

L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation

(Paris – 13 mai 2004)

Évoquant l'analyse économique comme science disciplinaire parallèle au droit, Bénédicte Bury, avocat à la Cour et président de l'ACE-JA (section Jeunes avocats de l'Association des avocats conseils d'entreprises), relève que « le législateur, le juge, le praticien du droit se contentent souvent d'une apparence de prise en compte du facteur économique par ignorance ou incompréhension de cette science », soulignant la nécessité de « favoriser, au-delà du regard, l'intégration de l'analyse économique dans le raisonnement juridique » (*). D'où l'intérêt des initiatives qui voient actuellement le jour ici et là, tendant à « croiser les regards » du droit et de l'économie, au premier rang desquelles le cycle de conférences « Droit, économie et justice » mis en place par la Cour de cassation et Sciences Po, à l'initiative du Premier président Guy Canivet et du Professeur Marie-Anne Frison-Roche. C'est dans le droit fil de cette tendance que s'inscrit l'organisation conjointe par le DESS de droit des affaires et fiscalité de l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'ACE-JA, le 13 mai dernier à la Maison du Barreau, d'un colloque sur le thème « L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation » dont les actes sont reproduits dans ce numéro. La rédaction

Bénédicte Bury

**Avocat associé, B. Moreau-Avocats,
président de l'ACE-JA**

Présentation de la journée

Je suis heureuse d'accueillir à la Maison du Barreau cette année à nouveau tous ceux qui manifestent leur intérêt au colloque annuel du DESS de droit des affaires et fiscalité de Paris I-Panthéon Sorbonne, organisé avec le concours de l'ACE-JA.

Je suis d'autant plus heureuse de ce partenariat que, comme l'année dernière, je relève son classement en tête des formations universitaires spécialisées figurant dans le guide 2004 des Carrières et formations de la revue *Décideurs stratégie finance droit*. Il figurait également en tête l'an passé dans la revue *Capital*.

Cette récompense permet aussi de relever que la nouvelle direction du DESS confiée au professeur Daniel Gutmann s'inscrit dans la volonté de l'excellence dont j'ai pu apprécier tout au long de l'année, au travers des projets communs, la stimulation qu'il suscite.

Le DESS est en effet spécialisé en droit des affaires, en partenariat avec HEC pour partie des cours dispensés, et avec l'ACE pour l'organisation des séminaires professionnels. Il est historiquement tourné vers l'approche comparée comme en témoigne l'organisation du Wintercourse réunissant élèves et professeurs de nombreuses universités européennes, mis en place depuis des années par M. le professeur Cyril David et cette année par M. le Professeur Daniel Gutmann qui a reçu l'ensemble de ces délégations à Paris et dont j'ai été heureuse d'organiser la journée de rapport de travaux ici même, à la Maison du Barreau, le mois dernier.

Il n'est pas totalement indifférent de rappeler ces spécificités puisque, dès lors, le choix du sujet n'étonnera personne, ni de la part du DESS de droit des affaires et fiscalité tel qu'il vient d'être présenté, ni de la part de l'ACE-JA qui développe depuis deux ans un concept de formation, intégrant l'interprofessionnalité et disciplinarité, résolument tourné vers une approche comparée et européenne dont elle s'efforce de développer le réflexe.

C'est dans ce contexte qu'en début d'année nous avons retenu le thème de l'analyse économique du droit des contrats.

Il est incontestable que le sujet n'est pas nouveau. Un colloque avait d'ailleurs déjà été organisé en France sur l'analyse économique du droit dans les pays de droit civil à Nancy au mois de juin de l'année 2000 à l'initiative de Bruno Deffains, à l'occasion duquel M. le Premier président Guy Canivet, qui nous fait aujourd'hui l'honneur de son intervention, a souligné dans la préface des actes du colloque publiés (1) qu'il en ressortait l'existence en France d'un grave déficit dans l'approche économique du droit souvent ignorée des facultés de droit, ce qui a encore été souligné récemment à la Cour de cassation à l'occasion du cycle mis en place avec la Chaire régulation de l'Institut d'études politiques de Paris (Sciences Po) (2).

Le législateur, le juge et tout praticien du droit, surtout lorsqu'il intervient dans le domaine du droit économique, mais les convaincus savent que cette limitation est très réductrice de la portée que peut avoir l'analyse économique nécessairement pré-

(*) V. B. Bury, *infra*, p. 4.

(1) B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, éd. Cujas, 2002, Préface de Guy Canivet, Les forces de résistances à l'analyse économique du droit dans le droit civil de Horatia Muir Watt.

(2) Cycle de conférences « Droit, économie, justice » : <http://www.courdecassation.fr/manifestations>

sente en tout domaine, ne peuvent déceimment ignorer l'analyse économique.

Il s'agit donc d'un regard incontournable dont l'étude est ici limitée au droit des contrats, qui est aussi une manière pour le DESS d'apporter avec l'ACE une contribution à la célébration du Bicentenaire du Code civil, l'analyse économique constituant incontestablement un des facteurs de progrès de la création, l'interprétation et l'application des règles qui régissent le droit des contrats.

Je souligne à cet égard qu'il est apparu intéressant à l'UMR de droit comparé de Paris avec la Cour de cassation de porter encore d'« autres regards » sur le Code civil, artistique, idéologique, épistémologique et politique afin « *d'en éclairer aussi bien le rôle joué par la codification dans la construction de l'identité nationale, que l'impact de la culture des rédacteurs et des juges sur la création et l'interprétation des textes dans cette réflexion sur les rapports qu'entretiennent la codification et la culture nationale* ».

Un colloque est ainsi organisé le 28 mai (3) intitulé : « *Autres regards sur le Code civil* » à la Grand'Chambre de la Cour de cassation, M^{me} le professeur Horatia Muir Watt intervenant d'ailleurs comme modérateur dans la première partie sur « Le Code, expression artistique » destinée à illustrer l'apport des outils d'analyse artistique à la conception et à l'interprétation des textes juridiques. M^{me} Muir Watt en fera la conclusion avec M. Pfersmann, modérateur de la deuxième partie : « *Le Code, symbole culturel* » à laquelle contribue également M^{me} Sefton-Green sur « les codes manqués » aujourd'hui avec nous.

Pour revenir à l'analyse économique, le législateur, le juge, le praticien du droit se contentent souvent d'une apparence de prise en compte du facteur économique par ignorance ou incompréhension de cette science, ce qui, sans doute, explique l'hostilité souvent dénoncée par ceux qui favorisent au-delà du regard, l'intégration de l'analyse économique dans le raisonnement juridique.

L'histoire de l'analyse économique du droit est celle des fondements de l'interdisciplinarité et de la transdisciplinarité

L'ignorance dénoncée, d'ailleurs relativement réciproque, n'est pas spécifique aux juristes et aux économistes.

C'est qu'en réalité la science disciplinaire invente des concepts qui lui sont propres et que chacun dans son langage, ainsi codé, discourt parallèlement à l'autre.

C'est ce que M. Guy Canivet a d'ailleurs souligné

(3) Colloque du 28 mai 2004 « *Autres regards sur le Code civil* » organisé par la Cour de cassation et l'UMR de droit comparé de Paris, www.courdecassation.fr ou www.gdc.cnrs.fr/umr/institution.html

dans la préface à laquelle je faisais référence à l'instant (4).

La construction se fait donc en négatif, en opposition alors que la recherche devrait être tendue vers la construction d'un objet commun. Nous serons chacun très inspiré de nous reporter aux travaux d'Edgard Morin et à ses réflexions sur l'interdisciplinarité (5) comme on pourra aussi parcourir avec intérêt les réflexions de M. Nicolescu sur la transdisciplinarité (6).

Tout ceci n'est donc pas spécifique au juriste et à l'économiste, il est propre en réalité à toutes disciplines qui se côtoient : l'anthropologie et la sociologie, etc et qui comme le juriste et l'économiste sont passés « *au cours des trois derniers siècles par des phases successives d'imbrication, puis d'antagonisme ou d'ignorance mutuelle et enfin d'intérêt réciproque* », comme l'exprimait Bruno Opettit dans l'article que nous remercions Guy Canivet d'avoir sélectionné à l'occasion de la première conférence du cycle *Droit, économie, justice* organisée par la Cour de cassation avec Sciences Po (7).

(4) B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, éd. Cujas, 2002, Préface de Guy Canivet, Les forces de résistances à l'analyse économique du droit dans le droit civil de Horatia Muir Watt.

(5) E. Morin : <http://perso.club-internet.fr/nico1/ciret/bulletin/b2c2.htm> : « La discipline est une catégorie organisationnelle au sein de la connaissance scientifique ; elle y institue la division et la spécialisation du travail et elle répond à la diversité des domaines que recouvrent les sciences. Bien qu'englobée dans un ensemble scientifique plus vaste, une discipline tend naturellement à l'autonomie, par la délimitation de ses frontières, le langage qu'elle se constitue, les techniques qu'elle est amenée à élaborer ou à utiliser, et éventuellement par les théories qui lui sont propres.

L'organisation disciplinaire s'est instituée au XIX^e siècle, notamment avec la formation des universités modernes, puis s'est développée au XX^e siècle avec l'essor de la recherche scientifique ; c'est-à-dire que les disciplines ont une histoire : naissance, institutionnalisation, évolution, déperissement, etc. ; cette histoire s'inscrit dans celle de l'université, qui, elle-même, s'inscrit dans l'histoire de la société ; de ce fait les disciplines relèvent de la sociologie des sciences et de la sociologie de la connaissance et d'une réflexion interne sur elle-même, mais aussi d'une connaissance externe ».

Vertu de la spécialisation et risque d'hyper-spécialisation.

« Cependant l'institution disciplinaire entraîne à la fois un risque d'hyper-spécialisation du chercheur et un risque de « chosification » de l'objet étudié dont on risque d'oublier qu'il est extrait ou construit. L'objet de la discipline sera alors perçu comme une chose en soi ; les liaisons et solidarités de cet objet avec d'autres objets, traités par d'autres disciplines, seront négligées ainsi que les liaisons et solidarités avec l'univers dont l'objet fait partie. La frontière disciplinaire, son langage et ses concepts propres vont isoler la discipline par rapport aux autres et par rapport aux problèmes qui chevauchent les disciplines. L'esprit hyper-disciplinaire va devenir un esprit de propriétaire qui interdit toute incursion étrangère dans sa parcelle de savoir ».

(6) B. Nicolescu, 1999 : « Le décideur devrait pouvoir dialoguer avec toutes les disciplines à la fois pour pouvoir prendre en compte toutes les données du problème qu'il a à résoudre. Mais il ne s'agit pas d'accumuler les connaissances de toutes les disciplines ou d'avoir accès à elles, car la somme des compétences n'est pas la compétence ; il s'agit de pouvoir prendre en compte les significations de ces connaissances et de faire les liens entre les différentes disciplines ». Nicolescu conçoit la pluridisciplinarité comme l'étude d'un objet d'une discipline par plusieurs disciplines à la fois, la finalité restant dans le cadre de la recherche disciplinaire. L'interdisciplinarité concerne le transfert des méthodes d'une discipline à une autre, mais sa finalité reste dans le cadre des visions disciplinaires. La transdisciplinarité concerne ce qui est entre et au-delà des disciplines, sa finalité est la compréhension du monde et de sa complexité.

(7) Cycle de conférences « *Droit, économie, justice* » : <http://www.courdecassation.fr/manifestations>

Il n'y a pas de solution univoque, même la double formation relève encore du parallélisme.

Il n'y a que quelques pistes de réflexion, par exemple la création et le développement de séminaires paritaires dans lesquels les apprenants travaillent ensemble et pour la conception desquels il pourrait paraître judicieux de faire intervenir la science de l'éducation, autre discipline, qui aidera à la construction de l'objet commun.

Un réflexe « d'analyse économique », émergence de l'enseignement

Il est important cependant de souligner le développement, à tout le moins, d'un réflexe d'« analyse économique » et de constater l'émergence de l'enseignement de cette « discipline » dans les facultés de droit. Je relève notamment l'existence du DESS Droit et globalisation économique organisé conjointement par la Sorbonne et Sciences Po et dirigé par Marie-Anne Frison-Roche et Horatia Muir Watt. Dans ce cadre, un cours sur la « prise en considération de l'économie par le droit » a été créé par M. Guy Canivet et M^{me} Frison-Roche (8).

L'approche adoptée y est très séduisante puisque son objectif est de « mesurer le mouvement général qui tire nos sociétés vers toujours plus de références économiques et toujours plus d'exigences juridiques », et souligne ainsi la nécessaire interdisciplinarité de la démarche.

Par ailleurs, la Cour de cassation avec Sciences Po ont mis en place un cycle de conférences Droit, économie et justice actuellement en cours dans lequel est instauré un dialogue économiste/juriste sous la forme d'un débat conférencier/discutant (9).

L'intégration de l'analyse économique, « pulvérisation » des catégories juridiques ?

À cette occasion d'ailleurs, ceux qui ont assisté à ces réunions se souviennent de l'intervention de M. le professeur Christophe Jamin relevant qu'une réelle intégration de l'analyse économique conduirait peut-être à la pulvérisation des catégories juridiques générant le chaos empirique.

Cependant, n'est-ce pas précisément cette « pulvérisation » qui serait de nature à permettre la création de l'objet commun par une approche interdisciplinaire seule à même de permettre l'appréhension de la complexité du droit accrue en Europe du fait de la dimension de surcroît pluriculturelle ?

L'analyse économique du droit, instrument de comparaison et d'appréciation

Louis Vogel dans les avant-propos de l'ouvrage

(8) <http://www.univ-paris1.fr>

(9) Cycle de conférences « Droit, économie, justice » : <http://www.courdecassation.fr/manifestations>

publié en 2002 (10) de Anthony Ogus et Michael Faure sur « *L'Économie du droit : le cas français* », souligne précisément et à juste titre, expliquant ainsi la légitimité de cette publication dans une collection de droit comparé, que l'analyse économique du droit constitue tout d'abord un excellent instrument de comparaison et d'appréciation des différents systèmes juridiques.

Il sera question aujourd'hui de l'utilisation de cet outil et de sa pertinence.

M^{me} le professeur Horatia Muir Watt a accepté de nous fournir quelques clés de compréhension de cet outil d'évaluation qui permet l'appréciation de différents systèmes juridiques selon un même facteur d'efficacité économique et qui est d'ailleurs de plus en plus fréquemment utilisé – nous avons tous présent à l'esprit le récent rapport de la Banque mondiale « *Doing business 2004* » – ce qui nécessite de maîtriser l'outil d'évaluation pour être à même de critiquer.

L'analyse économique du droit, objet de la comparaison

M. le professeur Vogel soulignait très habilement aussi que l'analyse économique du droit devient en réalité elle-même objet de la comparaison. Il convient de rappeler que pour Ugo Mattei (11), que je remercie d'avoir accepté de venir à Paris pour nous faire part de ses réflexions sur le « *rise and fall of cultural prestige* » la convergence d'un système juridique que la plupart des comparatistes diagnostiquent aujourd'hui, s'expliquerait tout simplement par la quête générale de plus d'efficacité.

De même, le changement juridique trouverait une de ses causes dans la concurrence entre les sources du droit. Loin de n'être que le résultat de la volonté d'un législateur ou d'un juge, le droit naîtrait de la rivalité concurrentielle entre différents « formants juridiques » : culture, économie, politique et morale (qui d'ailleurs imprègnent chacun des autres formants).

La construction de la journée

1 – Nous avons donc choisi après avoir examiné l'émergence, l'exigence, l'existence, la prise en compte de l'analyse économique dans le droit des contrats en Europe (en France, en Angleterre, en Allemagne) d'analyser ensuite, au courant de l'après midi, la légitimité de l'analyse économique.

Pour la première partie consistant à examiner l'existence de l'analyse économique dans le droit des contrats en France, pour ce qui concerne l'analyse économique du contrat par le juge civil français, Yves-Marie Laithier, a accepté d'en faire pour nous une étude, étant précisé que sa thèse consa-

(10) A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, LGDJ Diffuseur, Éd. Panthéon-Assas 2002.

(11) U. Mattei, *Comparative Law and Economics*, Michigan, 1997.

créée à l'étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat a été publiée (12). Il n'est d'ailleurs pas contestable que cette étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat accueille l'analyse économique dans l'examen de ces règles de droit et démontre l'intérêt pratique que peut présenter l'analyse économique dans l'examen des règles gouvernant les sanctions de l'inexécution du contrat puisqu'il a précisément choisi de mener une analyse comparative au moyen des outils de l'analyse économique.

M. le professeur Daniel Gutmann, Directeur du DESS, qui a conçu avec nous, le programme de la journée, a pour sa part pris la charge de l'examen de l'analyse économique du contrat par le juge fiscal.

Nous remercions également M^{me} Sefton-Green qui présentera l'existence de l'analyse économique en droit anglais du contrat, et Antje Luke, du Cabinet Haarmann Hemmelrath Paris, d'avoir accepté, comme à l'occasion du colloque de l'année dernière, de consacrer une partie de son temps pour préparer un exposé sur l'existence de l'analyse économique dans le droit des contrats en Allemagne.

Cette matinée sera présidée par Yves Charvin, directeur juridique du Groupe SNPE, membre du Cercle Montesquieu qui a bien voulu accepter d'occuper cette fonction, ce dont je le remercie vivement.

2 - « L'importance de l'analyse de l'approche économique n'est plus à démontrer, le droit doit nécessairement être éclairé par l'économie, dans sa nature et dans son évolution, dans une dimension internationale toujours présente, suivant en cela le mouvement économique lui-même ; l'Europe s'est construite sur une idée économique qui est le Marché intérieur grâce à des exigences juridiques mises en œuvre par les Institutions.

L'Europe est l'exemple de cette intégration de l'évolution économique par le droit à travers l'accueil de l'économie dans le droit. C'est en cela qu'elle fait souvent figure de modèle dans le souhait de régulation de la mondialisation ».

Ce sont là les termes employés dans la description du cours de M. Canivet et M^{me} Frison-Roche dans le cadre du DESS de droit et globalisation économique (13).

Après la « pulvérisation » des catégories qui pour certaines sont présentées comme des sources incontournables de blocage dans le processus d'harmonisation des législations en Europe, l'analyse économique pourrait, elle-même mise en comparaison avec d'autres formants juridiques, consti-

tuer l'un de ceux-ci dans la formation d'une règle unifiée qui ait réussi à dépasser les concepts disciplinaires et culturels relativisés et intégrés.

Nous sommes ainsi en quête des « *keys for a global approach* » du phénomène juridique dont Bruno Oppetit a d'ailleurs précisé que seule la philosophie du droit « permet de saisir le phénomène juridique dans sa complexité, appelle les esprits à la convergence et, à ce titre, constitue un facteur d'universalité et de progrès du droit... par-delà les divergences... » (14).

Tout ceci explique que nous ayons choisi de consacrer l'après-midi à l'étude de la légitimité de l'analyse économique en deux points dont la paternité des intitulés doit être attribuée à Daniel Gutmann : la légitimité en question et la légitimité en action.

Pour présider cette après-midi, consacrée à la légitimité de l'analyse économique, nous avons légitimement pensé à M^{me} Perrette Rey, président du Tribunal de commerce de Paris et de la Conférence générale des Tribunaux de commerce. Madame le Président nous a fait l'honneur d'accéder à cette demande. Nous pouvons espérer (craindre ?) d'elle qu'elle provoque les juristes – économistes à l'aune du magistrat – chef d'entreprise.

La légitimité en question sera analysée par M. le professeur Mattei et M. le professeur Lyon-Caen (15) qui mettront l'analyse économique en comparaison, en compétition avec d'autres systèmes de valeur et en relativiseront l'importance.

La légitimité en action sera examinée au travers d'un exemple d'harmonisation économique le partenariat public/privé vu par Marc Frilet.

Enfin, après avoir déterminé la légitimité de l'analyse économique « formant » des règles de droit, nous avons, comme nous le faisons systématiquement, sollicité la Commission européenne.

C'est ainsi que M. Haagsman, responsable du droit des contrats à la Direction générale du Marché intérieur de la Commission européenne, a accepté de venir aujourd'hui pour exposer le rôle de l'analyse économique du droit précisément dans l'harmonisation européenne.

Monsieur le Premier président, compte tenu de l'importance des travaux que vous avez initiés en ce domaine, de la fonction qui est la vôtre et du rôle que vous reconnaissez à cette recherche, source de progrès du droit, nul mieux que vous ne saurait inciter les étudiants qui sont présents à parfaire leur formation.

(12) Y.-M. Laithier, Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ 2004.

(13) <http://www.univ-paris1.fr>

(14) B. Oppetit, La philosophie du droit, Éditions Dalloz 1999, Introduction p. 1.

(15) Intervention non reproduite dans ce numéro spécial.