

# L'analyse économique du droit comme outil pour le juriste

- Ejan Mackaay
- Professeur émérite, Université de Montréal
- Fellow, Cirano
- [ejan.mackaay@umontreal.ca](mailto:ejan.mackaay@umontreal.ca)
- [ejan.mackaay@cirano.qc.ca](mailto:ejan.mackaay@cirano.qc.ca)

# Mise au jeu

- Lorsque vous achetez un nouvel appareil ou mettez en place un nouvel arrangement, vous voulez savoir s'il fonctionne, s'il fait ce que vous en attendez
- Se pose-t-on cette question pour le droit ?
- Que doit faire le droit ?
- Réponse première : coordonner la conduite des gens de manière non violente ; éviter des accidents non nécessaires ; assurer des droits sur la base desquels les gens peuvent planifier leurs affaires
- Toutes les lois ne fonctionnent pas comme prévu (ex. le SMIC, le contrôle des loyers)
- Est-ce que votre formation de juriste permet de déterminer lesquelles fonctionnent ?
- Dans la négative, où tourner ?
- La réponse est sans doute : on se tourne vers les sciences sociales
- Mais ce n'est pas si simple, car les juristes insistent sur l'autonomie du droit

# L'autonomie du droit

- Pourquoi les juristes insistent-ils sur l'autonomie du droit ?
- À l'origine, pour se défendre de l'ingérence des autorités dans leurs décisions
  - Posner, Richard A., "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987", (1987) 100 *Harvard Law Review* 761-780, p. 762
- Par la suite, pour maintenir le monopole des juristes ...
- S'il était admis que le droit avait une mission sociale et qu'il fallait en savoir un peu sur la société pour s'en occuper, les juristes étaient convaincus, jusque dans les années 1960, que ce « peu » pouvait être acquis
  - Par le sens commun
  - Par l'étude détaillée des textes de loi et de la jurisprudence
  - Enrichie éventuellement par quelques années de pratique du droit
    - Posner, Richard A., "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987", (1987) 100 *Harvard Law Review* 761-780, p. 763

# Les possibles apports des sciences sociales

- Recours à la sociologie et à l'anthropologie ?
- Le sociologue du droit norvégien Vilhelm Aubert a étudié les effets de l'introduction, en 1948, d'une nouvelle loi norvégienne, la *Housemaid Act*
- La loi visait à protéger les aides domestiques contre l'exploitation au titre des heures travaillées, du paiement « en nature », de l'absence de vacances etc.
- Le compte-rendu, en anglais, en 1967, conclut :
  - la loi n'avait pas l'effet voulu, étant largement ignorée autant des bénéficiaires visés que de leurs employeurs
    - Aubert, Vilhelm, « Some Social Functions of Legislation », (1967) 10 *Acta sociologica* 97-120
- Qu'une loi n'ait pas d'effet, cela était une nouvelle digne de mention à l'époque !
- Des chercheurs français se sont tournés vers la sociologie et l'anthropologie, de Gurvitch et Lévy-Bruhl à Carbonnier, Étienne Le Roy et Norbert Rouland
- Ces travaux ne sont pas parvenus, à mes yeux, à un outil opérationnel s'appliquant à l'ensemble du droit

# Et l'économie ?

- Il y a longtemps, les économistes considéraient comme relevant seulement de leur domaine l'étude du fonctionnement des marchés
- Ils se concentraient sur les facteurs « économiques » qui pouvaient les affecter
  - La spécialisation
  - L'échange
  - La concurrence
  - L'innovation
  - L'information et ses asymétries
- Les droits de propriété, le droit des contrats et de la responsabilité civile, le droit relatif aux entreprises commerciales et au marché des valeurs mobilières, la réglementation de divers secteurs de l'économie – étaient vus comme un encadrement essentiel
- Mais comme étant fixé *en dehors* du champ de l'économie
- Forme et contenu des institutions étaient choisis pour des raisons propres au droit et n'ayant rien à voir avec la performance économique optimale

# L'économie – une nouvelle donne

- Les choses ont changé à partir des années 60, lorsque les économistes cessaient de considérer le droit comme un élément fixe hors de leur champ
- Mais plutôt comme un arrangement ayant des conséquences économiques prévisibles et pouvant être choisi en fonction de celles-ci
- Coase : une allocation erronée de droits de propriété pouvait être corrigée par les intéressés, sauf si des coûts de transaction les en empêchaient (1960)
- Demsetz : lorsque la demande accrue pour des fourrures rendait rares les animaux à poil, les tribus chasseurs en Amérique du Nord répondaient par la création de droits (collectifs) de propriété) (1964)
- Calabresi : les règles de la responsabilité pouvaient se comprendre comme cherchant à instaurer un niveau de précaution proportionné au danger créé (1961, 1970)
- Manne : la responsabilité limitée des actionnaires, loin d'être un mauvais tour joué aux créanciers, devait faciliter l'accès au capital externe pour les entrepreneurs (1967)
- Ces résultats ouvraient un vaste agenda de recherche : déterminer pour toutes les institutions juridiques si leurs effets économiques permettaient de les comprendre

# Les explorations des économistes

- Les explorations des économistes étaient basées sur des prémisses simples :
  - Les règles juridiques, en attachant des peines ou des récompenses aux comportements des individus modifient leurs incitations à agir
  - Les individus adaptent leurs comportements de manière rationnelle
  - La prévisibilité de ces réponses rend les effets des règles prévisibles
  - On peut déterminer si les effets prévisibles poussent dans le sens de l'augmentation du bien-être collectif (*efficience économique*)
- Les premières explorations à travers le droit étaient encourageantes
- Pour convaincre les juristes, il fallait cependant deux découvertes cardinales
  - 1) L'étude économique des règles juridiques présentait celles-ci comme si la plupart d'elles avaient été formulées pour *promouvoir l'efficience économique*
  - 2) Les règles juridiques ayant cette caractéristique paraissent aux juristes comme étant *justes ou équitables*
    - Cette deuxième découverte donnerait prise sur la notion fugace de justice !

# Livrer le message aux juristes

- Il a fallu un juriste pour expliquer ces découvertes aux juristes
- Et pour montrer qu'elles valaient à travers les différents champs de droit
  - Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Cy, 1972, (1<sup>e</sup> éd.); 2014 (9<sup>e</sup> éd.)
- Posner formula la première découverte comme la thèse que les règles de la common law américaine traditionnelle étaient efficaces ou devaient l'être, thèse qu'il a maintenue à travers les différentes éditions de son traité (1972, p. 98; 2011, p. 320)
- En privé, il aurait admis qu'il y a là une part d'exagération
  - Priest, George L., "The Curious Treatment of Capitalism in Legal Education", (2012) 49 *Society* 216-222, at 221
- Dans la 8e édition de son traité, p. 315, Posner fait la remarquable observation
  - « l'économie constitue la **structure profonde** de la common law, les doctrines du droit en forment la **structure de surface**. »
- Si cette thèse est juste, elle élargirait de façon remarquable l'agenda de recherche de l'analyse économique du droit !

# La place de l'AED

- L'AED fournit plein de perspectives éclairantes à travers tous les champs du droit
- Mais elle n'est pas en soi une *théorie du droit*
  - Elle ne dit pas ce qui est du droit et ce qui n'en est pas
- Elle fournit une *méthode* pour saisir les principaux effets des règles juridiques, existantes ou potentielles
- Elle permet de tirer à la surface les finalités sous-jacentes qui ont pu historiquement présider à la formulation des règles
- Voici ce qu'en dit Posner en 2000
  - Le rôle de l'approche économique dans des débats moraux et politiques est d'attirer l'attention sur des conséquences ou implications que des personnes qui ignorent cette approche pourraient manquer. Ce que vous faites avec ces conséquences est votre affaire
    - Posner, Richard A., Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law, in: *Chicago Lecture in Law and Economics*, Eric A. Posner (ed.), New York, Foundation Press, 2000, 200

# Le droit comme science de textes

- Comment tout ceci s'accorde avec le droit connu comme la discipline qui concerne les textes d'autorité formant un tissu sans contradiction ni lacune ?
- Le droit écrit, qu'il s'agisse de contrat, d'une loi, d'une décision de justice vise à conférer aux personnes à qui il s'adresse une relative certitude au sujet de ce qu'elles peuvent et ne peuvent pas faire
- Cela leur permet de mieux planifier et coordonner leurs affaires dans un monde
  - Incertain
  - Avec d'autres acteurs ayant des perspectives différentes
- Au moment de leur rédaction, les textes ont dû paraître comme le mieux que nous puissions faire à l'égard de tous les intéressés :
  - Le contrat vise à créer un gain de Pareto (solution *gagnant-gagnant*)
  - Les textes législatifs et judiciaires réduisent ou même lèvent l'incertitude qui pourrait autrement entraver l'action des acteurs individuels

# Le droit comme science de textes - 2

- Pour que l'effet de certitude se produise, les acteurs touchés par un texte doivent
  - Pouvoir s'y fier pendant une assez longue période
  - Pouvoir comprendre le langage ordinaire dans lequel il est rédigé
  - Pouvoir se fier que le langage vaut tel que normalement compris et appliqué
- Même si l'on concède à Posner que la structure profonde du droit est l'efficacité, il serait impensable de résoudre les divergences d'opinion et les disputes courantes en déterminant chaque fois la solution « efficace »
- Le droit deviendrait un processus autrement encombrant
- Cela ressemblerait à un match de foot joué comme partie d'échecs
- Le fait de se fier aux textes de droit est *efficace* au sens ordinaire de l'analyse économique du droit
  - Il économise sur les coûts de l'information

# Le droit comme science de textes - 3

- Au-delà d'un certain volume et complexité, les textes imposent une logique propre
- Il faut une « armature » pour en assurer l'accès, la cohérence, l'absence de lacune
- C'est le *savoir propre du juriste, l'autonomie du droit*
- Le développement spectaculaire des bases de données juridiques et des systèmes de repérage a renforcé l'aspect texte dans l'activité des juristes
- Cela a mis à l'ombre la fonction sociale du droit
  - L'idée de se laisser guider par des règles (..) est que les objectifs ultimes sont mieux servis lorsque les règles sont appliquées `formellement`, telles qu'écrites, avec peu ou pas de considération des conséquences à court terme ... les systèmes juridiques, comme les règles, fonctionnent probablement le mieux lorsqu'ils sont traités, jusqu'à un certain degré, comme une sorte de logique, qui devrait être appliquée selon ses propres conditions et standards. »
    - Bix, Brian H., Law as an Autonomous Discipline, in: *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Peter Cane and Mark Tushnet (eds), Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 975-987, p. 986
- Comment rimer le droit comme texte avec le droit comme impact ?

# Les règles du hockey sur gazon

- Pour trouver une réponse à cette question, sur la nature de l'union
- Je vous propose un modèle sous forme d'une petite histoire vécue
- En 2012, j'ai pu assister à certains événements aux Jeux Olympiques de Londres
- L'un des événements était un match de hockey sur gazon, sport que j'ai pratiqué moi-même dans ma jeunesse
- Le hockey sur gazon est un sport plus rapide que le foot et (aussi) agréable à voir
- J'ai remarqué que plusieurs règles du jeu avaient été modifiées, notamment :
  - Une balle sortie du terrain n'est plus rentrée en la roulant à la main, mais avec le bâton et le joueur peut le garder pour soi en la remettant au jeu
  - Le corner long, pris du coin du terrain, a été aboli et remplacé par un simple coup franc
    - Les règles pour 2017 (en anglais) se trouvent ici : <http://www.fih.ch/inside-fih/our-official-documents/rules-of-hockey/>

# Le hockey sur gazon - suite

- Pourquoi changer ces règles ?
- Je me suis alors rappelé que
  - autant le corner long que le roulement à la main de la balle ralentissaient appréciablement le jeu
  - sans donner un avantage notable à la partie qui devrait en profiter
  - Le corner long conduisait rarement à un but
- La modification de ces règles pouvait se comprendre dans l'optique de leur finalité :
  - jeu intéressant à jouer pour les joueurs et à regarder pour les spectateurs
  - rapide et avec de bonnes chances de marquer des buts
- D'autres règles pouvaient se comprendre dans la même optique
  - La *règle de l'avantage* : si une partie commet une infraction, mais que la balle est déjà en possession de l'autre partie, qui attaque, on n'interrompt pas le jeu pour un coup franc
  - Cette règle aurait pu surgir d'une *interprétation* des règles existantes au sujet des coups francs dans l'optique de leur *finalité*

# Le hockey sur gazon - conclusion

- Bon nombre de règles du jeu se comprennent à la lumière de la finalité
- La finalité *imbibe* en quelque sorte les règles
- Elle en est la trame sous-jacente uniforme, la *structure profonde*
- Pour réformer les règles, il faut retrouver et s'inspirer de leur finalité
- Pourtant, il est utile d'écrire les règles
  - pour que elles puissent être appliquées de manière rapide et routinière, sur la seule base du texte écrit
  - pour que les joueurs sachent à quoi s'en tenir
  - pour qu'ils puissent planifier leurs stratégies en conséquence
- Si les règles se prêtent à interprétation, celle-ci peut s'inspirer de leur finalité
- La règle écrite appliquée directement est efficiente, car économe
- Mais dès qu'il s'agit de formuler, d'interpréter ou de réformer les règles, la finalité revient au galop

# La place de l'AED - suite

- En discutant des règles du hockey sur gazon, nous avons vu à quel point les considérations de structure (armature) et de finalité sont liées
- Nous avons vu l'utilité d'un système de règles qu'on peut comprendre et appliquer rapidement et sans se poser trop de questions au-delà du texte
- Pourtant le droit est jugé ultimement par ses effets sur la société
- Lorsque des développements sociaux font que les règles juridiques sont sérieusement décalées par rapport à leur mission sociale, il faut aux juristes un *système d'alarme*
- Il ne suffit plus d'appliquer mécaniquement les textes en vigueur
- Il faut se demander si le moment est venu de les interpréter différemment, ou de les réformer
- Je vous soumets que l'AED est capable de fournir aux juristes un tel système d'alarme pour les avertir quand le temps de la réforme est arrivé

# L'apport de l'AED au juriste

- L'AED est, au premier chef, ce système d'alarme dont tout juriste doit être muni
- Elle est un outil essentiel à tout processus de réforme du droit, informant sur les effets prévisibles des options envisageables et le choix entre eux
- Elle a un rôle essentiel pour la science du droit
- Pour le doctorant, qui tente de créer de l'ordre dans un coin de l'univers juridique encore peu exploré, elle peut fournir un cadre structurant
  - Si, par exemple, le doctorant se fait demander comment rimer la pénurie du sang (plasma) avec la restriction du Code civil limitant le transfert du sang au don, il est utile de considérer cela comme un marché imparfait, dû à une propriété incomplète et de poursuivre l'analyse sur les raisons de cette restriction, les effets dans des pays qui n'en connaissent pas etc.
- Pour la doctrine juridique, l'AED permet souvent de retrouver la finalité sous-jacente d'un domaine de droit et ainsi de mieux voir ce qui unit les règles
  - Pour la responsabilité civile et le droit de l'entreprise, cet effet est marquant
    - Romano, Roberta, « After the Revolution in Corporate Law », (2005) 55 *Journal of Legal Education* 342-359

# L'apport de l'AED au juriste - suite

- Marie-Anne Frison-Roche a souligné que l'AED permet parfois de « redonner une lisibilité à un magma de règles »
  - Frison-Roche, Marie-Anne, *L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit*, Colloques, Cour de cassation, 2004, § 33  
[http://www.courdecassation.fr/formation\\_br\\_4/2004\\_2034/anne\\_frison\\_8184.html](http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2004_2034/anne_frison_8184.html)
- Mais le plaideur aussi peut se servir de l'AED, car, comme nous l'avons vu en discutant des règles du hockey sur gazon, dès qu'il y a un problème d'interprétation, les considérations de finalité reviennent au galop
- Pour illustrer, considérons l'affaire québécoise de *Piché c. Fournier*, [2010] QCCA 188
  - Mme Piché a un fils schizophrène, Alain, dont elle s'occupe intensivement
  - Voulant assurer qu'on pourra s'occuper de lui lorsqu'elle ne sera plus là, elle le nomme héritier unique
  - Dans un accès de rage total (Delirium), Alain tue sa mère à coup de machette
  - Au procès pénal, sur la foi du témoignage de l'expert psychiatre, Alain est déclaré criminellement non responsable, vu que, délirant, il ne réalisait pas ce qu'il faisait

# L'apport de l'AED au juriste - suite

- Le Code civil du Québec (corr. à l'art. 726 du Code civil français) prévoit
  - 621. Peut être déclaré indigne de succéder:
    - 1° Celui qui a exercé des sévices sur le défunt ou a eu autrement envers lui un comportement hautement répréhensible;
- Le reste de la famille intente un recours visant à faire déclarer Alain indigne
- Question essentielle : les sévices présupposent-ils l'intention de faire mal
- Le plaideur pour la famille tentera de faire appliquer l'article tel quel
- Celui qui défend Alain plaidera que l'article vise à décourager le mal intentionnel et qu'il ne s'adresse pas aux personnes incapables former une telle intention
- La cour, en tranchant, doit considérer les effets que provoquera sa décision en un sens ou dans l'autre
- Dans les faits, la famille gagne en première instance, mais la Cour d'appel infirme le jugement et donne raison à Alain

# Conclusion

- Quelle est la place de l'AED ?
- Dans le droit, le texte et l'impact sont intimement liés
- Pour l'application courante, l'approche texte domine
- Cela est parcimonieux, d'un point de vue économique
- L'informatisation des textes exacerbe cet effet de dominance (et peut même causer de l'inflation normative ...)
- Mais ultimement le droit est accepté pour ses effets sociaux désirables
- Désormais, le juriste peut disposer d'un outil plus sophistiqué que son intuition pour y accéder : l'analyse économique du droit
- Convainquons les juristes d'y avoir recours, dès lors qu'il s'agit d'interprétation, de réforme, de régulation nouvelle
- Dans la recherche, visons à mieux asseoir l'AED empiriquement