

L'analyse économique du droit : éléments de méthode et illustrations

Mars 2017

Myriam Doriat-Duban

*« Pour l'étude rationnelle du droit,
l'homme de lettres est peut-être l'homme du présent,
mais l'homme du futur
est le statisticien et l'économiste. (...)
tout juriste doit chercher à comprendre la science
économique »*

Oliver W. Holmes Jr., *The Path of Law*, 1897
(juriste américain, juge à la Cour suprême des États-Unis de
1902 à 1932 ; précurseur du réalisme juridique)

Du côté de l'économie : le **droit** a longtemps été vu comme extérieur à l'étude des phénomènes économiques ; c'est un **élément exogène** (environnement) = pas étudié en tant que tel.

Pourtant :

L'intérêt manifesté par les économistes pour les règles, leur origine, leur fonctionnement et leur pertinence, n'est pas nouveau dans l'histoire de la pensée économique.

L'analyse économique du droit s'inscrit, en effet, dans **la vocation de l'économie politique** telle qu'elle était pensée par les pères fondateurs de la discipline (David Hume et Adam Smith notamment) qui cherchaient à comprendre l'origine et la nature de l'ordre social grâce à l'utilisation de l'outil économique (Josselin et Marciano, 2001).

Tournant : années 1960

L'économie se tourne vers les disciplines connexes (sciences politiques, sociologie, le droit, l'histoire) pour trouver de nouveaux objets d'étude.



Impérialisme ?

Enrichissement de la pensée économique par une meilleure prise en compte de l'environnement institutionnel ?

C'est dans ce contexte que naît l'économie du droit, portée initialement par les juristes et les économistes proches de l'école de Chicago mais qui s'est depuis largement ouverte à d'autres méthodes et d'autres courants de pensée.



Invitation à l'ouverture disciplinaire

« Les rapports du droit et de l'économie 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 »

(Bruno Oppéit, 1992)

Introduction

- Courant de pensée né dans les années 60 aux Etats-Unis, lorsque des **économistes** (Ronald Coase, Gary Becker, George Stigler) mais aussi des **juristes** (Richard Posner, Guido Calabresi) ont commencé à appliquer les instruments de l'analyse économique à des domaines comme les choix constitutionnels, les droits de propriété, les accidents ou les activités illégales.
- Plusieurs **Prix Nobel** ont contribué au développement de ce courant :
 - Stigler (1982, sources et effets de la réglementation),
 - Buchanan (1986, bases contractuelles et constitutionnelles du processus de décision publique),
 - Coase (1991, coûts de transaction et droits de propriété),
 - Becker (1992, comportements non marchands dont criminels)

Introduction (2)

- Approche principalement microéconomique, avec intégration progressive des apports de la théorie des jeux (interactions, comportements stratégiques) et de la théorie des incitations et plus récemment de l'économie comportementale/ expérimentale
- Les règles juridiques sont considérées comme des dispositifs dont on cherche à comprendre les **effets (incitatifs)** sur les comportements individuels, en supposant que les agents (juges, justiciables, avocats, experts, etc.) sont rationnels.



Normes juridiques = contraintes = prix implicites

Introduction (3)

- **Définition** : *l'analyse économique du droit est l'application systématique des hypothèses théoriques (rationalité, maximisation de l'utilité, mécanismes incitatifs ...) et des critères de jugement (équilibre, optimalité) des économistes à l'explication et à l'évaluation des règles juridiques.*

Introduction (4)

- Histoire de l'économie du droit et éléments de méthode
 - ✓ Naissance à l'Université de Chicago
 - ✓ Coase et la neutralité du droit
 - ✓ Becker et la rationalité des comportements
 - ✓ L'influence décisive de Posner
 - ✓ L'évolution actuelle de l'analyse économique du droit
 - focus sur l'économie du droit comportementale et les apports de l'économie expérimentale
- Illustrations
 - ✓ la prestation compensatoire
 - ✓ la responsabilité
 - ✓ le numérique

I. Histoire de l'économie du droit et éléments de méthode

1. Naissance du courant L&E

- Influence décisive d'**Aaron Director**, économiste, à la Chicago Law School.
- **Objectif** : convaincre ses collègues juristes de l'intérêt de l'analyse économique, sachant que ses principaux collègues du département d'économie sont Knight, Stigler et Friedman
- Principales recherches (années 40 et 50) : loi anti-trust, droit des entreprises, droit de la faillite, droit du travail, fiscalité, ...



Pour Director : but du droit = efficience économique

- 1958 : étape cruciale avec la création du *Journal of Law and Economics* dont Aaron Director fut le premier éditeur. En 1964, Coase lui succéda (c'est dans cette revue que sera publié en 1960 : « The Problem of social cost »).

1. Naissance du courant L&E (2)

Mais : le *Journal of Law and Economics* est lancé dans le cadre de l'*Antitrust project* dont l'objectif est de comprendre l'impact des modes de régulation sur l'efficacité économique.



A l'origine, cette revue, qui deviendra l'une des principales revues en économie du droit, concerne **l'économie industrielle**, en cohérence avec les thématiques d'A. Director. En effet, comme l'a noté G. Priest (2006) :

celui-ci « n'avait aucun intérêt pour le droit ou pour les problèmes juridiques.

Director étudiait le droit de la concurrence comme des preuves de comportement industriel ».

1. Naissance du courant L&E (3)

- Cette perspective est aussi celle de Coase qui a toujours affirmé avoir voulu comprendre des phénomènes économiques.
- C'est donc uniquement un intérêt pour le fonctionnement du système économique qui conduit Coase à intégrer dans son raisonnement les règles de droit et les institutions.

« l'étude du système juridique permet de comprendre les détails pratiques des entreprises et d'appréhender leur impact sur le droit. J'ai utilisé les décisions juridiques pour illustrer les problèmes économiques »

(Coase, 1996)

- Pourtant son influence dans le développement du courant *Law and Economics* va être centrale, à partir des années 60-70.

1. Naissance du courant L&E (4)

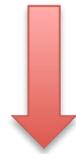
- Au départ, **deux programmes** de recherche distincts :
 - ✓ L'analyse des coûts de transaction : **Coase**
 - ✓ L'application de la théorie de la décision rationnelle aux comportements non économiques : **Becker (1968)**
- **Essor** dans années 70 sous l'influence de deux juristes :
 - ✓ Posner
 - ✓ Calabresi
- **Généralisation** de l'approche coasienne et beckérienne à tous les domaines du droit : responsabilité civile, contrats, conflits, droit du travail, crime.
- Création d'un nouveau journal (1972) : **Journal of Legal Studies**

2. Le théorème de Coase et la neutralité du droit

- Référence biblio : Coase, « The Problem of social cost » (1960).
- **Objectif** : critique de l'interventionnisme prôné par Pigou pour lutter contre les externalités (surestimation des avantages de l'intervention de l'Etat et de la réglementation, sous-estimation de ceux du marché).
- La grande idée de Coase : **réciprocité des intérêts** (démontrée à partir de nombreux cas pratiques tirés de la jurisprudence américaine)
- Soient un éleveur et un cultivateur :
 - Les bêtes de l'éleveur créent un dommage au cultivateur.
 - Mais : si le cultivateur empêche l'activité de l'éleveur, il crée aussi un dommage à ce dernier.

2. Le théorème de Coase et la neutralité du droit (2)

Formulation symétrique du problème : c'est autant l'éleveur qui « cause » l'externalité en détruisant les récoltes que le fermier qui « cause » l'externalité en empêchant l'éleveur de produire (Medema,1994)



Réciprocité



négociation

si droits de propriété soient clairement établis

2. Le théorème de Coase et la neutralité du droit (3)

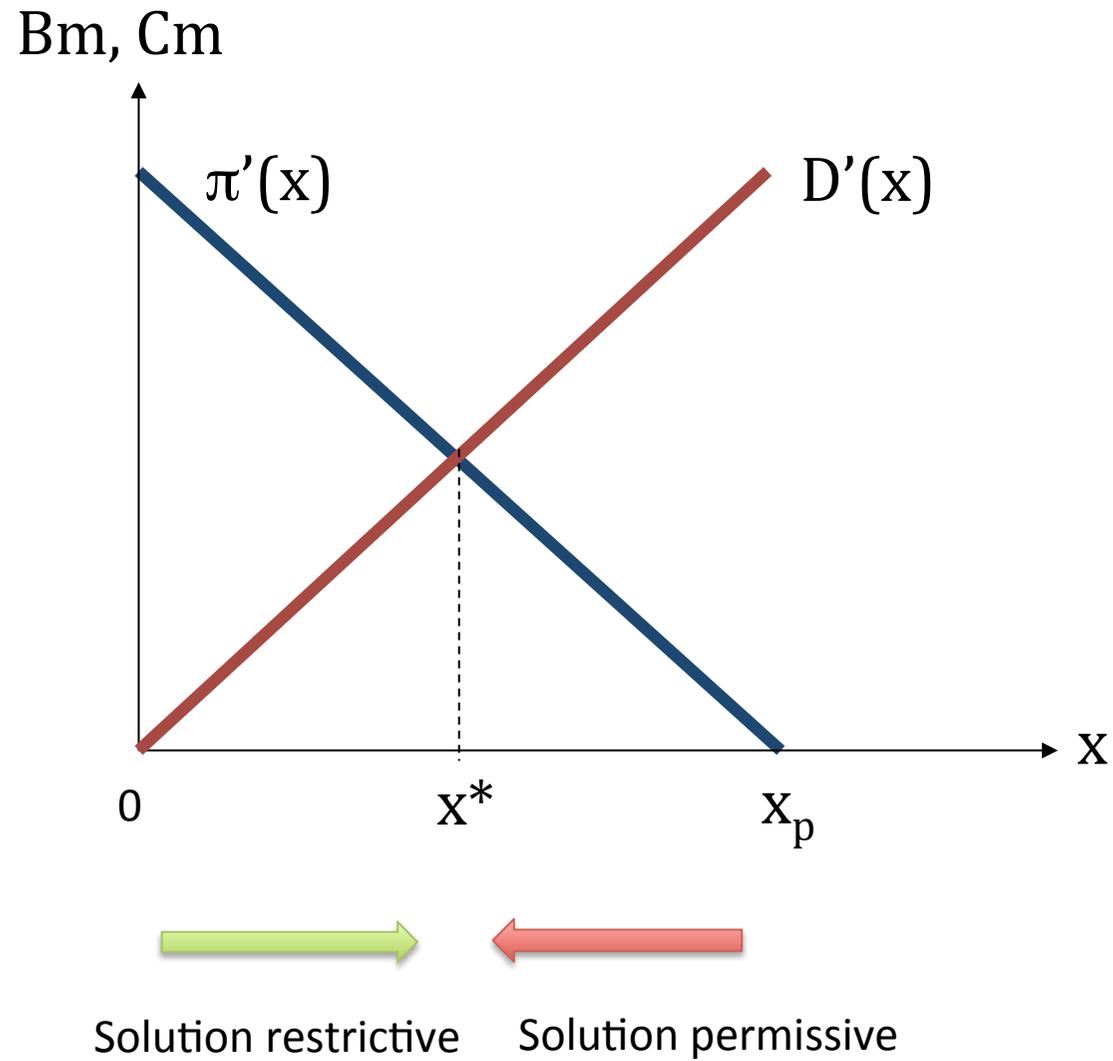
Résultat de Coase : quelle que soit la façon dont les droits de propriété sont alloués, si les coûts de transaction (information, négociation, application des contrats) sont négligeables, les négociations vont conduire à un résultat optimal.

Soit $\pi(x)$ le profit de l'éleveur qui est fonction de la taille x de son troupeau, avec $\pi' > 0$ pour $x < x_p$ (où x_p est la taille optimale du troupeau d'un point de vue privé) et $\pi' < 0$ pour $x > x_p$ et $\pi'' < 0$

- Ce troupeau cause des dommages à l'éleveur voisin pour un montant $D(x)$
- Par conséquent, la taille socialement optimale du troupeau, x^* maximise $\pi(x) - D(x)$
- La condition de premier ordre est :

$$\pi'(x) = D'(x)$$

2. Le théorème de Coase et la neutralité du droit (4)



2. Le théorème de Coase et la neutralité du droit (5)

Neutralité du droit et efficacité de la négociation :

- **solution permissive :**
 - l'éleveur, qui a le droit d'élever ses bêtes, a un troupeau de taille x_p
 - le cultivateur est prêt à payer jusqu'à $D'(x_p)$ (cad le dommage marginal qu'il subit quand la taille du troupeau est x_p) afin d'inciter l'éleveur à réduire la taille de son troupeau à x_p-1
 - l'éleveur accepte tout montant $\geq \pi'(x_p) = 0$
Comme $D'(x_p) > \pi'(x_p)$: transaction possible
 - Réduction de la taille du troupeau jusqu'à $D'(x) = \pi'(x)$



x^*

2. Le théorème de Coase et la neutralité du droit (6)

- **solution restrictive :**
 - au départ l'éleveur a un troupeau de taille nulle
 - il est prêt à payer au cultivateur une somme $\pi'(x) > D'(x)$ pour accroître la taille de son troupeau
 - il pourra accroître la taille de son troupeau jusqu'à ce que le prix qu'il est disposé à payer soit égal au dédommagement que le cultivateur exige
 - Ainsi, le troupeau augmente jusqu'à $\pi'(x) = D'(x)$



x^*

Quelle que soit la répartition des droits, la situation optimale est atteinte sans intervention de l'Etat

2. Le théorème de Coase et la neutralité du droit (7)

- Théorème de Coase (Stigler, 1966)

« Si les coûts de transactions sont négligeables, les agents concernés par un effet externe négocieront spontanément une solution qui rétablit une allocation des ressources Pareto-optimale, et cela, quelle que soit la définition des droits de propriété ».

Deux principes émergent :

- **principe d'efficience** : la négociation permet d'atteindre l'optimum sans intervention de l'Etat
- **principe de neutralité (thèse de l'invariance)** : le régime juridique d'attribution des droits de propriété n'a aucune conséquence économique, le **droit est neutre**.

2. Le théorème de Coase et la neutralité du droit (8)

Principales critiques :

- ignore les **aspects redistributifs** : or, selon la solution choisie, les conséquences redistributives sont bien différentes. Dans la solution permissive, le pollué paye pour ne pas l'être ; dans la solution restrictive, le pollueur paye pour avoir le droit d'exercer son activité.
- la réciprocité nie l'idée fondamentale de **causalité** dans la responsabilité : les juristes voient souvent dans les règles de droit des moyens de résoudre les conflits *ex post*, alors que les économistes estiment que leur fonction est avant tout d'orienter *ex ante* la conduite des individus.
- la **neutralité** du droit réduit très sensiblement son importance/utilité

2. Le théorème de Coase et la neutralité du droit (9)

Mais : coûts de transaction sont rarement nuls

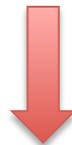


le droit permet de réduire les coûts de transaction

En cas de coûts de transaction prohibitifs (= obstacle à l'échange marchand), le droit doit permettre une bonne affectation des ressources.

Van den Bergh [1988] :

« Dans le monde idéal de Coase, le droit n'influe pas sur l'efficacité. Dans le monde réel, il incombe au droit de combattre ces différentes causes d'inefficacité. [...] le droit peut abaisser les coûts de transaction ».



Le droit compte parce qu'il existe des coûts de transaction

Coase, lors de la réception de son prix Nobel en 1991, disait d'ailleurs qu'en raison des coûts de transactions :

« les droits que les individus possèdent, leurs devoirs et leurs prérogatives seront dans une large mesure ce que le droit détermine. En conséquence, le système juridique aura de profonds effets sur le fonctionnement du système économique et l'on peut même dire que dans une certaine mesure le droit contrôle le système économique ».

Pour Coase : les coûts de transaction n'étant jamais nuls, la **charge du règlement des différends revient entièrement au juge qui doit prendre en considération les conséquences économiques de ses décisions** et, si possible, intègre ces conséquences dans la formation de ses décisions. Si le juge s'acquitte de cette tâche, l'arrangement privé devient sans objet.

Exemples:

1. **responsabilité civile** : les coûts de transaction sont prohibitifs car la victime et l'auteur de dommage ne peuvent pas conclure un contrat ex ante pour résoudre leur litige. Le droit a alors une fonction essentielle : résoudre le problème de différence entre le coût privé et le coût social (internaliser l'externalité)
2. **contrats** : impossible pour les co-contractants de rédiger un contrat complet prévoyant l'ensemble des contingences futures possibles. Les juridictions doivent alors compléter le contrat et déterminer les obligations respectives de chacun.

De Coase à Becker ...

- L'approche de **Coase** est fondamentalement différente de celle de Becker : « Je (Coase) pense que les économistes ont **un objet d'étude** : la marche du système économique, un système dans lequel nous gagnons et dépensons nos revenus »
- La définition de l'économie passe donc par la délimitation, dans l'ensemble des activités humaines, d'un objet d'étude aux contours bien définis.
- Cette vision se différencie de celle de **Becker** selon laquelle l'économie se définit comme une manière d'aborder les problèmes, donc une **méthode**.

3. Becker et la rationalité des comportements face droit

Appliquer la rationalité économique
à des comportements non économiques

=

une **méthode d'analyse**

(≠ une motivation particulière qui correspondrait à un certain type d'actions, liées à la consommation ou à la production)



représentation axiomatisée du comportement,
dénuée de fondements psychologiques notamment

- Etre rationnel = agir selon des principes prédéterminés de cohérence et de logique



la rationalité est un outil d'explication,
pas un outil de compréhension du comportement humain

3. Becker et la rationalité des comportements face droit (2)

Nécessité de spécifier les arguments de la fonction d'utilité + le bloc des opportunités :

- **L'utilité** ne dépend pas que de l'intérêt égoïste de l'agent. On peut y ajouter : l'altruisme ou l'envie par exemple
- Le droit est un élément fondamental du **bloc des opportunités** : ensemble de sanctions correspondant à un prix implicite (une amende, une peine de prison, le paiement de dommages et intérêts sont traduits en termes monétaires, à partir du coût d'opportunité)



comportement de l'agent expliqué comme étant la (meilleure) réponse d'un agent maximisateur à la modification de son bloc d'opportunités (théorie du crime, responsabilité, contrats)

3. Becker et la rationalité des comportements face droit (3)

Au niveau individuel :

Soit U la fonction d'utilité de l'agent

- y : le revenu
- g : le gain de l'acte criminel ou son équivalent monétaire
- p : probabilité de sanction
- s : le montant de la sanction

L'agent comparer l'utilité espérée retirée de l'activité illégale :

$$EU = pU(y + g + s) + (1 - p)U(y + g)$$

avec l'utilité d'une activité légale U_0 .

Etant données ses **préférences à l'égard du risque**, le choix rationnel de l'agent dépendra de trois éléments :

- le rendement escompté de l'activité sanctionnée : g
- le niveau de la sanction : s
- la probabilité d'être sanctionné : p

3. Becker et la rationalité des comportements face droit (4)

L'intérêt du modèle (Becker, 1968) est :

- **D'un point de vue privé** : de comprendre l'effet des modifications de la **probabilité** d'être pris p et de la **sanction** S sur le comportement de l'agent sur sa décision de s'engager dans une activité illégale
- **D'un point de vue social** : permet de faire des **arbitrages** entre le gain social retiré de la sanction (prévention) et le coût d'application de cette sanction (fonctionnement des institutions policières, judiciaires et pénitentiaires). Si objectif = maximisation d'une fonction de bien-être social, il peut être rationnel de ne pas sanctionner un comportement dès lors que le coût marginal de la sanction est supérieur à son bénéfice marginal.

Critiques :

rationalité parfaite

Positionnement épistémologique de Friedman (1953) : considérer les agents **comme s'ils** étaient rationnels.

Hypothèse irréaliste ne doit pas être testée ; ce sont les **prédictions** auxquelles elle permet de parvenir qui doivent l'être.



Au départ, l'économie du droit s'est construite autour de cette position idéologique, au moins jusqu'au développement d'un plus grand pluralisme.

C'est cette conception de l'économie du droit qui va se développer à partir du début des années 70, sous l'impulsion de **Posner**.

4. L'influence décisive de Posner

- Deux approches fondatrices de l'économie du droit :
 - Coase : cherche à expliquer les fonctions du droit, ses causes, sa nature et son influence sur l'économie
 - Becker : cherche à expliquer les comportements individuels vis-à-vis des normes

Posner va intégrer ces deux questions mais en développant une **méthodologie unique** (*Economic Analysis of Law*, 1973), s'inscrivant en cela dans la lignée de Becker.

Il propose une économie du droit positive autour de deux objets d'analyse :

- Montrer comment des normes ou des systèmes juridiques différents modifient le **comportement des agents**
- Utiliser la théorie économique comme un modèle d'explication de **l'émergence des normes**

4. L'influence décisive de Posner (2)

Posner, s'il concilie les deux approches, va cependant clairement afficher « sa filiation ».

- **Critique à l'égard de Coase** : pour Posner, Coase est resté profondément anglais en ce sens qu'il s'inscrit dans une approche économique essentiellement littéraire (dans la lignée d'A. Smith)

« l'économie du droit de Coase n'est pas scientifique parce qu'elle refuse l'apport d'une théorie scientifique »



- Il reproche à Coase de ne pas avoir cherché à développer une théorie formelle des coûts de transaction, que Posner interprète comme un refus de parler le langage des économistes et plus généralement de l'économie.

4. L'influence décisive de Posner (3)

- Adhésion à la pensée/méthodologie beckérienne :

 l'économie peut englober tous les comportements humains, toutes les activités humaines ( impérialisme économique), y compris hors-marché



Becker a permis que le droit se dote d'un appareillage théorique lui permettant d'aborder l'ensemble des questions que lui pose le fonctionnement d'une société

- hypothèse de rationalité parfaite : Posner refuse l'approche « juridique » de l'homme raisonnable et adopte celle de l'*homo oeconomicus* au sens où :



L'individu du modèle beckérien agit simplement en comparant les opportunités qui s'offrent à lui et en tenant compte des moyens dont il dispose (vision pragmatiste de l'être humain)

4. L'influence décisive de Posner (4)

Dans *Economic Analysis of Law*, Posner souligne que :

l'intérêt de l'économiste ne se limite pas à « l'étude de l'inflation, chômage, cycles des affaires et autres phénomènes macroéconomiques mystérieux et éloignés des préoccupations quotidiennes du système juridique (mais que) telle qu'elle est conçue dans cet ouvrage, **l'économie est la science des choix rationnels faits dans un monde – notre monde – dans lequel les ressources utilisées pour satisfaire nos besoins sont limitées** »

(Posner, 1973)



Rien ne justifie une limitation *a priori* de l'utilisation des outils et concepts économiques à l'étude de phénomènes marchands ou des marchés explicites ... l'analyse économique doit se définir **indépendamment de son objet d'étude**... l'économie, comme n'importe quelle autre science, **se définit par les concepts et les outils qu'elle utilise**, et non par les objets ou sujets qu'elle étudie.

4. L'influence décisive de Posner (5)

- Pour Posner, le recours à l'économie se justifie également par **l'absence de caractère scientifique de la discipline juridique**



Le recours à l'économie, ainsi qu'à d'autres disciplines scientifiques, est une nécessité

- **Elaborer une théorie scientifique du droit** s'impose donc comme un **objectif de l'analyse économique du droit**, qui est alors conçue comme une **forme d'aide à la décision juridique**, destinée, par exemple, à orienter les décisions des juges, expliquer les comportements des parties au conflit, ou encore guider les réformes juridiques.



**le droit = domaine d'application de l'économie
qui lui applique ses outils en vue de construire une théorie de la
décision juridique**

4. L'influence décisive de Posner (6)

- Développement d'un **modèle économique de la décision judiciaire** où les juges, à l'instar des autres agents économiques :
 - adoptent un comportement économique rationnel
 - et produisent des décisions sur la base d'un calcul économique conduisant à la production d'une décision judiciaire socialement efficace.



- Posner entend montrer en quoi les décisions des juges, dans le système de *Common Law* (où la jurisprudence est le lieu principal d'élaboration du droit), peuvent être rationalisées sur le fondement de l'économie du droit, quel que soit le domaine.



Thèse de l'efficiency de la Common Law

4. L'influence décisive de Posner (7)

Plus précisément, la thèse de l'efficacité repose sur deux types d'arguments :

- réalisation d'études démontrant que les doctrines de la Common Law sont, en pratique, efficaces (analyse positive ; ex. : règle du Juge Hand)
- mécanisme de transformation des règles inefficaces en règles efficaces : selon Posner, les juges auraient **clairement** comme objectif la promotion de l'efficacité économique = maximisation de la richesse sociale (critère de Kaldor-Hicks)

Pourquoi les juges sont guidés par l'efficacité ?

- historiquement, valeur la moins controversée
- désir d'éviter les controverses
- indépendance face aux groupes de pression
- intérêt personnel (juges élus)

4. L'influence décisive de Posner (8)

Puis, suite aux nombreuses critiques, Posner va plutôt considérer que les juges prennent leur décisions “comme si” leur **objectif implicite** était l'efficacité économique

Deux explications supplémentaires :

- dans les systèmes où les coûts de transaction sont faibles, les règles inefficaces seront annulées par des **accords directs** entre les parties (Coase)
- les parties substitueront des **MARL** à la résolution des litiges par les tribunaux. Les juges désireux de garder le contrôle du système judiciaire, s'efforceront de maintenir l'efficacité de la *Common Law*.

5. L'évolution actuelle de l'analyse économique du droit

- Apport de Posner : avoir développé un modèle économique du juge = agent rationnel qui maximise une fonction objectif, individuelle, comme n'importe quel agent économique



Rupture avec la vision du juge conçu comme un « saint » ou un « titan », ne réagissant pas aux incitations économiques

- Influence de l'école du Public Choice avec qui Posner partage l'objectif de rationalisation des décisions publiques.
- Développement d'une vaste littérature sur la **fonction objectif du juge** (années 80-90) pour intégrer, au-delà de la dimension monétaire, une palette d'objectifs tels que : les promotions hiérarchiques, le pouvoir, l'idéologie, le prestige et la réputation, ...

5. L'évolution actuelle de l'analyse économique du droit (2)

- Modification du statut de la règle de droit (Harnay et Marciano, 2011) :
 - Chez Coase : **contrainte exogène** dont il s'agissait d'étudier les effets sur le fonctionnement des marchés économiques (**économie du droit**)
 - Avec Becker puis Posner : règle de droit devient un **produit endogène** à l'activité des agents et en tant que tel un **objet d'analyse** (la règle, ou son évolution, résulte de la résolution des conflits), de même que le comportement de l'ensemble des agents (juges, parties, avocats, etc.) (**analyse économique du droit**)
- La manière d'aborder les questions juridiques s'enrichit en abordant les questions relatives au fonctionnement de la Justice : mouvement de l'étude du droit substantiel (i.e. le contenu de la règle) vers celle du droit processuel (i.e. les conditions de mises en œuvre de la règle).

5. L'évolution actuelle de l'analyse économique du droit (3)

- L'ouvrage *Economic Analysis of Law* de Posner apparaît comme une œuvre majeure. La voie ouverte par Posner n'a cessé de susciter de nouvelles recherches à l'interface du droit et de l'analyse économique.
- Des critiques vont se développer :
 - du côté des **juristes** qui refusent de ramener le comportement des tribunaux aux conséquences de leurs décisions (Dworkin)
 - et des **économistes** qui parlent de *good economics* mais de *bad law* (Buchanan).

5. L'évolution actuelle de l'analyse économique du droit (4)

Critiques dès les années 70, principalement sur :

- la **logique conséquentialiste** = évaluation économique des règles de droit sur la base du résultat (critère d'efficacité), à l'exclusion d'autres critères, notamment moraux (justice sociale, redistribution).
- L'efficacité fondée sur la **maximisation de la richesse sociale**, sa portée (positive = le droit poursuit effectivement un objectif d'efficacité ou normative = le droit devrait poursuivre un objectif d'efficacité qui, chez Posner, correspond à la maximisation de la richesse sociale), sa mise en œuvre opérationnelle.

Les décisions des juges **ne peuvent se réduire à la poursuite de l'efficacité économique**. D'autres facteurs influencent les juges (idéologie, pression des groupes d'intérêt, philosophie politique, relations avec le législateur ...). Mais, pour Posner, l'efficacité économique constituerait toujours l'influence dominante, elle **opérerait de « façon systématique »**.

5. L'évolution actuelle de l'analyse économique du droit (5)

En 1992, dans la 4^e édition de son ouvrage, Posner présente la *Common Law* comme un système de règles qui **incitent les individus à se comporter de manière efficiente**. Il ajoute que lorsque le coût de l'allocation efficace des ressources est prohibitif, le rôle des juges de Common Law est de **mimer la transaction à coût nul** (« mimic the market »).

Malgré toutes ces controverses (ou à cause d'elles), l'économie du droit va se développer rapidement.

5. L'évolution actuelle de l'analyse économique du droit (6)

Trois raisons principales pour expliquer ce succès :

- **Contexte idéologique et intellectuel favorable** : l'analyse économique du droit participe à « l'impérialisme économique », sous l'influence de Becker et de l'école de Chicago
- **Contexte méthodologique favorable** : consensus autour du paradigme néo-classique qui se nourrit des nombreux apports de la théorie des jeux, des progrès de l'économétrie
- **Contexte pédagogique et médiatique favorable** : l'AED est enseignée dans les Law School, des revues scientifiques sont créées (IRLE en 1981, JLEO en 1985, EJLE en 1994), nomination de ses promoteurs à des fonctions judiciaires importantes (Posner, Calabresi, Scalia).

5. L'évolution actuelle de l'analyse économique du droit (7)

Dans les années 80, assouplissement de la théorie de l'efficacité économique du droit : l'efficacité économique n'est plus l'objectif du droit mais un objectif parmi d'autres (Posner lui-même délaisse l'approche positive pour une vision plus normative)

Aujourd'hui, le courant *Law and Economics* :

- s'inscrit dans la tradition posnérienne ;
- modélisation micro-économique utilisée dans une perspective **normative** d'identification des règles de droit optimales.
- Travaux influencés par les développements récents de la théorie des jeux non-coopératifs (résolution des litiges)
- **détachés de la thèse de l'efficacité économique même si l'efficacité demeure le référentiel à l'aune duquel sont évaluées les décisions, règles et institutions.**
- **importance mise sur trois éléments :**
 - le caractère stratégique de l'action,
 - l'importance de l'information,
 - l'ouverture vers la rationalité limitée

5. L'évolution actuelle de l'analyse économique du droit (8)

- Aujourd'hui, l'AED est caractérisée par un pluralisme méthodologique et théorique :
 - à côté des travaux directement inspirés de Posner, on trouve :
 - une analyse économique du droit néo-institutionnaliste fondée sur l'importance des coûts de transaction,
 - une analyse économique du droit comportementale
 - des analyses directement inspirées de la théorie des jeux qui mettent l'accent sur les asymétries informationnelles et les stratégies des acteurs.
 - émergence d'une véritable analyse « macroéconomique » du droit (LLSV).
- A partir des années 90 et 2000, l'AED suit l'évolution de l'analyse néoclassique standard marquée par **l'ouverture vers d'autres disciplines** et deux courants se développent, à côté de l'approche *mainstream* :

5. L'évolution actuelle de l'analyse économique du droit (9)

- Ouverture vers la **sociologie** :
 - Nouvelle école de Chicago
 - Réintègre l'importance des normes sociales – implicites – et les processus de socialisation et d'internalisation des normes sociales
 - Étudie l'application et le respect des règles et normes non pas sous l'effet du système judiciaire mais par le biais des mécanismes sociaux informels (réputation, ostracisme, stigmatisation)
 - Compatible avec la rationalité au sens où les agents ont intérêt à respecter certaines règles que le droit ne formalise pas

5. L'évolution actuelle de l'analyse économique du droit (10)

Idée: le droit peut être considéré non seulement comme un mécanisme de gestion des externalités (Coase) mais aussi comme **un mode d'expression des valeurs sociales**.

Il influencerait alors les décisions à travers deux canaux (Cooter, 1998)

1. **mécanisme de coordination** : il modifie les anticipations des individus concernant le comportement des autres. Dans un problème de coordination où les individus ne peuvent pas communiquer, le droit indique le point focal sur lequel ils se coordonnent. Ce point focal, concrétisé par la règle de droit, devient une norme sociale (ex. : rouler à droite).
2. **influence les préférences individuelles** à travers les valeurs morales associées au respect de la règle juridique. Par la stigmatisation, un comportement illégal peut être considéré comme inadéquat socialement et modifier les préférences individuelles vis-à-vis de son adoption.

5. L'évolution actuelle de l'analyse économique du droit (11)

L'économie du droit **comportementale** (Inspirée des travaux de Kahneman et Tversky) :

- remise en cause de la rationalité des agents, sous l'influence de la psychologie
- recherche à identifier les situations juridiques affectées d'anomalies et de biais comportementaux (y compris des juges)
- Description plus réaliste du comportement des agents
- Recherche à produire des recommandations juridiques innovantes par rapport à l'analyse économique du droit standard, intégrant l'existence de biais comportementaux dans les comportements réels des agents

D'une économie du droit comportementale...

La rationalité de l'agent est limitée par :

- égoïsme limité par altruisme ou référence à des normes de justice
- capacités de traitement de l'information et informations limitées

Ambition : refonder une théorie de la décision plus réaliste (l'agent substitue aux règles de calcul rationnel des règles de décision plus simples mais susceptibles de causer des erreurs systématiques)

ex. : **heuristique** pour évaluer une distribution de probabilité : l'individu va surestimer la probabilité de réalisation d'un événement s'il est capable de mobiliser un exemple de la situation en question

ex. : **biais cognitifs** sur l'existence d'erreurs systématiques sur les probabilité d'occurrence d'un événement : lorsque l'on donne un même dossier à deux parties opposées, leur analyse de la probabilité de gagner va dépendre du rôle (demandeur ou défendeur) qui leur est assigné. Ainsi, des biais d'optimisme peuvent conduire à un taux d'arrangements trop faibles.

... à une économie du droit expérimentale (Gabuthy et Jacquemet, 2013)

Idée : tester en laboratoire les différents effets mis en évidence par l'économie comportementale

Il s'agit en effet d'observer le comportement d'individus réels dans le cadre d'un jeu dont les règles sont identiques à celles du modèle.



réplication empirique d'une réalité



les comportements observés dans ce cadre peuvent ainsi être confrontés aux prédictions issues de la théorie.

Exemple de la résolution des conflits (Férey, Gabuthy et Jacquemet, 2013) :

Modèles optimistes : optimisme excessif empêche les parties de percevoir l'avantage relatif de l'arrangement par rapport au jugement, avantage principalement lié aux coûts du procès

Priest et Klein (1984) : **hypothèse de sélection** (règle des 50 %) = les affaires jugées seraient celles dont le résultat est indéterminé ex ante et pour lesquelles les parties ont a priori autant de chances de gagner le procès.

Etude expérimentale de Stanley et Coursey (1990)

Avant le début de l'expérience, chaque sujet est affecté d'un statut = joueur A (demandeur) ou joueur B (défendeur). Ils constituent un groupe.

À chaque période, les sujets d'un même groupe négocient sur le partage d'une dotation de 100 jetons

En cas d'accord, chaque sujet obtient la part ainsi négociée.

En cas de désaccord, l'issue du litige dépend du nombre de jetons rouges, déterminé de manière exogène, présents dans une urne constituée de 100 jetons blancs et rouges (traduit les anticipations).

- si le nombre de jetons rouges (i.e. le niveau de responsabilité du défendeur) est supérieur à 50 (i.e. au niveau légal), le joueur A reçoit les 100 jetons et le joueur B ne reçoit rien (i.e. le demandeur gagne le procès).
- A contrario, si le nombre de jetons rouges est inférieur à 50, le joueur B obtient un gain de 100 jetons et le joueur A obtient un gain nul (i.e. le défendeur gagne le procès).

Dans les deux cas d'échec des négociations, les sujets doivent assumer un coût monétaire ; cet élément caractérise le coût du procès.

Les parties ne sont pas informées de la distribution des jetons dans l'urne mais un certain nombre de tirages sont effectués avant négociation de manière à leur permettre de former leurs anticipations ex ante sur l'issue du litige en cas de désaccord ex post.

L'expérience comporte 4 traitements qui font varier le nombre de tirages dans l'urne (i.e. le niveau d'information donnée aux sujets quant à l'issue du procès éventuel) et le coût lié à l'échec des négociations.

Les **résultats expérimentaux** obtenus sont relativement **ambigus** quant à la validité des prédictions théoriques :

1. à coût du procès donné, l'accroissement du niveau d'information donné aux sujets entraîne une augmentation significative du taux d'accords négociés.



tend à valider l'hypothèse selon laquelle les litiges dans lesquels la faute (ou l'innocence) du défendeur apparaît plus clairement sont moins souvent jugés

2. par opposition aux résultats théoriques, les coûts de procès n'ont pas d'impact significatif sur le taux de jugements (i.e. la proportion des litiges allant devant les tribunaux), à niveau d'information donné.

Prolongements : cause de l'optimisme non identifiée

Psychologie : **biais égocentrique** = l'individu opère une confusion entre ce qui est juste et ce qui est bénéfique pour lui.

Parties chercheraient à parvenir à un **accord considéré comme juste** (et non à maximiser leurs gains) mais auraient des conceptions divergentes sur la notion de justice. Les **anticipations individuelles sont amenées à diverger**, chacun des protagonistes estimant que le juge prendra une décision en sa faveur. Par ailleurs, lors de la phase de négociation, chaque partie :

- considérera son point de vue comme impartial,
- jugera un comportement éventuellement agressif d'autrui comme moralement contestable
- et y répondra négativement

Ce biais, dont les conséquences néfastes sur le taux d'accords négociés ont été confirmées par plusieurs expérimentalistes (Babcock et Loewenstein, 1997), remet en cause l'hypothèse théorique de Priest et Klein (1984) selon laquelle les erreurs d'anticipations des parties seraient aléatoires, d'espérance nulle et de même écart type.

II. Illustrations

« à garder à l'esprit »

1. L'AED s'oppose à une vision déterministe et mécaniste de l'application de la règle de droit par un agent.



La seule existence d'une obligation ne garantit pas son application immédiate par l'agent



L'**application** de la règle résulte d'un processus de **calcul rationnel** visant à maximiser l'utilité de l'individu étant données ses préférences et ses contraintes

« à garder à l'esprit » (2)

2. l'économie voit le droit comme une modalité de **coordination** des actions individuelles



les relations économiques entre les agents sont encadrées par des normes qui sont soit imposées par la sphère juridique (règles de responsabilité), soit consenties (comme un contrat)



les règles sont à la fois facteur :

- de **stabilité** (encadrent les comportements, limitent l'opportunisme, stabilisent l'environnement informationnel)
- et de **conflit** (interprétations divergentes)

1. Analyse économique de la prestation compensatoire

Introduction

Historiquement, deux justifications principales à la PC :

- la **dépendance financière** des épouses envers leur époux : prolongement du devoir de secours au-delà du mariage
- la **faute** : sanction pour le non respect des standards religieux ou moraux de la société

“The role of each spouse was clearly defined and corresponded to the standards of the society: the husband invested mostly in his professional career while his wife devoted herself to household and childcare. The consequences for breaching those standards were very clear: the women lost their status and support while the husbands had to share their wealth through property division **and often alimony**” (Brinig and Crafton, 1994)

Introduction (2)

Juristes et économistes, notamment américains, vont commencer à questionner les fondements théoriques de la PC avec :

- passage du divorce pour faute au divorce sans faute
- entrée massive des femmes sur le marché du travail



“A theory of alimony must explain why spouses should be liable for each other’s needs after their marriage has ended” (Ellman, 1989)

“Divorce reform thus left alimony somewhat of a theoretical vacuum” (Singer, 1994)

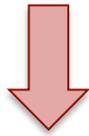
Introduction (3)

Réponses des économistes fondées sur plusieurs courants de pensée qui peuvent être rattachés aux différentes façons de considérer le mariage (Sofer et Sollogoub, 1992) :

- mariage **investissement** (spécialisation de l'épouse dans les tâches ménagères)
- mariage **marchand** (Becker ; recherche du meilleur appariement)
- mariage **association** (contrat implicite pour réalisation d'un projet commun)

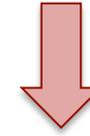
Introduction (4)

mariage **investissement**



PC : incitation à une répartition des tâches efficiente entre les époux

mariage **association**



PC : instrument de lutte contre l'opportunisme

A partir de ces travaux économiques (1), deux prolongements :

- les fonctions de la PC
- la PC : un instrument parmi d'autres de couverture du risque divorce

Partie I. La PC : objet d'étude théorique pour les économistes

1.1. La PC, garante de l'efficacité économique du mariage (Landes, 1978)

Objectif de la prestation compensatoire ?

~~Redistribuer
les richesses lors
de la séparation~~

~~↓
équité~~

Créer les bonnes
incitations
durant le mariage

↓
efficacité
(normatif)

1.1. La PC, garante de l'efficacité économique du mariage (2)

- Objectif de la PC : inciter l'épouse à s'investir dans son foyer afin de maximiser la production (revenus mais aussi les enfants et services conjugaux)
- Une hypothèse forte : seule l'épouse peut choisir entre consacrer son temps aux activités domestiques ou sur le marché du travail



PC (en présence de coûts de transaction) incite à la spécialisation optimale de l'épouse car garantit la perception des fruits de son investissement dans le foyer, à long terme

Maximisation du revenu domestique total



Degré optimal de spécialisation domestique



Montant optimal de la PC
pour **inciter l'épouse à la spécialisation optimale**
en présence d'un risque de divorce
et de coûts de transaction positifs
(obstacle aux transferts volontaires)

Pour Landes (1978), la PC a en réalité deux effets positifs :

- 1) elle incite les épouses à adopter le niveau de spécialisation optimale, cad celui qui maximise le revenu domestique joint
- 2) elle incite au mariage et désincite au divorce (Landes, Becker et Michael, 1977)

“by encouraging efficient resource allocation within marriage, an efficient system of alimony promotes both the initial formation and continued stability of marriages”

(Landes, 1978, p. 49)

“while a wife’s strategy of reducing marriage specific investment may protect her from some financial loss if divorce occurs, it also increases the chance that divorce will occur and reduces the chance of marriage in the first place” (Ellman (1989 p. 48)

- La spécialisation dans le couple pose plusieurs problèmes (Singer, 1994) :
 - **Interne** : spécialisation plutôt entre les femmes qu'entre les membres du couple (Carbone, 1990 ; Brinig, 1993)
 - **Externe** : coûts psychologiques à la spécialisation : pour beaucoup de couples, un mariage efficient est une situation où les deux époux travaillent et passent un temps suffisant avec leurs enfants (Brinig, 1993)

Modèle de **spécialisation** de Landes = modèle de production et d'allocation des biens domestiques, avec des considérations redistributives mais pas un modèle de négociation.

En effet : aucune explication sur la **négociation** entre les époux : la spécialisation est seulement le résultat d'un programme d'optimisation

“The economist’s focus on the household as an efficient, productive unit ignores both the distribution of resources within that unit and the effect of the specialization on that distribution” (Singer, 1994)



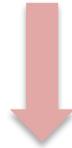
Economics of contracts

1.2. La PC, garante l'exécution d'un contrat implicite

Mariage souvent assimilé à un contrat par les économistes mais aussi certains juristes (Cohen, 1987) / divorce = rupture du contrat

Différent d'un contrat commercial de long terme :

- valeur **instrumentale** comme un contrat de LT : les époux sont considérés comme des inputs permettant la production d'outputs domestiques
- il a une valeur **intrinsèque** (sentimentale, religieuse, etc.) : échange de promesses.



Risque d'opportunisme : investissement spécifique de l'épouse dont l'époux ne supporte les coûts qu'à long terme

PC = solution à l'opportunisme car rend couteuse la rupture du mariage

Critique : Le mariage n'est pas un contrat

Ellman (1989) : la PC ne peut pas se justifier par une rupture de contrats, impliquant des engagements explicites et implicites de la part des époux. Risque que le juge accorde une PC sur sa propre conception de l'engagement.

“To think of alimony in contract terms is essentially to look backwards : We ask what deals were made and what promises were relied upon, and we fashion a remedy that vindicates reliance on those promises. By contrast the proposed approach looks forward; it generates alimony rules that encourage the kind of marital behavior we want” (Ellman, 1989)

1.2. La PC, garante l'exécution d'un contrat implicite

Bolin (1994) réconcilie les deux approches :

- pour Landes, la PC efficiente permet d'atteindre le niveau optimal de spécialisation qui maximise la production du couple (**modèle de production**)
- mais elle ne dit rien sur la façon de partager les gains de cette spécialisation (**modèle de négociations**)
- **Infinité de répartitions possibles des gains de la spécialisation, avec deux extrêmes :**



Partie II. Les deux fonctions de la PC

2.1. La fonction redistributive de la PC

PC : éviter l'inégalité des niveaux de vie post-divorce

Deux façons de considérer la PC :

1. PC comme une forme de **solidarité** privée relevant d'une logique de justice sociale (risque de pauvreté de l'un des ex époux) : prolongement du devoir de secours après le mariage
2. PC comme un moyen de garantir un équilibre au sein de l'ex couple (risque de partage inégalitaire des biens communs)

2.1. La fonction redistributive de la PC (2)

Trois façons de concevoir la PC selon la conception dominante :

- **redistribution minimale** : PC couvre les besoins élémentaires de l'ex épouse ou lui donner les conditions d'un nouveau départ
- **compensation de la perte de niveau de vie** : compenser l'inégale répartition des pertes d'économies d'échelle
- **partage du patrimoine commun** : quel périmètre ?
Etendre aux droits à la retraite ?

2.2. La fonction réparatrice de la PC

Divorce → préjudice ?

Trois façons de concevoir la PC :

Critère de restitution : mariage augmenterait la productivité des hommes et divorce prive l'épouse de la part qui lui revient dans la réussite de son époux



PC doit placer la partie qui a professionnellement **profité** du mariage dans la même situation que si le mariage n'avait pas existé (donc redonner à l'épouse ce qui lui revient dans la réussite professionnelle de son époux)

2.2. La fonction réparatrice de la PC (2)

Critère du coût d'opportunité : coût du renoncement à la meilleure alternative au mariage.



La PC doit placer la partie **lésée** (qui a professionnellement perdu au mariage) dans la même situation que si le mariage n'avait pas existé (l'épouse est compensée du coût du renoncement à sa propre carrière)

2.2. La fonction réparatrice de la PC (3)

Critère de l'indemnisation sur la base du dommage attendu



PC doit replacer celui qui s'estime victime dans la même situation que si le mariage avait duré

L'indemnisation correspond à la somme minimale exigée par l'épouse pour qu'elle soit **indifférente** entre rester marier ou divorcer (**prix implicite**)

Etude empirique : les deux fonctions jouent. Seuils :

- au moins 10 ans de mariage : fonction réparatrice
- au moins 900 euros d'écart de revenus : fonction redistributive

Partie III. La PC : un instrument de couverture du risque divorce dans un large éventail

3.1. La PC : instrument de prise en charge privée du risque divorce

Divorce = risque (une probabilité, un montant de pertes)

privé

richesse des ex conjoints
instruments de couverture

privés

ex post
(PC)



ex ante

(maintien sur
marché du travail,
assurance, épargne, ...)

social

les tiers (enfants)
instruments de couverture

publics

(politiques sociales et
fiscales)

3.1. La PC : instrument de prise en charge privée du risque divorce (2)

Prise en charge privée liée à la « responsabilité » des agents dans l'occurrence du risque

- décision d'au moins l'un des deux membres du couple : occurrence provoquée
- possibilité d'agir sur la probabilité de divorce (autoprotection)



logique incitative : ceux qui provoquent l'occurrence du risque doivent en payer le coût



prise en charge privée via la PC (ex post)



aléatoire car soumise à la décision du juge

3.2. La PC : instrument de couverture ex post

Ex ante :

- épargne de précaution (pbl. : si faibles revenus)
- poursuivre son activité professionnelle (qualification, marché du travail)
- assurance privée (mauvaise perception des risques, absence d'offre, etc.)
- contrat de mariage



même fondement économique que la PC = inciter aux investissements spécifiques pour maximiser les gains du mariage (Rainer, 2007)

Avantage par rapport à la PC : autonomie contractuelle (Smith, 2003). Mais :

- pouvoirs de négociations déséquilibrés
- contrats pas tous protecteurs (séparation de biens)

Inconvénients communs :

- risque d'augmenter les coûts du divorce (favorisent la spécialisation)
- risque moral

Conclusion

Nos travaux sur la prestation compensatoire posent 3 questions principales :

- Quelles justifications économiques à la PC ? (dialogue économistes/juristes)
- Quelles fonctions de la PC ? (variables qui conditionnent l'octroi et le montant de la PC ; étude empirique)
- Quelle place pour la PC dans l'éventail des instruments de couverture privés et publics ?

D'autres questions se posent aux économistes :

- **La PC joue-t-elle son rôle de réduction des écarts de niveau de vie ?**
- **Peut-on encore réserver la PC aux seuls couples mariés, sachant que les risques sont très similaires ?**
- **Quelles règles de calcul pour la PC ? (barèmes ?)**

2. Analyse économique de la responsabilité civile

Introduction

- **Objectif** : montrer comment l'analyse économique du droit permet de comparer les effets des règles mises en œuvre en matière de responsabilité
- Démarche s'inscrit dans la lignée de Coase (1960) : responsabilité = instrument de correction des externalités générées par les auteurs de dommage



**En l'absence de coûts de transaction,
la négociation entre les parties (auteurs et victimes)
doit conduire à un résultat optimal
quelle que soit l'affectation de la responsabilité**

Introduction (2)

Sur cette base, la responsabilité civile = moyen de promouvoir l'efficacité économique



minimisation du coût social des accidents (Calabresi, 1970) :

« The principal function of accident law is to reduce the sum of the cost of accident and the cost of avoiding accidents »

En pratique, cela suppose que :

- tous les coûts puissent être exprimés en termes monétaires
- les individus soient sensibles à ces coûts (insolvabilité ...)
- les accidents (probabilité et/ou dommages) puissent être réduits si davantage de ressources sont consacrées à leur prévention

Introduction (3)

Ce qui importe, pour l'économiste, c'est moins l'indemnisation que la règle de responsabilité permet (vision *juridique*) que les incitations qu'elle crée en terme de précautions (vision *économique*)



La fonction indemnificatrice est mise au service de la prévention

Par les incitations qu'elle crée, la responsabilité constitue une alternative/complément à la réglementation :

- **responsabilité** : **mode de régulation *ex post*** des activités risquées (la répartition de la charge des dommages intervient après l'accident)
- **réglementation** : encadre et contrôle a priori les comportements ; elle intervient ***ex ante***, pour éviter que l'activité ne provoque un accident (ou en limiter les effets)

Les accidents unilatéraux : seul l'auteur de dommage peut prendre des précautions pour réduire le dommage attendu

Raisonnement en deux étapes :

1. Déterminer le **niveau de précaution socialement optimal** de l'auteur de dommage
2. Étudier l'efficacité des règles de responsabilité = créer les bonnes incitations permettant d'atteindre le niveau de précaution socialement optimal

Un exemple

Le niveau de précaution **optimal** \neq niveau de précaution **maximal** : les précautions, réduisent le dommage attendu mais sont également coûteuses et leur coût est de moins en moins compensé par la baisse du dommage attendu.

Exemple (Shavell [2004]) : dommage en cas d'accident est de 100

<i>Niveau de précaution</i>	<i>Coût des précautions</i>	<i>Probabilité d'accident</i>	<i>Dommage attendu</i>	<i>Coût social</i>
<i>Nul</i>	0	15 %	15	15
<i>Moyen</i>	3	10 %	10	13
<i>Elevé</i>	6	8 %	8	14

Passer du niveau de précaution nul au niveau moyen coûte 3 mais permet une réduction du dommage attendu de 5. En conséquence, le coût social diminue de 2. En revanche, passer de niveau moyen au niveau élevé coûte 3 mais permet seulement de réduire le dommage attendu de 2 de sorte que le coût social augmente de 1.

1. Niveau de précaution socialement optimal (Calabresi, 1970)

- Soit x le coût des précautions prises par l'auteur de dommage (le coût d'une unité de précaution vaut 1).
- Soit $D(x)$ le montant attendu du dommage pour la victime, avec :
 - le dommage attendu diminue quand les précautions augmentent
 - le dommage attendu diminue de moins en moins au fur et à mesure que les précautions augmentent.

Le niveau de précaution socialement optimal de l'auteur de dommage est : x^*

x^* minimise le coût attendu total de l'accident = coûts de précaution + montant attendu du dommage

x^* est solution de : $\text{Min}_x x + D(x)$ (1)

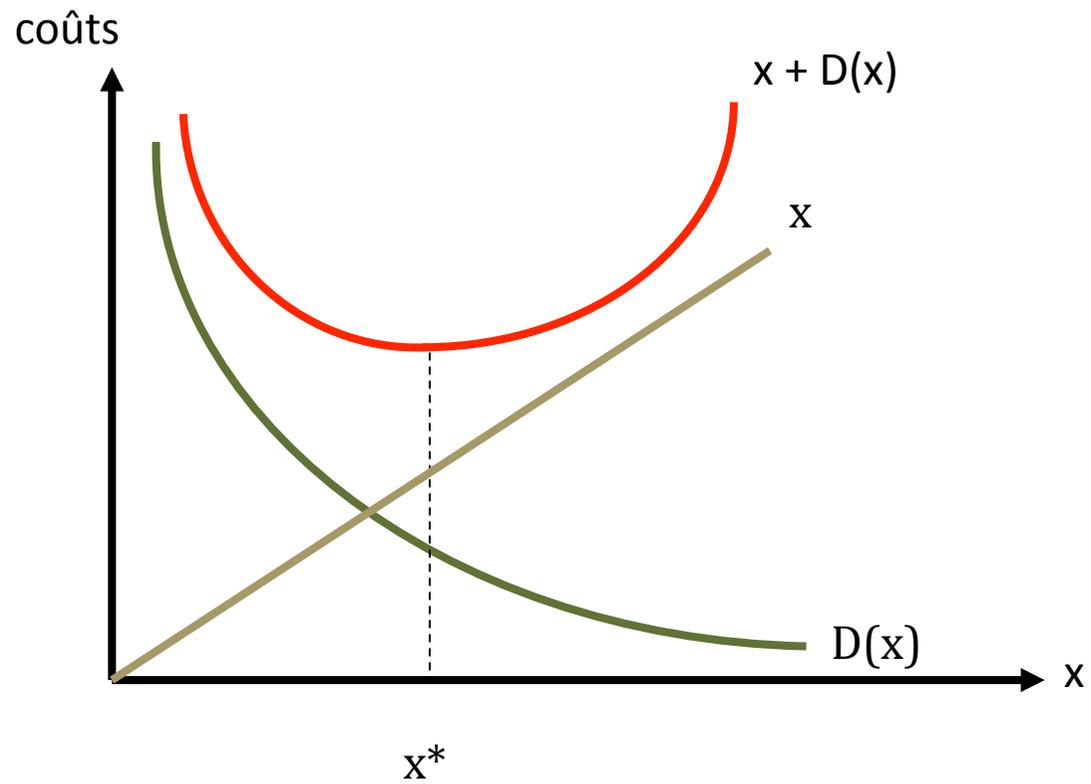
avec :

- x est le coût des précautions
- $D(x)$ le montant attendu du dommage

Condition de premier ordre est :

$$1 + D'(x) = 0 \Leftrightarrow -D'(x) = 1 \quad (2)$$

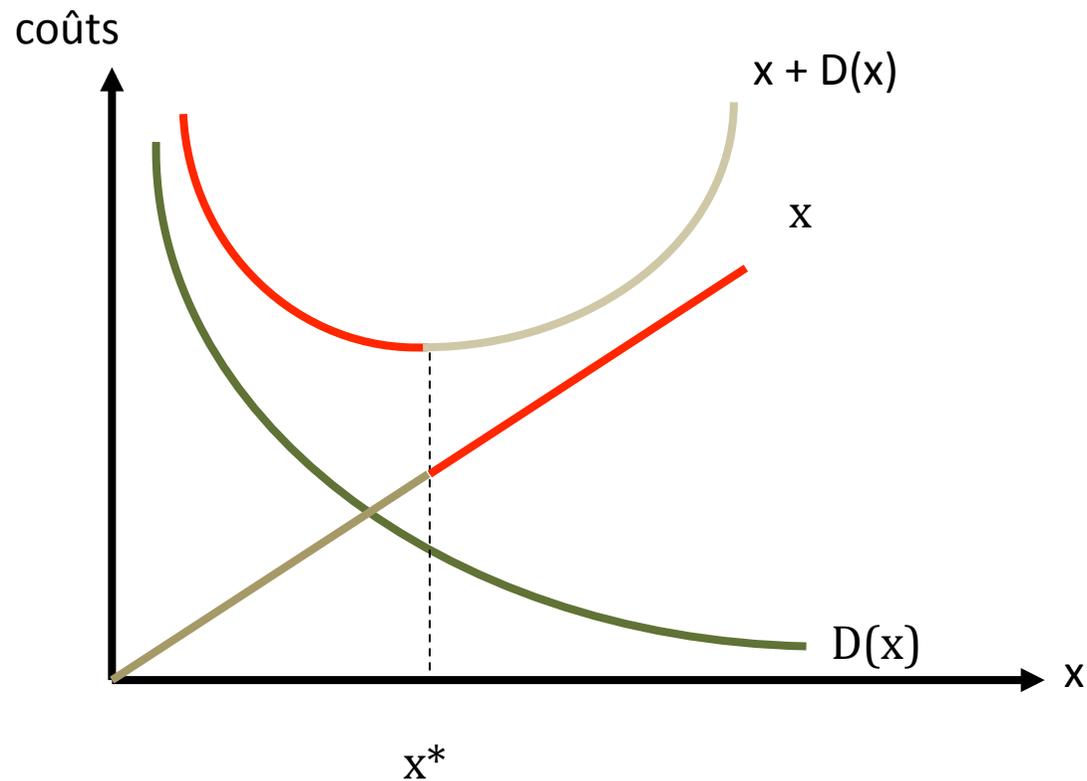
À l'optimum, le dernier euro dépensé en précautions rapporte, en termes de réduction du dommage attendu, autant qu'il coûte.



Niveau de précaution socialement optimal dans un système de RPF

Efficacité de la règle de responsabilité pour faute

RPF socialement optimale si norme $z = x^*$.



Niveau de précaution socialement optimal dans un système de RPF

NB : si $z < x^*$, l'auteur de dommage a intérêt à choisir z et pas x^* .

2. La règle du juge Hand

La formule de Hand est issue de l'affaire United States vs. Carroll Towing Co. Elle sert à déterminer la faute.

Confronté à un problème de responsabilité civile, le juge Hand énonce : **est responsable l'auteur de dommage qui n'a pas pris de précautions alors que le coût de celles-ci était inférieur au dommage attendu**

Formule insuffisante d'un point de vue économique car ne s'intéresse qu'au montant absolu de précaution.

Posner (1977) va en proposer une version modifiée en termes de coûts et de bénéfices marginaux.

2. La règle du juge Hand (2)

x le niveau de précaution réel de l'auteur de dommage

x' un niveau de précaution supérieur à x ($x' > x$)

→ $(x' - x)$ correspond aux précautions non prises

Supposons que le coût marginal des précaution soit constant et égal à 1 de sorte que coût des précautions non prises :

$$B = x' - x$$

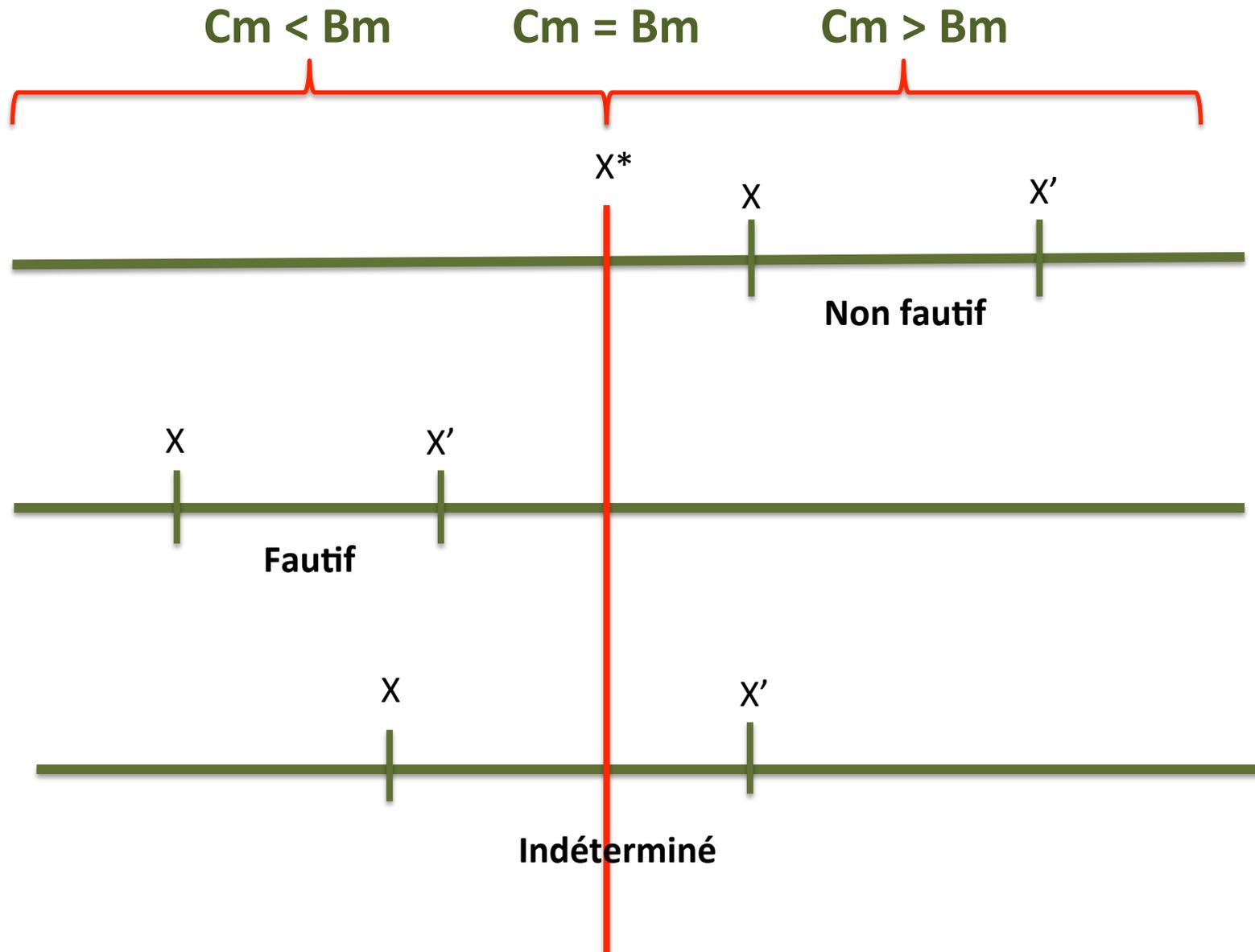
$D(x) - D(x')$: différence entre le dommage causé pour un niveau de précaution x et le dommage causé pour un niveau de précaution x' . Donc économie de dommage si x' plutôt que x

Règle du juge Hand : auteur de dommage **fautif** s'il ne prend pas de précautions supplémentaires pour un montant $x' - x$ alors que :

$$x' - x < D(x) - D(x') \quad (13)$$

$$\Leftrightarrow C_m < B_m$$

2. La règle du juge Hand (3) : commentaire



**L'analyse économique
des droits de propriété
intellectuelle sur Internet**

- **composante économique** de la protection des œuvres de l'esprit (aspect patrimonial, l'aspect moral étant en dehors du champ de l'économie du droit)



justifications téléologiques, fondées sur la finalité des DPI
(Salzberger, 2011)



conception utilitariste des DPI qui doivent maximiser l'utilité sociale ou le bien-être social, ou encore la richesse sociale (critères d'efficacité économique). L'analyse est alors menée sur la base d'une **théorie des incitations**.

1. Biens numériques et biens publics

Un bien public est dit pur s'il est :

- **non excluable** :
 - impossible d'exclure ceux qui n'en payent pas le prix (free-riding)
 - ou coût d'un dispositif d'exclusion est prohibitif



pas ou trop peu d'incitations à produire le bien

Les biens numériques sont non excluables en raison du coût nul ou quasi nul de la copie.

Si le prix de marché est fixé au coût marginal (nul), les producteurs ne couvrent pas leurs coûts fixes, et donc ne produisent pas.

En l'absence d'intervention étatique, empêchant la copie :

insuffisance de l'offre

- **Non rival :**

- La consommation du bien par un individu ne réduit pas la quantité disponible pour un autre consommateur



pas de perte sociale consécutive à leur consommation donc inutile de les allouer au meilleur usage possible.

Les biens numériques sont par nature des biens non rivaux.

Il est de l'intérêt général qu'ils soient consommés par le plus grand nombre, d'autant plus que chacun peut contribuer à les améliorer (création d'externalités positives).

Au total :

- **Non exclusion requiert une protection (DPI ?)**
- **Non rivalité requiert de limiter cette protection pour bénéficier des externalités positives (étendue, durée limitée des DPI)**

DPI = monopole



Fixation d'un prix qui maximise
le profit du détenteur du droit



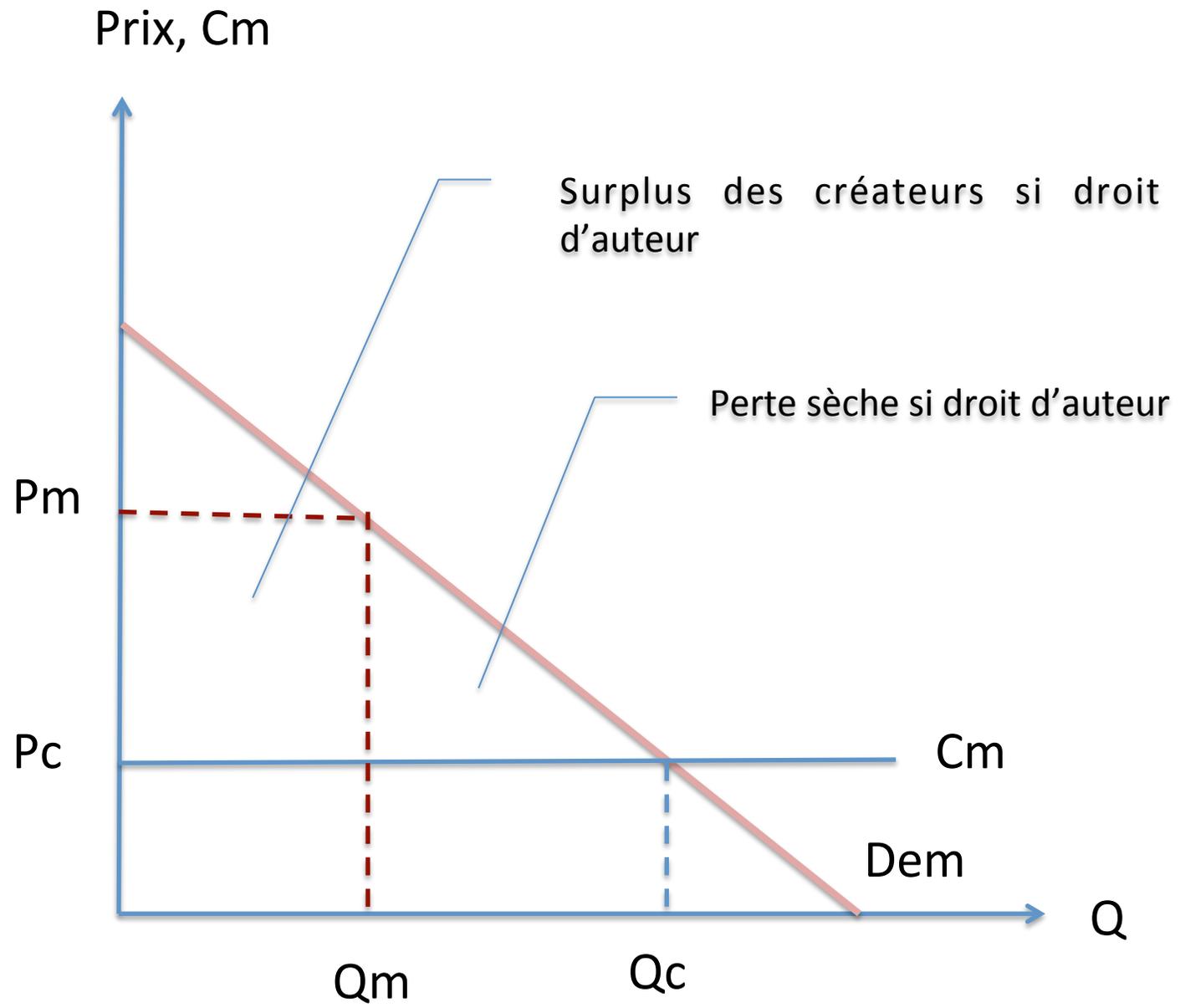
Prix > Cm

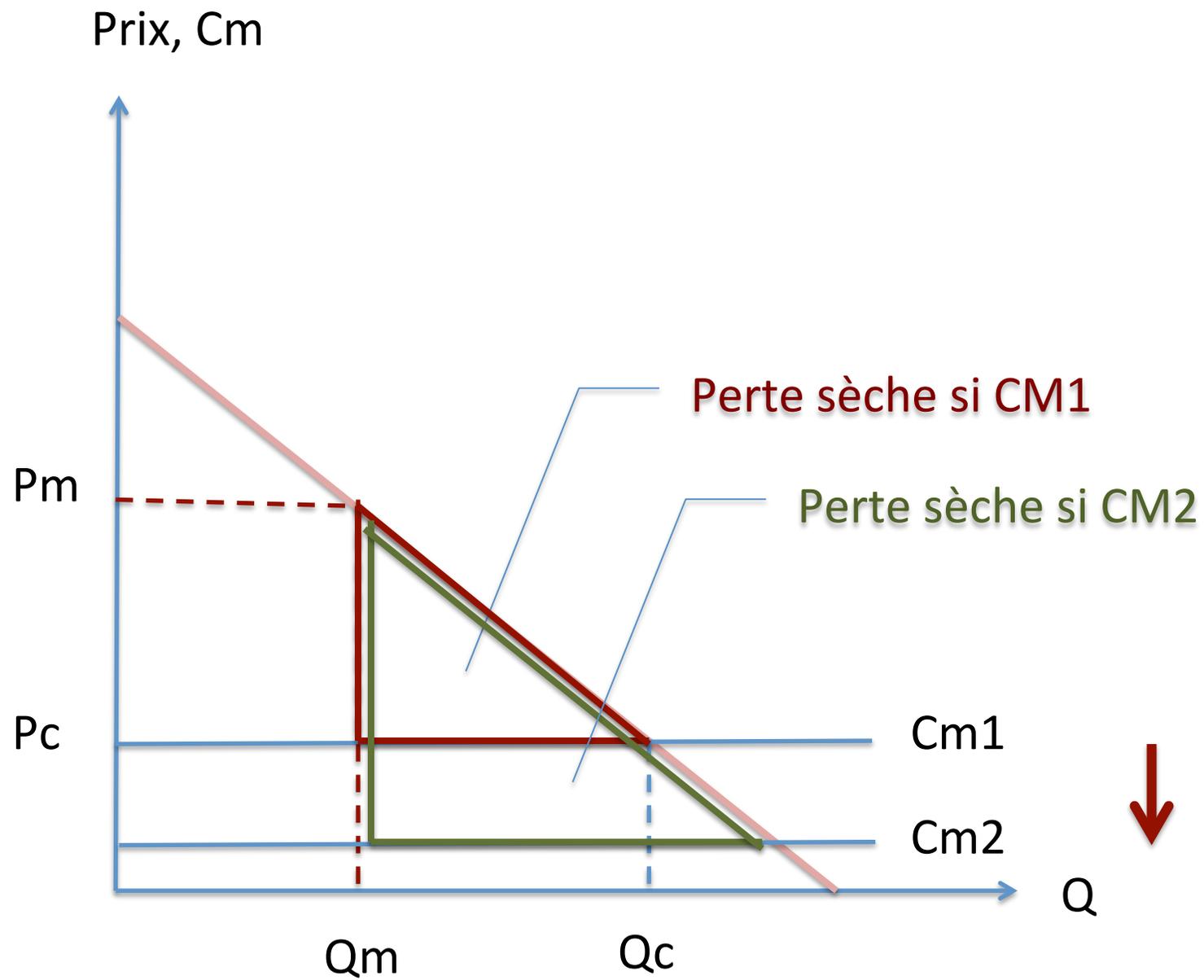


Perte sociale, d'autant plus élevée pour les biens
informationnels où processus cumulatifs de création



Limitation de la durée et de l'étendue des DPI





Les biens informationnels numériques présentent trois autres caractéristiques spécifiques (Salzberger, 2011) :

- **modifiables** (*mutable*) : ces biens peuvent être modifiés en fonction des préférences des utilisateurs (on peut facilement modifier une vidéo, mixer des parties de films, modifier un logiciel pour mieux l'adapter à ses besoins, ...)
- **sélectionnables** (*selectable*) : on peut accéder au contenu et le copier ;
- **combinatoires** (*combinatorial*) : des éléments individuels peuvent être recombinaés ou vendus séparément pour accroître leur valeur pour les utilisateurs ; un DJ peut par exemple mixer deux morceaux de musique pour créer une nouvelle chanson.

Ces biens génèrent des **externalités positives** :

- **de production** (W. Landes et R. Posner, 1999) :
 - coûts de création (effort de l'auteur, coût d'édition d'un manuscrit, de relecture...) ne varient pas avec le nombre de copies effectuées (coûts fixes de la création),
 - coûts des copies additionnelles, nettement moins élevés que les premiers.

En l'absence de droits d'auteur, un producteur copieur bénéficie d'avantages concurrentiels décisifs par rapport au producteur originel : il ne supporte pas les coûts fixes et peut sélectionner les œuvres qui ont déjà connu le succès (pas de risque éditorial). D'où un **risque de sous-production** ; l'œuvre a toutes les chances de ne pas être produite dans la mesure où le producteur originel ne pourra pas amortir ses coûts fixes.

- **de réseaux :**

- **directes** : la valeur d'un bien pour chaque consommateur augmente avec le nombre de consommateurs.

ex. : logiciels

- **indirectes** : lorsque les consommateurs achètent deux produits compatibles comme par exemple un ordinateur et un logiciel compatible avec le système d'exploitation de cet ordinateur. Dans un modèle dynamique, le choix de l'ordinateur peut avoir un impact sur les décisions de production des logiciels, qui peut en retour avoir un impact sur la demande future d'ordinateurs. Ainsi, le choix d'un ordinateur par un consommateur confère des bénéfices externes à tous les propriétaires de ce type d'ordinateurs en augmentant l'incitation marginale à produire des logiciels compatibles (Gordon et Bone, 1999).

- **d'usage** : lié à l'effort collectif qui permet une amélioration permanente du bien.

ex. : logiciel libre : effort collectif d'amélioration engendre pour chacun une externalité d'usage ; cette externalité équivaut à la production d'un bien public non-rival et non exclusif.

L'approche des DPI sous l'angle des biens publics relève d'une analyse microéconomique de type néo-classique qui repose sur deux affirmations :

- l'information est un **bien public** et sans l'intervention de l'Etat, l'investissement dans la création et le progrès technologique et culturel qui en résultent sont insuffisants,
- les **DPI sont le moyen le moins couteux et le plus efficace** pour créer les bonnes incitations (Andersen, 2006).

2. La protection des biens numériques par la propriété

Point de départ : la **tragédie des communs** (Demsetz, 1967)

- risque de disparition de ressources naturelles menacées par une utilisation trop intensive, et qui expliquait **l'émergence de systèmes de droits de propriété.**
- un système de propriété **collective** engendre une **surexploitation** des ressources : chacun cherche à s'approprier les ressources avant les autres pour en tirer un profit individuel mais les coûts collectifs sont supportés dans le futur.
- Un système de **propriété privée** permet **d'internaliser les coûts et les bénéfices** de l'exploitation des ressources et ainsi contribue à promouvoir l'efficacité

Différences entre les ressources naturelles, étudiées par Demsetz, et les biens numériques (Salzberger, 2011) :

- création humaine



DPI pour production, pas pour surconsommation

- capacités illimitées



DPI ne visent pas à limiter leur consommation par une gestion efficiente, mais à inciter à leur création et à optimiser leur valeur.



Analyse par la tragédie des communs biaisée : on s'intéresse davantage à la façon de gérer les ressources et de maximiser les profits qu'aux incitations à créer et au progrès.

Différence essentielle entre les ressources naturelles et les biens informationnels : **la rivalité dans la consommation pour les premières, la non rivalité pour les secondes.**

On retrouve cette distinction chez Lessig (2001) qui explique que :

- lorsqu'une ressource est **rivale**, le système doit garantir à la fois que cette ressource sera produite et qu'elle ne sera pas utilisée abusivement
- quand une ressource est **non rivale**, le contrôle n'est nécessaire que pour assurer sa production. C'est ce que le prix Nobel Elinor Oström appelle un problème d'approvisionnement : après qu'elle a été créée, il n'y a plus de risque qu'elle s'épuise puisque par définition, une ressource non-rivale peut être utilisée sans réserve.

Autres différences avec l'analyse de Demsetz :

- État de la technologie : donné chez Demsetz (variable exogène). Or, l'économie numérique se caractérise par des changements technologiques rapides et permanents donc variable endogène dans l'analyse des DPI (i.e. les DPI peuvent avoir un impact sur la course technologique et inversement) ;
- Emergence des DPI : par le marché (résultat de normes sociales) chez Demsetz, car la surconsommation est néfaste pour tous. En revanche, les biens informationnels sont produits par un petit nombre mais consommés par un grand nombre d'individus. Risque que les DPI résultent d'un gouvernement central ou d'un groupe d'individus (lobbying).

En définitive, il apparaît que la tragédie des communs ne permet pas de justifier les DPI pour les biens numériques.

De plus, rien ne garantit que les DPI soient le moyen le plus efficace de créer des incitations :

- Solutions technologiques (DRM ou *Digital Rights Management Systems* : dispositifs privés et décentralisé de protection technique qui sont des mesures techniques qui rétablissent l'excluabilité en limitant automatiquement l'accès et le nombre ou la qualité des copies)
- Nécessité de ne pas trop protéger : *fair use*
- Innovation et création sans DPI (crowdsourcing, open source)
- Effets « positifs » du piratage

3. Les limites de la propriété

- Pour Salzberger (2011) : les agents vont contourner les DPI lorsque ceux-ci sont inefficaces, conformément au théorème de Coase (open source mais aussi d'autres arrangements institutionnels comme la doctrine du faire use, le crowdsourcing)

2.1. La doctrine du fair use

- En 1982, Wendy Gordon justifie la doctrine du « fair use » par une défaillance de marché. Pour elle, le « fair use » est une réponse à l'existence de barrières à l'échange, qui empêchent la vente, l'octroi de licences ou tout autre mode de transfert consensuel. Cette doctrine permet la diffusion de l'information sans réduire de manière drastique l'incitation à innover.

Thèse contredite par l'avènement d'Internet qui aurait pour conséquence de réduire considérablement les coûts de transaction qui empêchaient de réaliser les transferts socialement efficaces.

Internet permettrait en effet aux propriétaires de copyright d'installer en ligne un système de licences universel et donc accessible par tous, qui permettrait aux utilisateurs d'obtenir l'autorisation par un simple click de souris.

Par conséquent, la doctrine du « fair use » n'est plus justifiée puisqu'Internet élimine la défaillance de marché qui la justifiait.

Depoorter et Parisi (« Fair use and copyright protection : a price theory explanation », IRLE, p. 453-473, 2002) :

La doctrine du « fair use » réalloue les droits de propriété de façon à réduire les conséquences négatives sur l'efficacité de coûts de transaction positifs sur le marché.



Elle permet de contourner la transaction marchande en permettant l'usage de l'œuvre protégée quand les coûts de transaction qui seraient engendrés par un transfert réel excèdent le surplus tiré de l'échange.



Par conséquent, la doctrine du « fair use » élimine les obstacles liés aux coûts de transaction, ce qui permet une réallocation des ressources rares potentiellement efficiente.

La doctrine du « fair use » justifiée par la **tragédie des anti-communs** (Depoorter et Parisi, 2002, IRLE) !

tragédie des anticommons (Michelman, 1982) : lorsque des agents économiques rationnels gaspillent une ressource en la sous-utilisant.



lorsque des individus possèdent un droit d'exclusivité sur une ressource et que le coût engendré pour utiliser cette ressource de manière collaborative n'en vaut pas les bénéfices escomptés.

La tragédie des anti-communs peut alors être utilisée pour justifier la doctrine du « fair use », même lorsque les coûts de transaction sont nuls.

Obj. : minimiser les pertes de bien-être occasionnées par les comportements stratégiques des détenteurs de copyrights.

- Soient des droits d'exclusion indépendants sur des travaux distincts (travaux primaires).
- Ces travaux primaires sont **complémentaires** dans la production d'un travail dérivé, tel qu'une revue de littérature sur le théorème de Coase par exemple. Cette compilation requiert l'introduction de passages issus de sources primaires sur le même sujet (par exemple, Calabresi et Melamed, 1972 ; Coase, 1960, Demsetz, 1967, etc.).
- Chacune de ces sources est essentielle ; elles peuvent être considérées comme des **inputs strictement complémentaires** dans la fonction de production de l'output dérivé final.

- Il existe également d'autres sources primaires, moins essentielles puisqu'il serait possible de substituer l'une de ces sources à d'autres sans compromettre la qualité du produit dérivé final. Cette catégorie d'inputs moins essentiels sont qualifiés d'**inputs substituables**.
- En l'absence de doctrine du « fair use », un tiers qui souhaiterait utiliser des passages des ressources primaires citées précédemment, aurait besoin du **consentement de tous les auteurs détenteurs de copyrights**. L'auteur du produit dérivé devrait donc acheter des licences de copyright à toutes les parties pertinentes.

- Pour simplifier, on va supposer que :
 - les accords sur les copyrights peuvent être obtenus sans coûts contractuels additionnels (informations, négociations, etc.)
 - la concurrence entre les propriétaires d'inputs substituables (les moins essentiels) fait que le prix de ces inputs tend vers leur coût marginal.

Dans ce contexte, quels seraient les **prix des inputs non substituables à l'équilibre de Nash** ?

- Le producteur du produit (dérivé) final doit acheter des licences de copyright (une pour chaque détenteur de droit) à un prix p_i .

- La valeur d'une licence de copyright (pour le détenteur du copyright) est : $V - Q$

où Q représente le nombre de licences octroyées pour projets similaires.

- Le **nombre efficient de licences** est obtenu par (quantité.prix) :

$$\max_Q Q(V-Q)$$

- Condition de premier ordre donne :

$$Q_s = V/2$$

D'où :

$$p_i = V - Q = V - V/2$$

$$p_i = V/2$$

- si un seul agent détient tous les copyrights sur les sources primaires, il choisira rationnellement le prix $p^m = V/2$.
- Par conséquent, étant donnée l'internalisation des effets prix croisés par le monopoleur lorsqu'il fixe le prix de ses licences, **le monopoleur choisit le prix d'efficience.**
- Comparons la situation hypothétique du monopoleur à une situation plus réaliste où les copyrights sont détenus pas plusieurs agents. Imaginons que Coase, Demsetz et Calabresi sont les auteurs de contributions essentielles dans le domaine considéré et supposons qu'ils fixent leur prix sans concertation. Ces prix sont respectivement p_1 , p_2 et p_3 .

- Dans ce contexte : $V - Q = p_1 + p_2 + p_3$

C'est-à-dire que la somme des prix fixés par les différents propriétaires = valeur d'une licence de copyright

- Les prix p_1 , p_2 et p_3 conduisent à une **demande d'inputs** pour la revue de littérature :

$$Q = V - p_1 - p_2 - p_3$$

- En conséquence, les **profits pour l'agent 1** sont :

$$p_1(V - p_1 - p_2 - p_3)$$

- Chaque agent fixe le prix qui maximise son profit. La condition de premier ordre pour l'agent 1 est : $V - 2p_1 - p_2 - p_3 = 0$

- On fait de même pour les agents 2 et 3.
 - Pour l'agent 2 on trouve (CPO) : $V - p_1 - 2p_2 - p_3 = 0$
 - Pour l'agent 3 on trouve (CPO) : $V - p_1 - p_2 - 2p_3 = 0$
- On résoud le système et on trouve :

$$p_1 = p_2 = p_3 = V/4 \text{ ou } p_1 + p_2 + p_3 = 3V/4$$

Or : $3V/4 > V/2$

- Par conséquent, le choix non coordonné de Coase, Demsetz et Calabresi conduit à un **coût total plus élevé pour obtenir le droit d'utiliser les œuvres originales** et par conséquent, à une **sous-utilisation** de leurs travaux originaux par rapport à celle qui résulterait d'une propriété concentrée de tous les copyrights sur un seul auteur qui maximiserait son profit.

- Résultat surprenant : une offre concurrentielle de licences de copyright conduit à des prix supérieurs à ceux d'un monopole !
- Ces différences entre les deux équilibres sont dues à la présence **d'externalités négatives dans les choix indépendants des détenteurs de copyrights** :
 - les externalités **statiques** (actuelles) : l'exercice d'un droit d'exclusion par un individu réduit ou élimine la valeur des droits similaires détenus pas les autres individus.
 - Les externalités **dynamiques** (futures) : la sous-utilisation des ressources aujourd'hui peut avoir des conséquences dans le futur. Ainsi, l'offre insuffisante d'inputs protégés a des effets à long terme sur la valeur de ces ressources ; le prix indépendant des licences actuelles ne tient pas compte de ces effets de long terme sur les tiers.

- Nous avons montré que **la fixation de prix indépendants en matière de copyright conduit à un équilibre sous-optimal.**
- Une augmentation du nombre de détenteurs de copyright agissant de manière indépendante devrait accroître le degré de sous-utilisation.
- Reprenons l'exemple de la revue de littérature et supposons que nous ayons besoin d'extraits de tous les discours des prix Nobel d'économie. Supposons que chaque lauréat détienne un copyright et que par conséquent, la publication d'un tel survey nécessite l'acquisition de licences de copyright auprès d'un grand nombre d'individus. **Quel serait le prix d'équilibre des licences si chaque lauréat agit indépendamment des autres ?**

Généralisation du problème précédent.

Les conditions de premier ordre pour chaque détenteur de droit sont de la forme : $V - (n + 1)p_i = 0$ avec $i = 1, \dots, n$.

D'où : prix d'équilibre pour les détenteurs de copyright :

$$p_i = V/(n+1)$$

Et coût total pour l'auteur de l'anthologie est donc :

$$nV/(n+1)$$



Si le nombre de détenteurs de copyright devient très grand (voire tend vers l'infini), la ressource va être complètement abandonnée. C'est la tragédie des anti-communs.

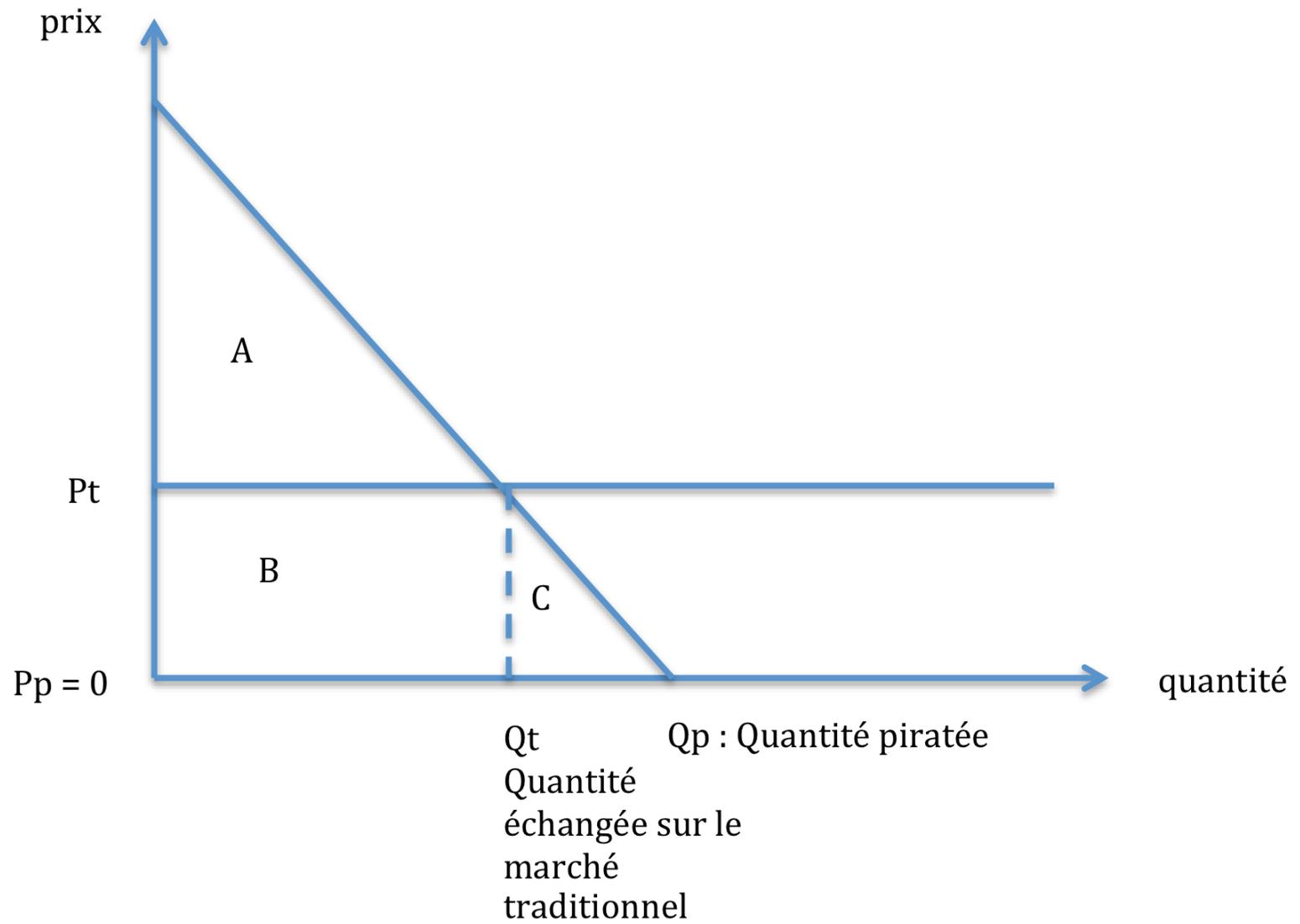
4. Le piratage

Sylvain Dejean, Thierry Pénard et Raphaël Suire, « La gratuité est-elle une fatalité sur les marchés numériques ? Une étude sur le consentement à payer pour des offres de contenus audiovisuels sur internet », *Economie & prévision*, 2010/3 n° 194, p. 15-32.

Un modèle théorique simple du recours au piratage

- situation initiale : **pas d'offre légale payante sur internet.**

Les consommateurs ont le choix entre une offre payante hors internet (cinéma ou achat de DVD) et une offre illégale sur internet. Dans le premier cas, nous appelons A le surplus que retire le consommateur de cette offre, B le surplus capté par les producteurs et C la perte sèche.



- En cas de piratage, le prix des contenus audiovisuels devient nul et la consommation augmente de Q_t à Q_p .



Le consommateur de contenus piratés s'approprie non seulement le surplus qu'il aurait obtenu dans une offre légale (A), mais aussi le surplus des producteurs (B) et la totalité de la perte sèche (C).

Le piratage a un coût (apprentissage des techniques de téléchargement, sanctions en cas de poursuite, aversion pour le risque) : $F > 0$

Surplus net du consommateur tiré du recours à une offre illégale : **$A+B+C-F$**

Un consommateur choisira de **rester sur une offre légale** si :

$$A > A + B + C - F$$

$$\longleftrightarrow F > B + C$$



Seuls les consommateurs ayant des coûts de piratage inférieurs à $(B + C)$ passent de l'offre légale à l'offre illégale ; les autres restent sur le marché légal.

hypothèse implicite : la **qualité est la même** sur les marchés légal et illégal.

Si la qualité des offres illégales se dégrade et passe de A à αA (avec $\alpha < 1$), alors la condition pour se tourner vers le **piratage** est :

$$F < B + C - (1 - \alpha)A$$

Que se passe-t-il si on introduit une **offre légale payante sur internet** ?

Soit **A'** le surplus retiré par le consommateur lorsqu'il souscrit à cette offre et prenons le cas de consommateurs adeptes du piratage (c'est-à-dire pour lesquels $F < B + C - (1-\alpha)A$).

Trois cas de figure peuvent alors se présenter :

- **$A' \leq A$** : non seulement cette offre légale en ligne procure moins de surplus que l'offre légale traditionnelle, mais elle ne permettra pas non plus de ramener les pirates vers le marché légal. Une telle offre correspondrait à la mise à disposition d'un catalogue limité de vidéos, contenant peu de nouveautés, et à des prix élevés ;

- $A < A' \leq \alpha A + B + C - F$: cette offre légale permettrait d'attirer les consommateurs d'offres traditionnelles (cinéma, DVD, TV) vers des offres légales sur internet. *A contrario*, elle ne permettrait pas de convertir les adeptes du gratuit sur internet à des offres payantes ;
- $A' > \alpha A + B + C - F$: l'offre légale en ligne se révèle très efficace pour faire revenir les internautes pirates vers des offres payantes, mais aussi pour attirer les consommateurs d'offres traditionnelles (cinéma, DVD, TV).

« Le succès du modèle de Netflix, qui a mis en ligne toute la première saison d'un coup, prouve que le public veut avoir le contrôle, il veut la liberté (...) A travers cette nouvelle forme de distribution, nous avons montré que nous avons compris les leçons que l'industrie de la musique n'avait pas comprises.

Donnons aux gens ce qu'ils veulent, quand ils le veulent, sous la forme qu'ils veulent, à un prix raisonnable. Et alors ils seront prêts à payer pour ces contenus plutôt qu'à les voler »

(Kevin Spacey, auteur et producteur de « House of Cards »).