

Pourquoi se soucier de l'analyse économique du droit ? Le point de vue d'une juriste

R É S U M É

Les critiques qui sont fréquemment adressées à l'analyse économique du droit négligent la nature de cette démarche, qu'il convient de comprendre plus comme une méthode d'analyse des mécanismes juridiques parmi d'autres que comme une idéologie.

L'analyse économique du droit consiste à apprécier les mécanismes juridiques à la mesure des comportements économiques qu'ils provoquent ou avec lesquels ils interfèrent, comme à celle des organisations et des structures qu'ils suscitent. Des positions de principe peuvent certes venir s'y greffer. L'on peut ainsi soutenir que les personnes concernées neutralisent la position substantielle de la loi ou de la décision de justice (par exemple, le responsable condamné contracte après le verdict avec sa victime), ce qu'exprime le théorème de Coase*. L'on peut prétendre que les juges trouvent d'instinct la solution économiquement optimale, comme l'écrit Posner. L'on peut estimer que le droit serait fait pour favoriser l'économie de marché plutôt que pour la contraindre. Mais ces positions ne définissent pas en elles-mêmes l'analyse économique du droit : celle-ci est avant tout une méthode, qui neutralise la spécificité du droit pour mieux révéler l'effet économique de celui-ci. Comme toute théorie, l'analyse économique du droit

est à la fois un miroir du droit et sa version appauvrie à dessein.

Mener une analyse économique du droit suppose un investissement important, un apprentissage difficile, de lourdes études. Est-ce la peine ? Faut-il cesser de se méfier de l'analyse économique du droit pour mieux en tirer profit ?

Il faut accorder de l'importance à l'analyse économique du droit pour ce qu'elle est, ni plus ni moins, sans lui faire ni trop d'honneur ni trop d'indignité. En effet, les dangers que l'on prête à cette méthode résultent de contresens. Il est ainsi vrai que l'analyse économique du droit postule la rationalité individuelle, c'est-à-dire la capacité d'une personne à analyser sa situation sous l'impact du droit et à adopter le comportement utile à son intérêt, écho de l'idée selon laquelle l'individu vise à maximaliser son profit.

On en conclurait vite que l'analyse économique du droit appauvrit l'âme humaine et méconnaît le fait que le droit promeut d'autres objectifs que ces intérêts particuliers et égoïstes. Le contresens vient du fait qu'on suppose que le but ainsi visé par la personne est nécessairement un intérêt matériel, alors que celle-ci peut ajuster sa conduite pour satisfaire un impératif moral, ou par souci d'autrui. L'analyse économique du droit fonctionne sans interférer avec la teneur du but poursuivi et si elle suppose effectivement un individu stratégique, il s'agit simplement de souligner une rationalité dans l'action de chacun, y compris pour satisfaire les buts moraux. Soutenir que l'analyse économique du droit réduit l'individu au désir marchand est donc inexact et revient à accuser par malice la méthode d'avoir la rage.

En outre, l'analyse économique du droit ne prétend pas à l'exclusive. C'est à ceux qui décident du droit de mettre en équi-

libre les résultats de cette méthode avec ceux que produisent d'autres types d'analyses, morale, systémique, proprement juridique (à travers les qualifications, les règles qui gouvernent les raisonnements, les fonctionnements institutionnels).

Il faut alors se soucier de l'analyse économique du droit parce que, même lorsqu'elle s'accroche à des branches particulières du droit, par exemple droit des contrats ou droit pénal, elles a des vertus générales sur le système juridique. Tout

" Comme toute théorie, l'analyse économique du droit est à la fois un miroir du droit et sa version appauvrie à dessein. "

d'abord, elle l'explicite et elle le rend plus intelligible. Par la mesure de l'efficacité, c'est-à-dire de la capacité des règles ou des décisions à produire le résultat en vue duquel elles avaient été adoptées, elle permet d'apprécier le succès ou l'échec du droit, ce qui est une aide à la réforme, réforme des moyens ou réforme des fins. Plus encore, l'analyse économique du droit oblige à formuler ce pour quoi les règles sont adoptées, généralisant ainsi, au-delà des jugements, l'obligation de motivation. Elle met au cœur des appréciations les buts des règles, c'est-à-dire des politiques, légales ou jurisprudentielles. En cela, l'analyse économique du droit incite avant tout à un débat sur les fins, c'est-à-dire contribue à l'élaboration démocratique des règles communes ■

* Ronald Coase, professeur à l'université de Chicago, a obtenu le prix Nobel d'économie en 1991. Son «théorème» soutient qu'en l'absence de coûts de transaction, les droits tels qu'ils sont initialement attribués par le droit ne peuvent faire obstacle à une répartition efficiente des ressources entre acteurs négociant librement sur le marché.