

L'analyse économique du droit

Boris Barraud

▶ **To cite this version:**

Boris Barraud. L'analyse économique du droit. La recherche juridique, L'Harmattan, 2016. hal-01367777

HAL Id: hal-01367777
https://amu.hal.science/hal-01367777

Submitted on 16 Sep 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Aix*Marseille université

L.I.D.2 M.S.
Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

Boris Barraud, « L'analyse économique du droit », in *La recherche juridique* (les branches de la recherche juridique), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 141 s.

manuscrit de l'auteur (droits cédés aux éditions L'Harmattan)

HAL
SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

Une science du droit jeune et mal établie

L'analyse économique du droit, plus rarement appelée « économie du droit »[1], est peut-être la dernière apparue des quatorze branches de la recherche juridique. Sa place parmi elles n'en est pas moins devenue incontestable[2] et, si le nombre de chercheurs concernés demeure relativement marginal, il l'est chaque jour un peu moins tant de plus en plus de travaux innovants, notamment des thèses de doctorat[3], s'inscrivent dans le cadre particulier de l'analyse économique du droit. On va même jusqu'à considérer qu'il sera bientôt impossible, parmi les facultés de droit, d'échapper à l'analyse économique du droit[4], ce qui est loin d'être certain tant celle-ci demeure, pour l'heure, une « science approximative »[5], tant du point de vue des ses fins que du point de vue de ses moyens. En effet, l'analyse économique du droit tend à se rapprocher de la politique juridique et, s'il est permis de parler de science du droit à son égard, ce n'est qu'avec des réserves et en n'ignorant pas qu'elle peut prendre un tour très politique et très peu scientifique.

L'analyse économique du droit est née aux États-Unis derrière le nom « *Law and Economics* », au cours des années 1960, sous l'impulsion de chercheurs de l'université de Chicago — on parle d'École de Chicago — et, plus particulièrement, du juriste Richard Posner[6] et des économistes Ronald Coase[7], George Stigler[8] et

---

[1] Par exemple, G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique – Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2009 ; G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2005 ; Th. KIRAT, *Économie du droit*, La découverte, coll. Repères, 2012 ; M. FAURE, A. OGUS, *Économie du droit : le cas français*, Éditions Panthéon-Assas, 2002.

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, « La recherche juridique en matière économique », in Y. AGUILA et *alii*, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 93 s. ; B. DEFFAINS, « L'économie comme instrument de la recherche juridique », in Y. AGUILA et *alii*, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 85 s.

[3] Par exemple, V. VALENTIN, *Les conceptions néolibérales du droit*, Economica, 2002 ; T. SACHS, *La raison économique en droit du travail – Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2013.

[4] H. MUIR WATT, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in B. DEFFAINS, dir., *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 37.

[5] A. BERNARD, « Law and Economics : une science idiote ? », *D.* 2008, p. 2806.

[6] Notamment, R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5e éd., Aspen Law & Business, 1998. *Cf.* S. HARNAY, A. MARCIANO, *Posner – L'analyse économique du droit*, Michalon, coll. Le bien commun, 2003 ; A. STROWEL, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit – Autour de Bentham et de Posner », *Arch. phil. droit* 1992, p. 143 s.

[7] Notamment, R. COASE, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics* 1960, p. 1 s. (cet article est souvent considéré comme l'élément fondateur du mouvement *Law and Economics*) ; R. COASE, *Le coût du droit*, trad. Y.-M. Morissette, Puf, 2000.

[8] Notamment, G. STIGLER, « The Theory of Economic Regulation », *Bell Journal of Economics and Management Science* 1971, n° 2, p. 3 s.

Friedrich Hayek[1]. Ces derniers ont souhaité appliquer les instruments usuels de l'analyse économique à des domaines jusqu'alors inexplorés par les économistes tels que les choix constitutionnels, les droits de propriété, les accidents ou les activités illicites[2]. Puis, l'analyse économique du droit a petit à petit été découverte en Europe occidentale, à la fin du XX^{e} s.

Dès le XVIII^{e} s., des courants de pensée avaient plaidé non pour une compréhension du droit à travers l'économie mais pour une compréhension de l'économie à travers le droit[3]. En témoignent certains travaux d'Adam Smith ou Karl Marx à propos des conséquences économiques des lois[4]. Et, au XIX^{e} s., les facultés de droit ont accueilli des enseignements d'économie politique[5] et Georges Ripert a pu étudier les « aspects juridiques du capitalisme »[6]. Aux États-Unis, à partir des années 1920, l'École du *Legal Realism* (« réalisme juridique ») a pu souligner le besoin que les juristes comprennent le fonctionnement des marchés et de la sphère économique dans son ensemble afin d'opérer, dans le cadre de leurs activités, des choix plus rationnels. Il faut croire, cependant, que cela devrait concerner le personnel politique et les magistrats, chargés d'élaborer le droit, davantage que les juristes, chargés d'appliquer et/ou d'expliquer le droit. Quant au mouvement des *Critical Legal Studies* (« École critique du droit »), successeur du *Legal Realism*, il peut être analysé en tant précurseur de l'analyse économique du droit en ce qu'il considère que l'économie serait la seule science valable, si ce n'est la seule science possible[7] ; mais, volontiers anarchiste et contestataire, il s'éloigne assez radicalement de l'analyse économique du droit telle qu'elle est aujourd'hui le plus souvent envisagée.

L'explication du droit par l'économie ou la proposition du droit à l'aune de l'économie

L'analyse économique du droit est une discipline qui se propose d'expliquer la réalité du droit non par le droit lui-même ou par quelques phénomènes sociaux ou

---

[1] Notamment, F. VON HAYEK, *Droit, législation et liberté* (1973), Puf, 1995. *Cf.* D. DANET, « Le droit économique doit-il être hayékien ? », *RIDE* 1995, p. 407 s.

[2] *Cf.* S. FEREY, *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et économie, 2009.

[3] *Cf.* P. VER LOREN VAN THEMAAT, « L'économie à travers le prisme du juriste », *RIDE* 1989, p. 133 s.

[4] *Cf.*, notamment, J.-J. SUEUR, « La "main invisible" ou le droit économique – Retour sur Adam Smith et certaines de ses institutions », *RIDE* 2013, p. 491 s. ; F. ZENATI, « Le droit et l'économie au-delà de Marx », *Arch. phil. droit* 1992, p. 121 s.

[5] L. LE VAN LEMESLE, « La promotion de l'économie politique en France au XIX^{e} s. jusqu'à son introduction dans les facultés (1815-1881) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 1980, p. 270 s.

[6] G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{e} éd., LGDJ, 1951.

[7] Ch. JAMIN, « Économie et droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 580.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

politiques mais grâce aux techniques et aux concepts de la science économique[1]. En cela, elle est avant tout une méthode[2]. Il s'agit d'analyser à l'aide des outils de la microéconomie traditionnelle la création et les conditions d'efficacité des règles de droit[3]. Les économistes du droit peuvent, d'une part, observer et expliquer le processus de « production » des règles de droit, ce qui est une attitude scientifique, et, d'autre part, proposer l'édiction de règles de droit qu'ils jugent optimales en termes de résultats économiques, ce qui cette fois n'est pas une démarche scientifique mais une démarche à visée normative[4]. Les rapports annuels « *Doing Business* » sont symptomatiques de cette approche prescriptive, quoiqu'ils n'émanent pas du milieu universitaire[5].

Si elle se veut scientifique, l'analyse économique du droit présente souvent un visage prédictif, subjectif, prescriptif et polémique[6]. Elle peut être rapprochée de la philosophie du droit[7] et les juristes, en France tout du moins, se montrent depuis

---

[1] *Cf.*, notamment, E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste – Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RIDE* 1986, p. 43 s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *Arch. phil. droit* 1995, p. 285 s.

[2] E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008.

[3] Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision* 2013, p. 202.

[4] En effet, d'aucuns économistes du droit peuvent considérer que « l'économie du droit semble à même de renforcer le pouvoir explicatif et prédictif des modèles économiques et, ainsi, de permettre aux économistes de participer aux réflexions normatives visant à élaborer des règles juridiques adaptées aux réalités économiques et sociales (en matière de politique de la concurrence, de résolution des litiges, de lutte contre la délinquance économique et financière, etc.). Les analyses développées sont susceptibles d'enrichir l'élaboration des politiques publiques » (Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision* 2013, p. 202).

[5] 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 les entreprises exercent leurs activités, en fonction de leur aptitude à faciliter la création et le développement d'entreprises. Ces rapports reposent donc sur un étalonnage concernant les diverses réglementations économiques et les procédures et formalités qui encadrent la vie des entreprises. Dans ces classements, destinés à orienter l'action des pouvoirs publics et des investisseurs, les droits de tradition civiliste, le droit français en tête, se trouvent très gravement mis en accusation et fort mal classés. Le droit français était situé au 79e rang par le premier rapport, en 2004. Il est aujourd'hui 34e. *Cf.* B. DU MARAIS, dir., *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, La documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2006 ; Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question – À propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, 2006 ; J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, « La critique économiste de la tradition romano-germanique », *RTD civ.* 2010, p. 683 s. ; L. USUNIER, « Le rapport *Doing Business* 2012, la concurrence des systèmes juridiques et l'attractivité du droit français des contrats », *RDC* 2012, p. 575 s.

[6] *Cf.* A. BERNARD, « Law and Economics : une science idiote ? », *D.* 2008, p. 2806 s.; J.-F. CALMETTE, « Réflexions sur la valeur de l'analyse économique du droit : le cas du droit public », *RRJ* 2004, p. 905 s.

[7] B. DEFFAINS, S. FEREY, « Théorie du droit et analyse économique », *Droits* 2007, n° 45, p. 228.

toujours méfiants devant les méthodes et les savoirs des économistes[1], parlant de « performances scientifiques médiocres, voire inexistantes, du *Law and Economics* »[2]. Et il est entendu que les critiques adressées à la science économique en général visent indirectement mais entièrement l'analyse économique du droit[3]. Cette dernière n'en revêt pas moins une dimension positive lorsqu'elle étudie la manière dont les comportements individuels et collectifs réagissent aux incitations véhiculées par les règles de droit ou lorsqu'elle utilise la théorie économique comme instrument analytique permettant d'expliquer l'émergence de ces règles[4]. Dans tous les cas, le droit devient, aux yeux de l'économiste, un système d'allocation de ressources et de fixation des prix dont il importe de saisir le fonctionnement afin de déterminer les conditions permettant d'atteindre l'efficience globale du système.

Les instruments de l'analyse économique du droit

Les outils propres à la science économique et qui peuvent servir l'analyse du droit sont, notamment, la théorie des jeux, l'économétrie, la statistique, l'analyse coût-avantage, les concepts de coûts moyens et marginaux ou encore différents théorèmes[5]. Il y a également les calculs d'efficience, l'efficience étant l'une des notions-cadres de l'analyse économique du droit. Elle se définit à travers le critère de la « pareto-optimalité »[6] : une règle juridique est dite « pareto-optimale » lorsqu'elle ne peut pas être changée sans mettre ne serait-ce qu'un individu dans une position moins profitable par rapport à celle antérieure au changement.

Avec ces instruments d'analyse économique, il s'agit, d'un point de vue épistémologique, d'économie plus que de droit, comme la sociologie du droit et l'anthropologie du droit sont de la sociologie et de l'anthropologie plus que du droit.

---

[1] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 45 ; Ch. JAMIN, « Économie et droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 578.

[2] A. BERNARD, « Law and Economics : une science idiote ? », *D.* 2008, p. 2806.

[3] Par exemple, E. MALINVAUD, « Pourquoi les économistes ne font pas de découvertes ? », *Revue d'économie politique* 1996, n° 106. L'article dresse un bilan sans complaisance de l'état épistémologique de l'économie et remet en question, notamment, les excès de la mathématisation qui dissimulerait la minceur des énoncés économiques sous-jacents et la fragilité de leur pertinence. L'auteur 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 » (cité par A. BERNARD, « Law and Economics : une science idiote ? », *D.* 2008, p. 2806).

[4] Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision* 2013, p. 202.

[5] On cite souvent le « théorème de Coase » selon lequel, « 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 » (cité par J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 188).

[6] Ce nom fait référence à l'économiste italien Vilfredo Pareto.

Les (rares) ouvrages publiés dans ce domaine par des chercheurs français sont bien le fait d'économistes et non de juristes[1], ce qui ne saurait surprendre tant porter un regard d'économiste sur quelque objet que ce soit implique de maîtriser les méthodes fort savantes et complexes de l'économie.

Mais l'économie et le droit peuvent aussi s'envisager à travers l'étude des rapports entre sphère juridique et sphère économique, des jeux d'influence et d'interdépendance se nouant entre elles[2]. Le savoir qui s'en dégage est alors bidisciplinaire. Ce n'est toutefois pas là la conception dominante de l'analyse économique du droit qui, ainsi que son nom l'indique, consiste normalement en une étude de l'objet juridique avec les moyens de la science économique.

Analyse économique du droit et droit économique

Par ailleurs, il importe de distinguer l'analyse économique du droit et le droit économique, lequel est avant tout du droit, c'est-à-dire un ensemble de normes, un ensemble de régimes juridiques[3]. On écrit que « le droit économique constitue une appropriation de l'économie par le juriste »[4], quand l'analyse économique du droit est davantage une appropriation du droit par l'économiste. Néanmoins, le droit économique, plus qu'une branche de la recherche juridique, semble être une branche du droit : celle comprenant l'ensemble des règles de droit encadrant les relations économiques[5]. Le droit économique est, en d'autres termes, le droit commercial ; et il peut être rapproché du « droit de la régulation »[6]. Il ne paraît donc pas opportun de séparer, dans le cadre de la recherche juridique, l'analyse économique du droit et le droit économique. L'analyse économique du droit peut très bien voir dans le droit économique l'un de ses objets d'étude préférentiels. Et, le plus souvent, c'est ce qu'elle fait puisque les institutions juridiques qui l'intéressent au premier chef sont la propriété et les droits réels, la propriété intellectuelle, le contrat ou encore la société commerciale[7].

---

[1] Par exemple, B. DEFFAINS, É. LANGLAIS, dir., *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, De Boeck (Bruxelles), coll. Ouvertures économiques, 2009.

[2] Par exemple, B. OPPETIT, « Économie et droit », *Arch. phil. droit* 1992, p. 17 s.

[3] *Contra*, J.-J. SUEUR, « L'évolution récente du droit économique français, le côté du droit public », *RIDE* 1996, p.207 s. ; J.-J. SUEUR, « La "main invisible" ou le droit économique – Retour sur Adam Smith et certaines de ses institutions », *RIDE* 2013, p. 491 s.

[4] Ch. JAMIN, « Économie et droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 579.

[5] *Cf.* G. FARJAT, « La notion de droit économique », *Arch. phil. droit* 1992, p. 27 s. ; C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, p. 215 s.

[6] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610 s.

[7] E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008.

Le caractère confidentiel, en France, de l'analyse économique du droit

Tout élément d'ordre juridique ou presque peut potentiellement être envisagé sous l'angle économique, du droit civil au droit pénal en passant par le droit constitutionnel[1]. Mais il n'est pas lieu d'entrer davantage dans le détail tant, pour l'heure, l'analyse économique du droit continue de ne concerner qu'une toute petite minorité de l'ensemble des scientifiques du droit. Si quelques-uns en viennent à dénoncer l' « impérialisme économique », soit la tendance des économistes à appliquer à des domaines étrangers à la sphère économique la méthode de l'économie néoclassique, le droit n'est touché que très ponctuellement par pareil phénomène, bien qu'il le soit de plus en plus. En tout cas cela est-il vrai en France puisque, aux États-Unis, il existe un *Journal of Law and Economics* (« Revue d'analyse économique du droit ») et la majorité des universités proposent des cours d'analyse économique du droit, voire des programmes doctoraux spécialisés. En Amérique du Nord, le courant *Law and Economics* est très influent et il n'est pas rare que des décisions de justice se réfèrent à des concepts empruntés à la science économique ou citent des articles des membres de ce mouvement.

La France, y compris en comparaison de la situation dans les pays européens anglophones, germanophones et néerlandophones, demeure en retrait, comptant très peu de spécialistes de ces questions, à tel point que les principaux ouvrages d'analyse économique du droit écrits en langue française sont le fait de chercheurs québécois[2]. Et les économistes français adeptes de l'analyse économique du droit publient des études portant sur des situations juridiques propres aux États-Unis, cela dans des revues anglo-saxonnes[3]. Dès lors, le professeur Christophe Jamin peut juger que « c'est l'ignorance mutuelle qui rend le plus exactement compte des rapports qu'entretiennent les juristes et les économistes français »[4]. Il faut dire, d'une part, que l'interdisciplinarité est autrement acceptée et pratiquée aux États-Unis qu'en France et, d'autre part, que les étudiants étatsuniens sont beaucoup mieux que les étudiants français capables de comprendre et de mettre en œuvre la logique juridique et la logique économique, très mathématique. Et de conclure : « Les juristes français n'ont au fond jamais vraiment rompu avec leurs prédécesseurs qui voyaient dans l'étude des textes l'essence même de l'art juridique et dans l'économie politique le cheval de Troie d'un libéralisme toujours suspect dans notre pays. […] Ce qui empêche l'analyse économique du droit de s'imposer, c'est donc

---

[1] *Cf.*, notamment, M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET, dir., *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant (Bruxelles), coll. À la croisée des droits, 2012.

[2] En premier lieu, E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008. Il est remarquable que la plupart des suggestions de lecture contenues dans l'ouvrage renvoient à des écrits en langue anglaise. Également, E. MACKAAY, A. PARENT, *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie (Québec), 2015.

[3] *Cf.* R. JANDA, « État des réflexions sur l'analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains », *Arch. phil. droit* 1992, p. 173 s.

[4] Ch. JAMIN, « Économie et droit », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 578.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

une très ancienne tradition dogmatique qui privilégie l'étude des textes, mais aussi un vieux fonds moraliste qui n'a jamais été favorable à l'économie »[1].

La France connaît ainsi un grand succès de l'histoire du droit, un succès modéré de la sociologie et de l'anthropologie du droit et un insuccès de l'économie du droit. Cette situation est le résultat de facteurs institutionnels et, ailleurs, elle peut être très différente, tandis que le monde universitaire est beaucoup plus concerné par les résistances à l'analyse économique du droit — qui seraient justifiées par le fait que cette discipline serait un vecteur de l'impérialisme culturel américain[2], un vecteur de l'américanisation du droit[3] — que le monde des praticiens[4]. En effet, dans ce dernier d'aucuns considèrent que « les agents réagissent à l'environnement juridique et l'étude de ces comportements est nécessaire à la compréhension des implications économiques de cet environnement. L'examen des normes juridiques par le prisme de l'analyse économique est ainsi une source d'informations pour le législateur et le juge, ce qui devrait leur permettre d'améliorer la qualité du droit »[5].

Alors que, en raison de la globalisation du droit ou, du moins, des activités que le droit est censé régir[6], les systèmes juridiques et, plus finement, les droits nationaux entrent en concurrence sur le grand « marché du droit »[7], où se déploient

---

[1] *Ibid.*, p. 580.

[2] A. BERNARD, « Law and Economics : une science idiote ? », *D.* 2008, p. 2806. Selon l'auteur, l'analyse économique du droit est « une science encore balbutiante mais une idéologie triomphante » (*ibid.*).

[3] *Cf. Arch. phil. droit* 2001, « L'américanisation du droit » ; É. ZOLLER, « États-Unis (culture juridique) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 653 (qui observe l' « influence de la culture juridique américaine sur la plupart des systèmes juridiques contemporains ») ; É. ZOLLER, « Américanisation », in L. CADIET, dir., *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004.

[4] *Cf.* G. CANIVET, « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *LPA* 2005, n° 99, p. 23 s. Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation de 1999 à 2007, souligne que, dans son activité jurisprudentielle, « le juge de cassation complète la loi en dépassant les intérêts individuels des parties au litige afin de poser une règle interprétative visant à la satisfaction de l'intérêt général, ce qui s'apparente à la recherche de la solution collectivement optimale ». 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, p. 505 s.

[5] Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision* 2013, p. 202.

[6] Par exemple, J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, dir., *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2012 ; J. -B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2e éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010 ; J.-L. HALPÉRIN, *profils des mondialisations du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009 ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008 ; É. LOQUIN, C. KESSEDJIAN, dir., *La mondialisation du droit*, Litec, coll. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, 2000 ; M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit », in J. BAECHLER, R. KAMRANE, dir., *Aspects de la mondialisation politique*, Puf, 2003, p. 71 s. ; M. DELMAS-MARTY, « Les processus de mondialisation du droit », in Ch.-A MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant (Bruxelles), 2001, p. 77 s.

[7] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 131. L'auteur souligne qu' « il existe de plus en plus de situations privées qui concernent plusieurs ordres juridiques étatiques à la fois. Il est aujourd'hui très facile pour une entreprise ou une personne de se placer sous l'empire de

les phénomènes de « *forum shopping* », il faut gager que les facultés de droit françaises ne pourront guère demeurer longtemps hostiles à l'analyse économique du droit tant celle-ci est appelée à jouer, en pratique, un rôle croissant ; ou alors elles se couperont un peu plus de cette pratique. Les rapports « *Doing Business* » de la Banque mondiale peuvent être critiqués ; ils ne sauraient être ignorés. Dans les faits, les raisonnements conséquentialistes, notamment de la part des juges, sont peut-être aussi importants que les raisonnements « purement » juridiques[1].

Une autre branche de la recherche juridique qui s'avère aujourd'hui fort en retrait — et cela partout dans le monde cette fois — est la linguistique juridique.

Orientations et illustrations bibliographiques

ARNAUD A.-J., « Autour d'un dialogue imaginaire entre Michel Villey et Friedrich Hayek », *Dr. et société* 2009, p. 9 s.

BERGEL J.-L., dir., *L'analyse économique du droit : autour d'Ejan Mackaay*, PUAM (Aix en Provence), coll. Revue de la recherche juridique droit prospectif-Cahiers de méthodologie juridique, 2009

BERNARD A., « Law and Economics : une science idiote ? », *D.* 2008, p. 2806 s.

BOY L., « Réflexions sur le "droit de la régulation" », *D.* 2001, p. 3031 s.

BRETON A., TREBILCOCK E., dir, *Le bijuralisme – Une approche économique*, Eska, 2007

CALMETTE J.-F., « Réflexions sur la valeur de l'analyse économique du droit : le cas du droit public », *RRJ* 2004, p. 905 s.

CANIVET G., « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *LPA* 2005, n° 99, p. 23 s.

CHAMPAUD C., « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, p. 215 s.

CHARLOTTON C., « La force d'attraction économique du droit », in THIBIERGE C., dir., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 635 s.

CHÉROT J.-Y., *Droit public économique*, Economica, 2e éd., 2007

COASE R., *Le coût du droit*, trad. Y.-M. Morissette, Puf, 2000

COASE R., « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics* 1959, n° 3, p. 1 s.

COHEN E., « De la règlementation à la régulation : histoire d'un concept », *Problèmes économiques* 2000, n° 2680, p. 1 s.

CORTEN O., « La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale », *Dr. et société* 2002, p. 185 s.

DANET D., « Le droit économique doit-il être hayékien ? », *RIDE* 1995, p. 407 s.

DANIEL J.-M., *La politique économique*, 2e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2010

DEFFAINS B., dir., *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002

DEFFAINS B., « L'économie comme instrument de la recherche juridique », in AGUILA Y. et *alii*, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 85 s.

DEFFAINS B., FEREY S., « Théorie du droit et analyse économique », *Droits* 2007, n° 45, p. 227 s.

DEFFAINS B., LANGLAIS É., dir., *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, De Boeck (Bruxelles), coll. Ouvertures économiques, 2009

Droit et société 1987/6, « Normes, déréglementation, économie »

DU MARAIS B., *Droit public de la régulation économique*, Presse de Sciences Po-Dalloz, 2004

DU MARAIS B., *Des indicateurs pour mesurer le droit*, La documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2006

EBERHARD Ch., *Le droit au miroir des cultures – Pour une autre mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2006

ECHAUDEMAISON C.-D., dir., *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Nathan, 1998

ENCINAS DE MUNAGORRI R., « L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du premier président de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2006, p. 505 s.

FARJAT G., « La notion de droit économique », *Arch. phil. droit* 1992, p. 27 s.

FAURE M., OGUS A., *Économie du droit : le cas français*, Éditions Panthéon-Assas, 2002

---

l'ordre étatique de son choix, parfois même sans avoir besoin de se déplacer. Par exemple, les parties à un contrat franco-américain peuvent prévoir que leur contrat sera régi par la loi suisse » (*ibid.*).

[1] Par exemple, F. OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant (Bruxelles), coll. Penser le droit, 2007, p. 117 ; D. SALAS, « La part politique de l'acte de juger », *Les cahiers de la justice* 2011, n° 2, p. 113.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

FEREY S., *Une histoire de l'analyse économique du droit – Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et économie, 2008

FREEDMAN D., « L'américanisation du droit français par la vie économique », *Arch. phil. droit* 2001, p. 207 s.

FRISON-ROCHE M.-A., *Les 100 mots de la régulation*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2011

FRISON-ROCHE M.-A., dir., *Les régulations économiques – Légitimité et efficacité*, Presses de Science-Po, coll. Droit et économie de la régulation, 2004

FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », in FRISON-ROCHE M.-A., dir., *Les régulations économiques – Légitimité et efficacité*, coll. Droit et économie de la régulation, Presses de Sciences-Po-Dalloz, 2004

FRISON-ROCHE M.-A., « La recherche juridique en matière économique », in AGUILA Y. et *alii*, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 93 s.

FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », *Arch. phil. droit* 1995, p. 285 s.

FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610 s.

FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit des deux mondialisations », *Arch. phil. droit* 2003, p. 20 s.

FRYDMAN, B., « Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit » in *Structure, système, champ et théories du sujet*, L'harmattan, 1997, p. 127 s.

GABUTHY Y., « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie et prévision* 2013, p. 201 s.

GAUDREAULT-DESBIENS J.-F., « La critique économiste de la tradition romano-germanique », *RTD civ.* 2010, p. 683 s.

GERMAIN M., « Pluralisme et droit économique », *Arch. phil. droit* 2005, p. 235 s.

GREENHALGH Ch., ROGERS M., *Innovation, Intellectual Property and Economic Growth*, Princeton University Press, 2010

HARNAY S., MARCIANO A., *Posner – L'analyse économique du droit*, Michalon, coll. Le bien commun, 2003

JAMIN Ch., « Économie et droit », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003

JANDA R., « État des réflexions sur l'analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains », *Arch. phil. droit* 1992, p. 173 s.

KANDIL F., « Normes, règles et actions en économie : quels enjeux pour l'approche conventionnaliste ? », in BERTHOUD A., SERVERIN É., *La production des normes entre État et société civile – Les figures de l'institution et de la norme entre État et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000, p. 153 s.

KIRAT Th., *Économie du droit*, La découverte, coll. Repères, 2012

KIRAT Th., « Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique – Texte de la communication à la journée d'étude "Les philosophes pragmatistes et les économistes : quelles proximités ?" – IDHE-ENS de Cachan, 11 avril 2005 », [en ligne] <basepub.dauphine.fr>, 2006

LEROUX V., « Les fondements économiques de la monopolisation du réseau téléphonique en 1889 », in BERTHO-LAVENIR C., dir., *L'État et les télécommunications en France et à l'étranger – 1837-1987*, Droz (Genève), coll. Hautes études médiévales et modernes, 1991, p. 21 s.

LE VAN LEMESLE L., « La promotion de l'économie politique en France au XIX^e^ s. jusqu'à son introduction dans les facultés (1815-1881) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 1980, p. 270 s.

MACKAAY E., *L'analyse économique du droit – I. Fondements*, Thémis-Bruylant (Montréal-Bruxelles), 2000

MACKAAY E., « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste – Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RIDE* 1986, p. 43 s.

MACKAAY E., « Le droit saisi par le jeu », *Dr. et société* 1991, p. 65 s.

MACKAAY E., « Quelques réflexions sur les normes privées », *RRJ* 2011, p. 2203 s.

MACKAAY E., PARENT A., *Précis d'analyse économique du droit*, La grande école de la francophonie (Québec), 2015

MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, 2^e^ éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008

MAITRE G., *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2005

MALINVAUD E., « Pourquoi les économistes ne font pas de découvertes ? », *Revue d'économie politique* 1996, n° 106

MATTEI U., *Comparative Law and Economics*, The University of Michigan Press (Ann Arbor), 1997

MICHAUT F., *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, L'Harmattan, 2000

MILLARD É., « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », *RRJ* 2008, p. 2523 s.

MOINE-DUPUIS I., « Commerce juridique », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003

MUIR WATT H., « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in DEFFAINS B., dir., *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 37 s.

NAUDET J.-Y., *Économie politique*, 3^e^ éd., Librairie de l'Université-PUAM (Aix-en-Provence), 1996

NEMO Ph., *La société de droit selon F. A. Hayek*, Puf, 1988

NIORT J.-F., « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon », *Arch. phil. droit* 1992, p. 101 s.

NOAM E., « Spectrum Auctions: Yesterday's Heresy, Today's Orthodoxy, Tomorrow's Anachronism – Taking the Next Step to Open Spectrum Access », Journal of Law & Economics 1998, p. 765 s.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

OGUS A. I., « Law and Spontaneous Order: Hayek's Contribution to Legal Theory », *Journal of Law and Society* 1989, p. 393 s.

OPPETIT B., « Droit et économie », *Arch. phil. droit* 1992, p. 17 s.

OTTONELLO P. P., « Droit politique et économie dans la philosophie de Sciacca », *Arch. phil. droit* 1992, p. 131 s.

PHARO P., « Le droit ordinaire comme morale ou commerce civil », in CHAZEL F., COMMAILLE J., dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et société, 1991, p. 243 s.

POSNER R. A., *Economic Analysis of Law*, 4e éd., Little Brown (Boston), 1992

RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., LGDJ, 1951

RIPERT G., « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Mélanges François Gény*, t. II, Sirey, 1934, p. 347 s.

ROYER G., *L'efficience en droit pénal économique – Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2009

SACHS T., *La raison économique en droit du travail – Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2013

SALMON P., « Accumulation et destruction de la confiance : un schéma d'inspiration poppérienne », in AUBERT F., SYLVESTRE J.-P., dir., *Confiance et rationalité*, INRA éditions, 2001, p. 31 s.

SANTOS A., TRUBEK D., dir., *The New Law and Economic Development – A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, 2006

SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3e éd., Dalloz, 1964

SÈVE R., « Droit et économie : quatre paradigmes », *Arch. phil. droit* 1992, p. 63 s.

SIMONNOT Ph., *L'invention de l'État – Économie du droit*, Les Belles Lettres, 2003

SNYDER F., « Gouverner la mondialisation économique : pluralisme juridique mondial et droit européen », *Dr. et société* 2003, p. 435 s.

STIGLER G., « The Theory of Economic Regulation », *Bell Journal of Economics and Management Science* 1971, n° 2, p. 3 s.

STROWEL A., « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit – Autour de Bentham et de Posner », *Arch. phil. droit* 1992, p. 143 s.

SUEUR J.-J., « L'évolution récente du droit économique français, le côté du droit public », *RIDE* 1996, p.207 s.

SUEUR J.-J., « La "main invisible" ou le droit économique – Retour sur Adam Smith et certaines de ses institutions », *RIDE* 2013, p. 491 s.

SUMMERS R., *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press (Ithaca), 1982

THOMSON A., « Taking the Right Seriously: The Case of F. A. Hayek », in FITZPATRICK P., dir., *Dangerous Supplements – Resistance and Renewal in Jurisprudence*, Pluto Press (Londres), 1991, p. 67 s.

USUNIER L., « Le rapport *Doing Business* 2012, la concurrence des systèmes juridiques et l'attractivité du droit français des contrats », *RDC* 2012, p. 575 s.

VALENTIN V., *Les conceptions néolibérales du droit*, Economica, 2002

VER LOREN VAN THEMAAT P., « L'économie à travers le prisme du juriste », *RIDE* 1989, p. 133 s.

VON HAYEK F., *Droit, législation et liberté, une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique – t. I : Règles et ordre*, trad. R. Audouin, Puf, 1980

VON HAYEK F., *Droit, législation et liberté, une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique – t. III : L'ordre politique d'un peuple libre*, trad. R. Audouin, Puf, 1983

WEBER M., *Économie et société*, trad. J. Freund, Plon, 1971

ZENATI F., « Le droit et l'économie au-delà de Marx », *Arch. phil. droit* 1992, p. 121 s.