

REMARQUES INTRODUCTIVES

Par

Ejan Mackaay

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal¹

Permettez-moi, en commençant, de remercier vivement les organisateurs de la Table ronde, et en particulier le professeur Jean-Yves Chérot, d'avoir réuni un ensemble d'intervenants de si haut niveau pour commenter le livre que j'ai écrit avec Stéphane Rousseau et de me donner ainsi le plaisir de me retrouver de nouveau à la Faculté de droit d'Aix, où j'ai participé à tant de rencontres stimulantes.

La formule choisie me paraît porteuse. Si le livre doit soulever un débat, il vaut mieux que cela se fasse à partir de réflexions critiques d'universitaires français qui le relatent à leur vécu qu'à partir d'une présentation forcément partisane par les auteurs. Dans les remarques introductives qui suivent, mon intention n'est pas de vanter les mérites du livre, mais seulement d'expliquer le contexte (I) et les contraintes (II) auxquels nous croyions faire face en le rédigeant.

I. Le contexte

En France, la rencontre entre le droit et l'économie n'est certainement pas nouvelle. Les grands philosophes et écrivains français des siècles passés ont eu l'intuition d'analyses qui sont retenues maintenant comme des gabarits de l'analyse économique du droit. Rousseau n'a-t-il pas déjà, dans son *Discours sur l'origine des inégalités*², exposé le dilemme de la chasse au cerf, décrivant ce qui pour nous est le problème de l'action collective³ ? Et Bastiat n'a-t-il pas insisté sur la logique de ce qu'on voit et de ce qu'on ne voit pas⁴ ? Les penseurs français ont autant contribué, il me semble, à l'avancement des idées en ces matières que, par exemple, ceux des lumières écossaises (Smith, Hume) ou l'École historique allemande et Marx.

Mais ces éclairs de génie ne sont pas d'emblée accessibles pour les esprits ordinaires. Pour cela, il a fallu attendre que la science économie ait développé, au milieu du XXe siècle, de nouveaux outils, comme la pensée "marginaliste", la synthèse néo-classique et la théorie des jeux. À la fin des années 1950, alors que le droit et l'économie avaient pris une nette autonomie l'une par rapport à l'autre, une nouvelle tentative de rapprochement a été entreprise, aux États-Unis cette fois⁵. Elle était au départ une initiative d'économistes cherchant à exporter leurs conceptions au-delà de leur champ traditionnel. Au début des années 1970, l'initiative a gagné les facultés de droit, après la

¹ ejan.mackaay@umontreal.ca ; http://www.cdaci.umontreal.ca/membres/e_mackaay_fr.html

² Rousseau, Jean Jacques, *Discours sur les sciences et les arts – Discours sur l'origine des inégalités*, Paris, Flammarion (1755), 1971, p. 207.

³ L'intérêt de ce récit comme jeu au sens de la théorie des jeux a été souligné dans Skyrms, Brian, *The Stag Hunt and the Evolution of Social Structure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

⁴ Bastiat, Frédéric (dir.), *Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas*, Paris, Éditions Romillat, 1993.

⁵ L'historique de ce rapprochement est présenté en plus de détail dans Mackaay, Ejan, "History of Law and Economics", dans : *Encyclopedia of Law and Economics, Vol. I*, Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (dir.), Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2000, pp. 65-117 (<http://users.ugent.be/~gdegeest/0200book.pdf>).

première publication d'une synthèse par le juriste Richard Posner⁶. Au cours de cette décennie, elle a provoqué une véritable explosion de nouvelles idées dans la plupart des domaines du droit privé aux États-Unis. Pour l'ancien doyen de la Faculté de droit de l'Université Yale Anthony Kronman, l'analyse économique du droit est devenue le courant intellectuel le plus puissant qui ait touché le monde juridique américain au XXe siècle⁷.

Dans la seconde moitié de la décennie des années 1970, l'approche s'est propagée en dehors des États-Unis, d'abord vers des pays d'expression anglaise, comme la Grande-Bretagne, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, puis vers les pays européens. Partout, elle a fait des vagues, mais nulle part n'a-t-elle eu autant d'influence qu'aux États-Unis. En matière d'acceptation de l'analyse économique du droit, l'exception n'est pas "anglo-saxonne", mais bien spécifiquement américaine.

En France, la première tentative de présentation de la nouvelle approche a été entreprise en 1977 par des économistes, qui ont pris le nom des *nouveaux économistes*, dans un collectif intitulé *l'Économie retrouvée*⁸. Le greffe n'a pas pris, car assez rapidement la présentation a été dénoncée comme une manipulation politique⁹. Pour autant que je puisse en juger à distance, les juristes l'ont ignoré, en raison peut-être du caractère polémique de l'échange. D'autres livres publiés par les auteurs de *l'Économie retrouvée*¹⁰, dont le livre sur la propriété d'Henri Lepage¹¹ qui à première vue aurait dû intéresser les juristes, sont demeurés largement ignorés d'eux.

Ce qui a connu un certain écho chez les juristes sont les actes de deux colloques précurseurs organisés ici même à Aix, en 1986, par des juristes, sur l'économie du droit¹² et un survol que j'ai publié la même année¹³, de même que deux articles publiés par un juriste britannique qui s'intéresse au droit civil dans des revues françaises prestigieuses¹⁴. Un exercice de droit comparé franco-britannique dans le domaine du contrat publié en 1987 fait voir que les juristes britanniques, se servant de l'analyse économique du droit comme outil, arrivent souvent à des conclusions semblables que les juristes français se

⁶ Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1972, (1e éd.).

⁷ Kronman, Anthony T., *The Lost Lawyer – Failing Ideas of the Legal Profession*, Cambridge, MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 1993, p. 166.

⁸ Rosa, Jean-Jacques et Florin Aftalion (dir.), *L'économie retrouvée – Vieilles critiques et nouvelles méthodes*, Paris, Economica, 1977.

⁹ Andreff, Wladimir, Annie L. Cot et al. (dir.), *L'économie fiction – Contre les nouveaux économistes*, Paris, François Maspero, 1982.

¹⁰ Aftalion, Florin, *Socialisme et économie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1978 ; et deux comptes rendus très perspicaces de la révolution conceptuelle en cours aux États-Unis : Lepage, Henri, *Demain le capitalisme*, Paris, Librairie générale française, 1978 ; Lepage, Henri, *Demain le libéralisme*, Paris, Librairie générale française, 1980.

¹¹ Lepage, Henri, *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, 1985.

¹² Atias, Christian (dir), "L'analyse économique du droit" (numéro spécial), (1987) 2, *Revue de la recherche prospective*, pp. 409-785.

¹³ Mackaay, Ejan, "La règle juridique observée par le prisme de l'économiste - une histoire stylisée du mouvement d'analyse économique du droit", (1986) 1 *Revue internationale de droit économique*, pp. 43-88.

¹⁴ Rudden, Bernard, "Le juste et l'inefficace : pour un non-devoir de renseignements", (1985) 84, *Revue trimestrielle de droit civil*, pp. 91-103; Rudden, Bernard et Philippe Juilhard, "Théorie de la violation efficace", (1986) 38, *Revue internationale de droit comparé*, pp. 1015-1041.

basant sur leurs intuitions morales¹⁵. Ces éléments épars n'ont pas suffi cependant à provoquer chez les juristes français en général la curiosité nécessaire pour aller prendre connaissance de l'analyse économique du droit. Peut-être la position plutôt positiviste qui dominait largement la doctrine juridique française y est pour quelque chose.

Fallait-il un exposé plus systématique de l'ensemble du domaine ? Un premier texte paru en 1991 et présentant sommairement l'analyse économique pour l'ensemble du droit privé ne semble pas avoir eu d'écho parmi les juristes¹⁶. Peut-être est-ce dû au fait que l'auteur est économiste et, de surcroît, membre du groupe des nouveaux économistes. Les renvois aux institutions juridiques dans le livre concernent surtout le droit américain, transposé en langue française. D'autres écrits d'économistes ne semblent pas avoir davantage touché les juristes¹⁷. Récemment, la très fine biographie du fondateur de l'approche, le juge Richard Posner, par deux jeunes économistes français, ne semble pas avoir suscité de l'intérêt chez les juristes¹⁸.

Ce qui a eu davantage d'effet, si on peut se fier aux citations dans la littérature juridique, sont deux publications par des juristes : un court article publié par Oppetit en 1992¹⁹ et la thèse de Fabre-Magnan, publiée la même année²⁰. Cette dernière publication est remarquable en ce qu'elle ose, dans une thèse de droit, faire appel au droit comparé et à l'analyse économique du droit pour analyser des questions de politique juridique touchant l'obligation de renseignement en droit privé, dans un climat que l'on dit encore largement hostile à ces deux approches. Mais l'effet d'ouverture sur la doctrine juridique demeure restreint car, dans des textes comme ceux de Farjat, champion du "droit économique", aucune place n'est réservée à l'analyse économique du droit²¹, pas plus, d'ailleurs, que dans la plupart des introductions au droit, qui, le plus souvent, y consacrent au mieux quelques lignes sous la rubrique des sciences auxiliaires²².

Dans l'ensemble, la réception de l'analyse économique du droit en France a été lente par comparaison aux pays voisins. À côté de l'exception américaine, il convient de reconnaître une exception française.

¹⁵ Tallon, Denis et Donald Harris, *Le contrat aujourd'hui: Comparaisons franco-anglaises*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987.

¹⁶ Lemennicier, Bertrand, *Économie du droit*, Paris, Éditions Cujas, 1991.

¹⁷ Par exemple, Brousseau, Éric, *L'économie des contrats – Technologies de l'information et coordination interentreprises*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993 ; Orléan, André (dir.), *Analyse économique des conventions*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994;

¹⁸ Harnay, Sophie et Alain Marciano, *Posner – L'analyse économique du droit*, Paris, Éditions Michalon, 2003.

¹⁹ Oppetit, Bruno, "Droit et économie", (1992) 37, *Archives de philosophie du droit*, pp. 17-26.

²⁰ Fabre-Magnan, Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992.

²¹ Farjat, Gérard, *Droit économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1982, (2e éd.) ; *id.*, *Droit privé de l'économie T. II : Théorie des obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 1996 ; et très récemment : *id.*, *Pour un droit économique*, Paris, Presses universitaires de France, 2004.

²² Par exemple, Malaurie, Philippe, *Introduction à l'étude du droit – Cours de droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 1991, n'en traite pas. Carbonnier, Jean, *Droit civil – Introduction*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, (25e éd.) y consacre un paragraphe (par. 27, p. 65) affirmant que le courant viserait à mesurer le "coût économique de l'application (ou non application) d'une règle de droit" ; Terré, François, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 1996, (3e éd.), par. 397, p. 355, résume sa position en affirmant que ce "courant original, fructueux, mieux encore indispensable, a pénétré dans la pensée juridique française", mais sans plus de détails.

Il est heureux d'observer, depuis quelques années, une multiplication de collectifs, d'articles, de thèses explorant la contribution possible de l'analyse économique du droit à l'univers juridique français²³. Pour faire avancer la connaissance de l'approche parmi les juristes français, il faudrait cependant que soient réunies plusieurs conditions. Chez les aînés, il faut une ouverture à l'exploration d'idées venues d'ailleurs et, de façon concomitante, un encouragement fait aux jeunes, aux doctorants en particulier, de se lancer dans cette exploration. Mme Viney, dans une allocution prononcée lors de la soirée organisée pour la présentation des *Mélanges* réunis en son honneur, le 2 juin 2008, à Paris, a appelé cette ouverture et cette exploration de ses vœux.

En outre, s'agissant de l'analyse économique du droit en particulier, pour que les plus jeunes puissent en entreprendre l'exploration, il faut un outil de travail qui leur permet de s'y initier effectivement. Un court texte publié en 2002 par un juriste britannique et un juriste belge paraît trop sommaire pour remplir cet office²⁴. Les textes d'introduction disponibles en anglais et dans d'autres langues ne font pas davantage l'affaire en raison de l'écart linguistique et de la différence des institutions juridiques qui

²³ Un échantillon des publications seulement : Muir Watt, Horatia, "Law and Economics" : quel apport pour le droit international privé ?, dans: *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXI^e siècle*, Gilles Goubeaux, Yves Guyon et Christophe Jamin (dir.), Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, pp. 685-702 ; Muir Watt, Horatia, "Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil", dans : *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Bruno Deffains (dir.), Paris, Cujas, 2002, pp. 37-45 ; Muir Watt, Horatia, "Analyse économique et perspective solidariste", dans : *La nouvelle crise du contrat*, Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), Paris, Dalloz, 2003, pp. 183-195 ; Josselin, Jean-Michel et Alain Marciano (dir.), *Analyse économique du droit*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2001 ; Deffains, Bruno (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002 ; Lévêque, François et Yann Menière, *Économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Éditions La découverte, 2003 ; Simonnot, Philippe, *L'invention de l'État – Économie du Droit*, Paris, Les belles lettres, 2003 ; Simonnot, Philippe, *Les personnes et les choses – Économie du Droit / 2*, Paris, Les belles lettres, 2004 ; Frison-Roche, Marie-Anne (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004 ; Frison-Roche, Marie-Anne et Alexandra Abello (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005 ; Canivet, Guy, Marie-Anne Frison-Roche et Michael Klein (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005 ; Frison-Roche, Marie-Anne (dir.), *Les risques de la régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2005 ; Frison-Roche, Marie-Anne (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006 ; Frison-Roche, Marie-Anne (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2007 ; Jamin, Christophe (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2008. Parmi les thèses : Jaluzot, Béatrice, *La bonne foi dans les contrats – Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001 ; Büyüksagis, Erdem, *La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits – Analyse économique et comparative*, Zurich, Schulthess, 2005 ; Maitre, Grégory, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005 ; Royer, Guillaume, *L'analyse économique et le droit criminel – Une approche juridique*, Paris, Éditions Manuscrit Université, 2005 ; Frison-Roche, Marie-Anne et Marie-Stéphanie Payet, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2006 ; Jamin, Christophe, "Économie et droit", dans : *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), Paris, Lamy-PUF, 2003, pp. 578-581.

²⁴ Ogus, Anthony I. et Michael Faure, *Économie du droit : le cas français*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2002.

y sont analysées par rapport au droit français²⁵. Voilà esquissée la niche que nous espérons occuper avec notre ouvrage.

II. Les contraintes

Notre livre d'analyse économique du droit devrait, au premier chef, se présenter comme conçu par des juristes civilistes pour des juristes civilistes. Il devrait porter sur des analyses d'institutions qui forment le quotidien des juristes francophones et dans une forme à laquelle ils sont habitués. Nous avons opté pour des institutions du droit civil, principalement choisies dans les Codes civils français et québécois, mais aussi, à l'occasion, dans ceux d'autres pays, et du droit des affaires, car l'analyse économique du droit y a provoqué aux États-Unis, au dire d'un observateur privilégié, une véritable révolution²⁶.

Dans l'ordre de présentation des concepts, nous avons adopté une facture classique pour que les juristes francophones s'y sentent d'emblée à l'aise. Le droit analysé est surtout, pour emprunter le terme employé dans un ouvrage récent²⁷, celui qui est fourni par le souverain : les textes et les décisions de justice et leur mise en ordre par la doctrine, mais nous nous sommes également arrêtés à examiner les initiatives privées qui "préfigurent" les règles du droit formel. Par cette présentation classique, nous espérons focaliser l'attention des lecteurs sur les questions que pose l'analyse économique du droit au sujet des règles et sur la perspective qu'elle propose pour leur compréhension. Ces questions et cette perspective ne sont pas Classiques.

Dans l'analyse économique du droit, les règles sont appréhendées comme influençant les comportements de l'acteur justiciable par la modification de leurs coûts et avantages. Devant cette modification, les acteurs peuvent, rationnellement, décider d'adapter leur comportement en conséquence. L'analyse cherche à prévoir cette adaptation et à déterminer l'effet net des adaptations entreprises par différents acteurs et pose éventuellement la question de savoir s'il correspond à la volonté de l'autorité publique qui a énoncé la règle. Remarquablement, en faisant cet exercice pour l'ensemble des règles du droit civil, on observe que la plupart d'entre elles paraissent formulées comme s'il s'agissait de minimiser les coûts des interactions humaines ou d'optimiser les incitations à l'usage prudent des ressources rares ou à l'innovation, tout cela contribuant à maximiser le bien-être, au sens où les économistes emploient le terme.

Est-il permis de faire alors un pas de plus, et de faire un emploi normatif de cette analyse, pour se demander sur un point donné quelle forme aurait la règle qui

²⁵ À titre d'exemples : Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2007, (7e éd.) ; Cooter, Robert D. et Thomas Ulen, *Law and Economics*, New York, Pearson Addison Wesley, 2007, (5e éd.) ; Friedman, David D., *Law's Order – What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton, Princeton University Press, 2000 ; Schäfer, Hans-Bernd et Claus Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin, Springer-Verlag, 2005, (4e éd.) ; Schäfer, Hans-Bernd et Claus Ott, *Economic Analysis of Civil Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2004.

²⁶ Romano, Roberta, "After the Revolution in Corporate Law", (2005) 55, *Journal of Legal Education*, pp. 342-359 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=824050).

²⁷ Milhaupt, Curtis J. et Katharina Pistor (dir.), *Law & Capitalism : What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, Chicago, University of Chicago Press, 2008, p. 3.

contribuerait le plus au bien-être ? La question est débattue au sein de la communauté des juristes-économistes ; dans les faits, le passage au normatif est régulièrement – et souvent imperceptiblement – effectué dans les ouvrages consacrés à l’analyse économique du droit. Dans le livre, nous avons cherché à nous tenir à des affirmations prudentes sur la question. Dans la plupart des cas, il est déjà fort utile au juriste de disposer d’un outil lui permettant de reconnaître “des règles juridiques dont les conséquences seraient immédiatement catastrophiques”, pour emprunter l’expression de David Friedman²⁸.

Le livre propose l’analyse des institutions essentielles du droit privé dans les droits français et québécois. Il ne vise pas à un traitement exhaustif, mais doit tout de même fournir un échantillon suffisamment diversifié et représentatif pour que le juriste francophone puisse se faire une idée honnête sur le potentiel de cette approche pour son droit. Aux économistes qui, d’aventure, en prendraient connaissance, il permet d’acquérir une familiarité minimale avec le droit de leur pays. Cela leur évitera de faire leurs analyses sur des institutions américaines, qui sont le quotidien de la littérature en langue anglaise dont ils sont familiers. Si cela pouvait faciliter les communications entre juristes et économistes francophones, nous en serions comblés.

Au-delà des institutions du droit civil, le livre fait aussi souvent référence à des institutions d’autres droits, y compris celles de la common law américaine ou anglaise. C’est que l’analyse économique du droit invite le juriste à regarder les institutions de son droit national “de l’extérieur”, pour se demander quelle autre forme elles pourraient prendre ou comment les fonctions qu’elles remplissent pourraient l’être différemment. Elle permet, en un sens, de “penser l’impensable”. En cela, l’analyse économique du droit a partie liée avec le droit comparé. Les deux approches invitent à une ouverture d’esprit dont nous tenons à souligner l’intérêt, particulièrement pour les doctorants, la génération montante des juristes. Elle est de mise dans le nouveau climat qui s’installe en Europe à mesure que progressent les initiatives, notamment dans les domaines du contrat et de la responsabilité, visant à harmoniser les droits nationaux ou, du moins, à en étudier les convergences. Si la nomenclature des institutions varie, ces études doivent forcément passer par leurs fonctions²⁹.

À première vue, l’analyse économique du droit, en proposant de juger les règles par leurs effets – approche dite “conséquentialiste”³⁰ – paraît aux antipodes de l’approche traditionnelle du juriste que l’on dit fondée sur des principes moraux. À l’expérience, l’écart n’est pas si grand. Par exemple, le principe voulant qu’en matière contractuelle, les dommages à payer en cas d’inexécution se limitent à ce qui était prévisible au moment de la conclusion paraît juste pour le débiteur ; économiquement, il se justifie tout autant, mais par la considération qu’elle entraîne, entre les parties, une répartition du fardeau des précautions qui en minimise prospectivement le poids global. Autre exemple : il paraît moralement impératif de sanctionner le dol ; économiquement, cela est prudent car l’absence de sanction ouvrirait la porte à la généralisation des actes opportunistes, ce

²⁸ Friedman 2000, p. 300 (“All we need is some mechanism to eliminate legal rules whose consequences are immediately catastrophic.”).

²⁹ Parmi de nombreux articles pouvant illustrer ce propos, qu’on nous permette de n’en citer qu’un seul : Chirico, Filomena, *The Function of European Contract Law : An Economic Analysis*, rapport, TILEC Discussion Paper No. 2008-025, 2008 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1185062).

³⁰ <http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/> ; <http://fr.wikipedia.org/wiki/Conséquentialisme>

qui, à son tour, provoquerait des comportements d'autoprotection généralisés plus coûteux que la sanction par le système juridique dans les cas d'abus.

Plus que l'aspect normatif inhérent au raisonnement proposé par l'analyse économique du droit, ce qui doit retenir l'attention ici et constitue, à nos yeux, une contribution importante est l'approche fonctionnelle aux institutions : les règles juridiques servent des finalités qui sont accessibles à l'esprit humain. En identifiant ces fonctions et en déterminant comment les institutions particulières les remplissent, on met en évidence l'unité profonde du droit privé. Ici l'analyse économique du droit rejoint la mission traditionnelle de la doctrine juridique.

Au sein de l'analyse économique du droit, on peut distinguer des différences d'approche, que certains seraient tentés d'appeler des écoles³¹. Les tenants de la *behavioral law and economics*³², par exemple, en s'inspirant de travaux menés dans la psychologie cognitive, soutiennent que l'esprit humain fonctionne souvent assez différemment de la façon que postule le modèle de la rationalité intégrale adopté implicitement dans la plupart des analyses économiques. Ils estiment que le droit doit imposer des correctifs dans les circonstances où ces particularités risquent de jouer des tours au décideur, par exemple le consommateur. Le débat sur l'importance de ces phénomènes se concentre sur deux aspects. D'abord, il faut mesurer par des études de terrain leur incidence réelle, vu que le décideur, conscient de son propre handicap, peut prendre des précautions et éventuellement faire appel à des tiers pour modérer les contrecoups qu'il en subirait. Ces études peuvent réserver des surprises et montrer que le problème est moins aigu que la théorie ne le laisse prévoir³³. Si l'on devait constater une distorsion systématique et importante sur des points précis, la deuxième question est de déterminer quelle conséquence cela produit pour la théorie économique. L'évolution du débat laisse voir que, plutôt que de remettre fondamentalement en question le modèle néoclassique dominant, la communauté scientifique cherche comment on peut l'adapter pour incorporer ces considérations. Des débats semblables se déroulent à propos de l'approche institutionnaliste et de l'approche autrichienne en économie. Ces adaptations nous semblent faire partie de l'évolution normale des théories scientifiques. Dans un texte introductif comme le nôtre, il n'y avait pas lieu, à nos yeux, d'en faire trop de cas. Cela pourrait obnubiler le propos plus important de l'apport innovateur de l'analyse économique du droit, toutes tendances confondues, au discours du juriste.

La forme du livre était également soumise à des contraintes. Les lecteurs étant des juristes, nous avons évité l'usage de formules mathématiques et réduit au minimum l'usage de graphiques, les deux étant monnaie courante dans la littérature économique et,

³¹ Par exemple Kirat, Thierry, *Économie du droit*, Paris, La Découverte, 1999, réserve une large place à ces considérations.

³² Voir par exemple Jolls, Christine, Behavioral Law and Economics, dans : *Behavioral Economics and Its Applications*, Peter A. Diamond et Hannu Vartiainen (dir.), Princeton, Princeton University Press, 2007, pp. 115-155 (<http://ssrn.com/abstract=959177>) ; Jolls, Christine et Cass R. Sunstein, "Debiasing through Law", (2006) 35, *Journal of Legal Studies*, pp. 199-241 (http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Debiasing_Through_Law.pdf) ; Sunstein, Cass R. (dir.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

³³ Voir à titre d'exemple Wright, Joshua D., "Behavioral Law and Economics, Paternalism, and Consumer Contracts: An Empirical Perspective", (2007) 2, *NYU Journal of Law & Liberty*, pp. 470-511 (http://ssrn.com/abstract_id=1015899) ; Arlen, Jennifer H. et Eric L. Talley, *Experimental Law and Economics*, à paraître dans : *Experimental Law and Economics*, Jennifer Arlen et Eric Talley (dir.), Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2008 (http://en.scientificcommons.org/jennifer_arlen).

par ricochet, dans une bonne partie de la littérature de l'analyse économique du droit en langue anglaise. Nous avons suivi les pratiques françaises en traduisant toutes les citations reproduites dans le texte, tout en fournissant le texte original dans la note. Pour l'appareil des notes, nous avons suivi la pratique nord-américaine de documenter nos affirmations de manière détaillée et avec des références complètes. Il faut espérer que les lecteurs – et notamment les doctorants – cherchant à remonter aux sources trouveront ainsi leur travail facilité. Pour ceux qui, sans se rendre aussi loin, voudraient néanmoins étendre leurs lectures au-delà du livre, nous fournissons à la fin de chaque chapitre des conseils de lecture.

Conclusion

Ces remarques introductives n'ont cherché qu'à présenter notre livre dans le contexte plus large de l'analyse économique du droit et de l'accueil que le monde juridique français a réservé à celle-ci jusqu'à maintenant. L'analyse économique du droit, dans sa mouture actuelle, est une création américaine et sa réception a été la plus enthousiaste, et de loin, aux États-Unis : l'exception américaine. Cela n'a pas empêché cependant une réception remarquée et un débat public vigoureux dans bon nombre de pays européens. Pour en témoigner, rappelons que le texte d'introduction à l'approche en allemand en est à sa quatrième édition. Et l'intérêt pour l'approche continue d'augmenter.

La réception de l'analyse économique du droit en France a pris du retard par rapport à ces développements : l'exception française. Depuis quelques années, il y a cependant des signes encourageants d'un changement important. Mais le monde juridique français paraît en général encore loin d'accepter l'analyse économique du droit ou même d'en avoir pris connaissance. Le livre vise à faciliter aux juristes français cette prise de connaissance. Il se présente en français, dans une forme relativement classique et porte sur un échantillon assez large et représentatif du droit civil, dans l'espoir que l'attention du lecteur puisse alors être retenue principalement par la contribution propre de l'analyse économique du droit. L'approche nous semble avoir autant à dire aux juristes civilistes qu'à ceux des pays de common law. Elle invite à une ouverture d'esprit que nous croyons essentielle pour la vigueur de la tradition civiliste.