", codifié par exemple, accroîtrait la prévisibilité du droit, une des préconditions nécessaires au développement de l'économie. Dans cette démonstration, Weber se heurte au "cas anglais". Le capitalisme moderne a pris son essor en Angleterre en dépit de la moindre rationalité formelle de la *common law*. Ainsi, le droit anglais réfute la thèse marxiste. Il rend manifeste l'autonomie, au moins relative, des processus de rationalisation juridique et économique. Ce qui compte, c'est la "calculabilité", autrement dit la prévisibilité, du droit. Weber affirme : "les règles de droit qui s'appliquent à un certain état de choses peuvent être fondamentalement différentes du point de vue des systèmes juridiques fondamentaux, sans que les relations économiques en soient affectées d'une manière tant soit peu importante" (51).

Les rapports *Doing Business* auront au moins servi à démontrer la pertinence des analyses de Max Weber. Mais alors, il faut revoir radicalement les présupposés de ces rapports et les fondements mêmes du *Law and Economics*. Admettre que, comme dans tous les domaines de la vie humaine, la diversité constitue non seulement une richesse mais aussi une conséquence de la liberté. Des néolibéraux devraient pourtant bien le savoir.

Alain Bernard, Agrégé des Facultés de droit, professeur à la Faculté pluridisciplinaire de Bayonne-Anglet-Biarritz, membre du Centre de documentation et de recherches européennes (CDRE)

- (1) J'emprunte l'expression à Frédéric Lordon, *Le désir de "faire science", Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 119, 1997, p. 34, qui explique que c'est la qualification épistémologique qui conviendrait le mieux à cette discipline de la "science économique". Mon titre ne relève donc pas de la provocation mais de la science.
- (2) Depuis 2004, la Banque mondiale a pris l'initiative de publier un rapport annuel, *Doing Business*, à l'occasion duquel elle prétend évaluer les différents systèmes juridiques existant dans le monde à partir d'une description sommaire de "l'environnement juridique" dans lequel des entreprises exercent leurs activités. Elle établit un classement annuel destiné à orienter l'action des pouvoirs publics et des investisseurs. Les droits de tradition civiliste, le droit français en tête, s'y trouvent très gravement mis en accusation et fort mal classés.
- (3) On connaît l'engagement du président Canivet en faveur de l'analyse économique du droit. Certaines positions de la Cour de cassation seraient inspirées par cette doctrine, en matière de sanction de la violation d'une promesse unilatérale de vente ou d'un pacte de préférence, par exemple. Cf. P. Jacques, *RTD civ.*, 2007, 514. Cf. également, R. Encinas de Munagorri, *L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du premier président de la Cour de cassation*, *RTD civ.*, 2006, 505.
- (4) *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale*, Société de législation comparée, 2006.
- (5) Cf., par exemple, l'article fondateur de M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation*, D., 2001, Chron. 610, ou L. Boy, *Réflexions sur "le droit de la régulation"*, D., 2001, Chron. 3031.
- (6) Cédant à cette invitation pressante, une équipe de recherche pluridisciplinaire de la faculté de Bayonne a décidé de croiser le regard des économistes et des juristes sur le naufrage du *Prestige* survenu en novembre 2002. En cette circonstance, il paraissait indispensable de fournir à nos collègues économistes une synthèse des travaux menés en France au croisement des deux disciplines. La présente chronique constitue un bilan, subjectif, partiel et provisoire - beaucoup de vilains défauts pour un travail à prétention scientifique -, de la lecture d'une faible partie de cette littérature.
- (7) Cf. H. Muir Watt, *Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil*, in B. Deffains, *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, éditions Cujas, 2002, p. 37, victime d'une attaque courtoise, inhabituelle dans les débats scientifiques, d'un de ces thuriféraires, le président de l'European Association of Law and Economics.
- (8) B. Deffains, *Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste*, in G. Canivet, B. Deffains et M.-A. Frison-Roche, *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, 19 mai 2005, 12.
- (9) *Revue d'économie politique*, vol. 106, n° 6, 1996, qui rappelle le titre de l'article célèbre de T. Veblen, un des pères de l'économie institutionnaliste, paru en 1899, *Why is Economics not an Evolutionary science ?*
- (10) Friedrich von Hayek a été professeur à l'université de Chicago du début des années 1950 jusqu'à 1962. Sa position n'était pas rémunérée mais financée par des mécènes dont le *Liberty Fund*.
- (11) Mais en voie de mathématisation, cf. les différentes études réunies par B. Deffains, in *Economie des systèmes juridiques*, *Revue Economique*, vol. 58, n° 6, nov. 2007.
- (12) Sous la plume, par exemple, du premier président de la Cour de cassation, Guy Canivet, *La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge*, in op. cit., LPA, 19 mai 2005, 27. Cf. D. Danet, *Le droit économique doit-il être hayékien ?*, *RIDE*, 1995, 407.
- (13) En fait, il faudrait parler de prix de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel, fondé en 1968. Hayek en a été le lauréat en 1974. Cf. H. Henderson, "Prix Nobel d'économie-L'impoture", *Le Monde diplomatique*, févr. 2005.
- (14) *Droit, législation et liberté*, PUF, 1980-1983, t. 1, Règles et ordre, p. 142.
- (15) *Ibid.*, p. 91.
- (16) *Ibid.*, chap. IV, "Transformation de l'idée de droit", p. 87.
- (17) *Ibid.*, p. 159.
- (18) *Ibid.*, p. 171.
- (19) *Ibid.*, p. 169.
- (20) Sur ce point et, de façon générale, cf. F. Sicard, *La justification du libéralisme selon F. von Hayek*, *RFSP*, 1989, 178 s.
- (21) *Civilisation matérielle, économie et capitalisme*, vol. 3, *Le temps du monde*, Armand Colin, Le livre de poche, 1979, p. 49.
- (22) Cf. ma contribution, *Le droit comme contenu. Une politique publique de la propriété privée ?*, in D. Renard, J. Caillousse et D. de Béchillon, *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, LGDJ, 2000, p. 143.
- (23) *Idem*, p. 152.
- (24) Pour l'Angleterre, cf. K. Polanyi, *La grande transformation*, Gallimard, 1983, qui montre bien que cette "privatisation" est une spoliation, "une révolution des riches contre les pauvres".
- (25) L'importance d'une analyse substantielle en droit économique, *RIDE* 1986/1, 26.
- (26) Cf., par exemple, V. Valentin, *Les conceptions néolibérales du droit*, thèse, Economica, 2002, p. 233 s. Ou encore, A. Delion, *Notion de régulation et droits de l'économie, Annales de la régulation*, vol. 1, 2006, 3.
- (27) Cf. l'ouvrage très utile et très éclairant de T. Kirat, *Economie du droit, La découverte*, 1999, spéc. p. 39 s.
- (28) *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, oct. 1960, p. 1.
- (29) L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes, in B. Deffains, *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, préc., note n° 36, p. 26.
- (30) *Idem*, p. 29.
- (31) *Idem*, p. 30.
- (32) *Cours de sciences sociales*, in *La science sociale et l'action*, PUF, 1970, p. 85.
- (33) *Economie et société*, t. 2, Plon, 1995, p. 43.

- (34) *Idem*, p. 37.
- (35) Bull. civ. I, n° 250 et 251 ; D., 2008, Pan. 189, obs. T. Clay, et chron. 1429, par L. Degos ; RTD com. 2007, 682, obs. E. Loquin ; les arrêts sont abondamment commentés.
- (36) C. Laval, *L'homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Gallimard, 2007, p. 125.
- (37) *Préc.*, p. 31.
- (38) Sur cette importante question, cf., par exemple, Y. Dezalay et B. Garth, *Le "Washington consensus", Contribution à une sociologie de l'hégémonie du néolibéralisme*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 121-122, 1998, p. 3 ; N. Fligstein, *Rhétorique et réalités de la "mondialisation"*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 119, 1997, p. 36.
- (39) Cf. la démonstration convaincante in Y. Dezalay et B. Garth, *préc.*.
- (40) R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer et R. Vishny, encore appelé LLSV, Cf. L. Vilanova, *Droit et gouvernance des entreprises. Mythe ou réalité ?*, in *Revue économique*, vol. 58, nov. 2007, 1181.
- (41) Note au Conseil Eco-Fin informel des 12 et 13 avr. 2002 à Oviedo, p. 2, disponible sur le site de la Commission.
- (42) Communications de la Commission du 21 mai 2003, *Renforcer le contrôle légal des comptes dans l'Union européenne*, p. 7, disponible sur le site de la Commission.
- (43) Pour la bibliographie, cf. mon article, *La responsabilité du comptable estimateur*, *Gaz. Pal.*, 23 avr. 2005, 2.
- (44) Cf. R. Vatinet, chron. RTD civ. 2006, 848.
- (45) *Op. cit.*, LPA, 19 mai 2005, 11.
- (46) *Idem*, avant-propos, p. 4.
- (47) Préface, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, *préc.*, p. 1 et 2.
- (48) Un économiste, Thierry Kirat, nous rappelle, non sans malice, que Ripert, en 1902, soixante ans avant R. Coase, "mettait l'accent sur deux problèmes : d'une part, la nature réciproque des externalités et, d'autre part, l'évaluation des droits concurrents", in *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, T. Kirat (dir.), LGDJ, Droit et société, 2003, p. 259.
- (49) Cf., par ex., le colloque organisé par le Centre de droit des affaires de l'Université de Toulouse avec le concours du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires ainsi que le concours de l'ordre des avocats à la cour : M.-H. Monsérié-Bon et C. Saint-Alary-Houin, *La loi de sauvegarde des entreprises : nécessité et intérêts d'une réforme annoncée*, D., 2008, Chron. 941.
- (50) Que répondre à Eric Brousseau ? (*Je n'ai presque rien à dire à un économiste*), in *op. cit.*, LPA, 19 mai 2005, 54. L'avertissement est d'autant plus à prendre au sérieux que l'auteur plaide, par ailleurs et de façon très convaincante, pour un élargissement de la vision du droit, cf. P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 303 s. Par parenthèse, cet ouvrage constitue un exemple de ce que la doctrine française produit de meilleur, d'une qualité bien supérieure, de mon point de vue tout à fait subjectif, à l'indigeste littérature du *Law and Economics*.
- (51) *Economie et société*, t. 2, *préc.*, p. 45.



Imprimer

< Article précédent

Article suivant >

