Le réalisme de Coase et les relations droit-économie

Une analyse critique

Daniel Longuépée

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ei/832>

DOI : 10.4000/ei.832

ISSN : 2553-1891

Éditeur

Association Économie et Institutions

Édition imprimée

Date de publication : 1 décembre 2004

Pagination : 53-76

ISSN : 1775-2329

Référence électronique

Daniel Longuépée, « Le réalisme de Coase et les relations droit-économie », *Économie et institutions* [En ligne], 5 | 2004, mis en ligne le 31 janvier 2013, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/ei/832> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ei.832>

Le réalisme de Coase et les relations droit-économie. Une analyse critique

Daniel LONGUEPEE¹

Introduction

Si bon nombre d'économistes s'accordent désormais pour reconnaître au droit une place importante, la manière de prendre le droit au sérieux demeure problématique. R. Coase n'est pas étranger à une telle interrogation dans la mesure où « The Problem of Social Cost » est à l'origine du « théorème de Coase » consacrant l'innocuité des institutions juridiques. Une difficulté supplémentaire surgit à partir du moment où des auteurs qui se réclament d'un certain réalisme, continuent à intégrer le droit de manière à ce qu'il conforte le dispositif économique sous-jacent. Plutôt qu'à une véritable discussion sur le droit, c'est à une certaine vision du droit, théoriquement confortable, à laquelle il serait fait appel. Une telle idée a notamment été mise en perspective par L. Bazzoli et T. Kirat (2003) au sujet de Williamson. Elle soulève un enjeu capital : qu'est-ce que signifie « prendre le droit au sérieux en théorie économique » ? Une fois admise l'existence d'une interaction droit-économie, il faut ensuite en accepter les conséquences analytiques : étudier le droit en lui-même de manière à s'assurer du réalisme des notions juridiques utilisées. Or, en prétendant n'étudier *que* « l'influence du système juridique sur le fonctionnement du système économique »², R. Coase paraît ne pas prolonger l'idée d'un *droit-objet d'analyse*. Considérer pourtant le droit comme un objet d'analyse permettrait de conforter le réalisme revendiqué lorsqu'il se fonde sur la vérification pratique des hypothèses utilisées. Sans cette exigence méthodologique, nous retombons dans ce que R. Coase appelle l'« économie des tableaux noirs », liée au fait que « lorsque les économistes se rendent compte qu'ils sont incapables d'analyser ce qui se produit dans le monde réel, ils inventent un monde imaginaire qu'ils sont alors capables de manipuler », (R. Coase, 1988a, p. 24). Cette idée nous paraît de toute évidence essentielle. Outre qu'elle caractérise une dimension clef du réalisme coasien³, elle permet de donner sens à la nécessité

¹ CRIISEA, Université de Picardie.

² R. Coase, 1996, p104.

³ Le « réalisme » de R. Coase semble sujet à caution. Ainsi un auteur comme U. Mäki (1998), pourtant bien disposé envers la thèse d'un R. Coase réaliste, montre que la réponse n'est jamais limpide en ce qui concerne cet auteur. En ce sens il subsistera toujours une part de doute et donc de controverse. Aussi nous ne rentrerons pas dans le débat consistant à savoir si R. Coase

d'analyser la relation droit-économie. C'est en effet l'analyse des décisions de justice qui permet de dépasser le formalisme des modèles économiques abstraits.

« Ce qui caractérise l'économie institutionnelle moderne, et de manière considérable, c'est que les problèmes abordés sont ceux qui abondent dans le monde réel. En cela, l'économie institutionnelle a été grandement aidée par son association avec le droit. Les cas juridiques relatent des pratiques réelles du commerce alors que la plupart des exemples analysés par les économistes dans le passé étaient imaginaires. Le résultat de l'infusion du matériau juridique en économie a été à la fois de forcer les économistes à analyser les choix réels et de leur permettre de réaliser la richesse des alternatives institutionnelles », (R. Coase, 1984, pp. 230-231).

La place accordée au droit dans le raisonnement conduit un commentateur avisé comme U. Mäki (1998, p26) à affirmer que « le discours juridique est quelque part plus proche de la réalité sociale que le discours économique, qu'il constitue un accès relativement privilégié aux réalités sociales. Le réalisme des idées économiques peut ainsi être mesuré en les comparant aux idées juridiques⁴ ». Toute la difficulté consiste alors à savoir si une telle assertion peut esquisser les conditions d'utilisation des idées juridiques. Qu'est-ce en effet qu'une *idée* juridique ? S'agit-il d'éléments plus ou moins importants empruntés au discours juridique (règlement, décisions de justice, doctrine) ? Une telle question se trouve renforcée si nous pensons que le champ juridique, à l'instar du champ économique, ne fait pas l'objet d'unanimité mais répond d'un ensemble d'hypothèses⁵. Ne pas prendre acte de cette éventualité risque de

est effectivement un auteur réaliste. Nous montrerons plutôt que lorsque R. Coase se déclare réaliste, c'est notamment l'idée d'une vérification des hypothèses économiques utilisées qui est mobilisée. Or cette ligne directrice, que R. Coase s'impose lorsqu'il évoque son réalisme sous-jacent, n'est pas toujours respectée. Cette idée nous suffira pour montrer qu'il existe une tension au cœur du raisonnement.

⁴ Dès l'article de 1937, « The Nature of the Firm », R. Coase s'appuie sur la relation *juridique* employeur-employé pour approcher au mieux « la question de ce qui constitue une firme en pratique », (R. Coase, 1937, p. 29). R. Coase défend alors l'idée que l'existence de la direction (la hiérarchie) est centrale en théorie juridique, de même qu'elle l'est dans l'approche économique qu'il défend. Le réalisme économique paraît de ce fait fortement lié à la lecture du droit. « Nous pouvons donc en conclure que la définition que nous avons donné est celle qui s'approche le plus complètement de celle de la firme du monde réel. Notre définition est, par conséquent, réaliste », (R. Coase, 1937, pp. 29-30).

⁵ En théorie économique il suffit de considérer le nombre d'approches selon les hypothèses liées au comportement des individus, au cadre implicite

déboucher sur une conception controversée, voir erronée, dans la profession des juristes. Il est alors facile de ramener cette interrogation à la problématique coasienne. En refusant d'investir la sphère juridique, R. Coase ne risque-t-il pas d'inventer un "monde imaginaire" parce que juridiquement contestable ? La question se pose d'autant plus que sa lecture du droit repose sur une critique du courant *law and economics*, qui réduit le comportement des acteurs juridiques à la rationalité maximisatrice. Or une telle hypothèse, notamment défendue par R. Posner, est incapable d'expliquer la réalité selon R. Coase. C'est ainsi au nom d'un certain réalisme que R. Coase revendique la singularité de son approche institutionnelle. Peut-il dans ces conditions donner un sens cohérent à sa démarche, c'est-à-dire intégrer la dimension (et la spécificité) juridique des faits économiques et prendre comme donné certains éléments de droit ?

Pour le montrer nous allons voir d'abord en quoi le comportement des juges ne peut se ramener chez R. Coase à un pur comportement économique. Une telle idée confortera ainsi la volonté d'élargir les mobiles de l'action au nom d'un certain réalisme (I). Toutefois, l'analyse des conflits juridiques masquera un retour au théorème de Coase pourtant qualifié d'irréaliste par R. Coase lui-même (II).

I/Quel est le comportement des juges ?

Le comportement des juges doit être analysé dans la mesure où ce sont eux qui règlent les conflits juridiques par l'attribution de droits de propriété⁶. La manière d'expliquer ce comportement semblera toutefois emprunter chez R. Coase, deux voies divergentes. La première est fondée sur la critique de l'hypothèse de rationalité maximisatrice en conformité avec le réalisme revendiqué. La seconde s'appuie plutôt sur une approche normative en termes de justification économique des décisions de justice. R. Coase sera-t-il alors en mesure d'offrir une lecture cohérente du comportement des juges ?

d'analyse, équilibre partiel ou équilibre général, etc. Il n'y a aucune raison de croire que le droit ne soit pas traversé par différents courants d'analyse.

⁶ Nous évoquerons pour l'instant la notion générique de droit de propriété qui fait référence dans le texte de R. Coase aux *property rights* qui ne sont pas à proprement parler des *droits de propriété*. Comme le rappelle T. Kirat (1999, p. 63), nous pouvons avoir un droit sur l'air sans en être propriétaire. La logique juridique des notions employées sera approfondie dans la seconde partie de cet article.

A/ Vers une critique de l'hypothèse de rationalité maximisatrice.

La nécessité d'expliquer le comportement des juges apparaît notamment dans « The Problem of Social Cost »⁷, l'un des articles clefs de R. Coase mais aussi de l'approche économique du droit. R. Coase s'intéresse alors aux nuisances et montre que dans les cas présentés devant les tribunaux, les juges accordent un droit à une des deux parties, qui peut être un droit de nuisance ou un droit de ne pas être inquiété. L'intérêt de la discussion porte alors sur la capacité des parties à échanger le droit qui a été attribué. R. Coase montre qu'en l'absence de coûts de transaction, les droits iront à la partie qui l'évalue le plus, ce qui conduit à une maximisation du produit social. Toutefois, dans le cas, réaliste selon R. Coase, où les coûts de transaction sont prohibitifs, les décisions de justice sont irréversibles. A ce moment, ce sont les juges et non plus les acteurs économiques eux-mêmes, qui conduisent l'allocation des ressources⁸. C'est pour cette raison que les mobiles qui animent les décisions juridiques ne peuvent pas demeurer étrangers à l'économiste. Mais R. Coase demeure ambivalent sur la manière dont les juges prennent leurs décisions.

Il faut croire dans un premier temps que l'existence de sphères imbriquées dans le système économique pose la question du degré de généralisation du comportement économique.

« Puisque les individus qui opèrent dans le système économique sont les mêmes que ceux l'on trouve dans le système juridique ou politique, on peut espérer que leur comportement sera, dans un sens large, similaire. Mais cela ne signifie en aucun cas qu'une approche développée pour expliquer le comportement dans le système économique se réalisera aussi avec succès dans les autres sciences sociales. Dans ces différents champs, les objectifs que les individus poursuivront ne seront pas les mêmes et, en particulier, la structure institutionnelle dans laquelle les choix seront faits ne

⁷ Cet article paraît en 1960 faisant suite à une contribution publiée en 1959 toujours dans *The Journal of Law and Economics*, « The Federal Communications Commission ». R. Coase recourt déjà dans cet article à l'univers sans coûts de transaction et à l'importance des droits de propriété. L'article de 1960 constitue une sorte de précision à l'article de 1959 afin de répondre aux objections des économistes de la *law school* et du département d'économie de Chicago.

⁸ « Au final, le système juridique aura un effet profond sur le fonctionnement du système économique et nous pouvons dire en un certain sens qu'il le contrôle », (R. Coase, 1992, pp. 717-18).

sera pas la même », (R. Coase, 1975, pp. 42-43)⁹.

Un tel point de vue prend en porte-à-faux la démarche initiée notamment par G. Becker et R. Posner qui cherchent justement à utiliser un comportement type pour l'ensemble des sphères institutionnelles et en particulier pour la sphère juridique et les juges (R. Posner)¹⁰.

C'est le nécessaire souci de réalisme qui impose de replacer les comportements dans un cadre institutionnel et d'identifier les mobiles d'action. « Dire que les individus maximisent leur utilité ne nous dit rien sur les raisons pour lesquelles ils s'engagent dans des activités économiques et nous dit rien sur le fait de savoir pourquoi les individus font ce qu'ils font », (R. Coase, 1975, p. 43). Il faut ainsi, pour R. Coase, s'intéresser aux mobiles réels qui guident les agents. C'est pour cette raison qu'il en vient à critiquer le principe du "as if" friedmanien¹¹. Pour M. Friedman en effet, ce n'est pas tant le réalisme des hypothèses qui importe que leur capacité prédictive. Peu importe par exemple que les entreprises n'aient pas conscience de maximiser leur profit. Le processus d'évolution fait que seules les meilleures survivent et il est possible de considérer qu'elles ont agi comme si elles l'avaient effectivement maximisé. R. Coase conteste une telle conception. « (...) placé dans un choix entre une théorie qui prédit bien mais nous donnant peu d'éléments sur le fonctionnement du système et une qui nous donne ces éléments mais prédit mal, je choisis la dernière », (R. Coase, 1981, p. 17). Avec ce genre de schéma nous sommes finalement en présence « de consommateurs sans humanité, de firmes sans organisation et même d'échanges sans marché », (p. 17). Pour expliquer le comportement il faut alors se référer aux déterminants de l'action qui ne sont pas les mêmes selon le cadre institutionnel. En ce sens, nous devons penser que les juges auront un comportement spécifique qui ne pourra se réduire à la rationalité maximisatrice¹². Une telle proposition constitue un enrichissement de la théorie du comportement dans la mesure où

⁹ « Il n'y a aucune raison de croire que la plupart des êtres humains maximisent quoi que ce soit tant que ce n'est pas déplaisant, et même avec un succès incomplet », (R. Coase, 1988a, p. 4).

¹⁰ « Je prends cela pour être le point de vue de G. Becker et de R. Posner selon lequel l'avantage décisif que les économistes possèdent en s'occupant des problèmes sociaux est leur théorie, ou leur approche, du comportement humain, le traitement de l'individu comme un maximisateur rationnel d'utilité », (R. Coase, 1975, p. 43).

¹¹ Cf. « The Methodology of Positive Economics », (1953).

¹² « Posner s'oppose aux concepts adoptés par Williamson comme celui de "rationalité limitée". J'ai aussi des réserves sur ce concept comme j'en ai sur tout concept économique qui comporte le mot "rationnel" (R. Coase, 1993b, p. 98).

elle réintroduit ce que U. Mäki (1998) appelle les « éléments manquants ». La nécessité d'un tel élargissement se trouve déjà en conclusion du « Problem of Social Cost »¹³. Les commentateurs y ont peu insisté, préférant discourir sur les hypothèses du théorème de Coase, sur lequel nous reviendrons ensuite. Il faut croire en tout cas que cet élargissement participe pour R. Coase d'une nécessité logique inscrite au cœur du processus de coordination.

« Je voudrais souligner que la croyance dans la main invisible n'implique pas que le gouvernement n'a pas de rôle à jouer dans le système économique. C'est tout le contraire. Si il est en général vrai que les hommes, suivant leur propre intérêt personnel agissent dans une voie qui est bénéfique pour la société, c'est, pour citer Edwin Cannan, « parce que les institutions humaines sont arrangées pour obliger l'intérêt personnel à travailler dans des directions où il sera bénéfique ». Notre tâche comme économistes est d'aider à l'élaboration et l'amélioration de telles institutions. En faisant cela, nous ne devons pas ignorer la face noble de la nature humaine quand cela peut être mis en jeu », (R. Coase, 1966, p. 444).

Nous pouvons remarquer le caractère impératif de l'agencement institutionnel, mis en évidence par l'utilisation d'expressions caractéristiques : « *obliger* l'intérêt personnel », « nous ne *devons pas* ignorer ». L'élaboration d'un tel cadre va avoir des conséquences importantes concernant l'un des outils privilégiés de la démarche économique, l'analyse coûts-bénéfices. Ceci permettrait de comprendre pourquoi R. Coase reste fidèle dans une certaine mesure aux résultats de la microéconomie mais entend aussi tenir compte de toutes les facettes du comportement. Ceci est particulièrement vrai pour les études en termes de coût-bénéfice.

« Cependant, dans la mesure où ces études sont généralement entreprises avec le but de faciliter la prise de décision, en particulier pour les décideurs publics [public bodies], avec le problème d'être choisies de manière sélective par de tels décideurs, plutôt qu'avec le but de comprendre le système duquel ces décideurs publics ne sont qu'une partie, et dans la mesure où des économistes travaillant dans des champs non familiers tendront à recourir aux travaux d'autrui pour leurs données, les économistes engagés dans ces études tendront à

¹³ « Mais il est, bien entendu, désirable que le choix entre différents arrangements sociaux pour la solution de problèmes économiques doit être entrepris dans des termes plus larges que cela et que l'effet total de ces arrangements dans toutes les sphères de la vie doit être pris en compte. Comme Frank H. Knight l'a souvent remarqué, les problèmes de bien-être économique doivent en dernier recours se dissoudre dans une étude esthétique et morale », (R. Coase, 1960, p. 43).

jouer un rôle utile mais subordonné, excepté dans le cas où les décisions particulières devant être sélectionnées sont fermement reliés à leurs objectifs centraux », (R. Coase, 1975, p. 40).

Il s'agit donc pour R. Coase de *comprendre le système global* au sein duquel sont prises les décisions et de souligner le *rôle subordonné* des économistes (et des outils utilisés) traduisant bien l'existence d'une pluralité de critères¹⁴. R. Coase relie donc les types de comportement aux types d'institutions préalables. Et fondamentalement, il n'est pas possible de comprendre le fonctionnement du système économique sans prendre en compte le lien sphère d'action (institutions)-comportement. Une telle idée rejoint ce qui a été évoqué précédemment concernant la posture réaliste. Comme il existe une pluralité de sphères d'action, il doit exister plusieurs types d'institutions susceptibles de promouvoir des comportements différents.

Cependant, à côté de ce qui vient d'être souligné, il existe une autre voie de recherche issue du « Problem of social cost ». N'est-ce pas en effet l'idée d'un optimum économique qui ressort globalement de cet article ? N'est-ce pas le principe économique de maximisation de la production que R. Coase entend mettre en avant ?

L'analyse de R. Coase peut en effet laisser largement présager dans « The Problem of Social Cost », une orientation des décisions juridiques selon un critère économique et éventuellement valider l'interprétation de R. Posner. C'est précisément la prise de conscience de l'interface droit-économique qui le mettrait en évidence. « Il serait par conséquent désirable que les tribunaux comprennent les conséquences économiques de leurs décisions et prennent, autant que cela est possible sans créer trop d'incertitude sur la position légale elle-même, ces conséquences en compte pour leur prise de décision », (R. Coase, 1960, p. 19). D'ailleurs R. Posner (1987, p. 1) le remarque : « Même si R. Coase ne cherche pas à étendre le domaine de l'économie, sa contribution fait que « son opposition est loin d'être totale ». R. Coase le souligne lui-même : dans l'interprétation des

¹⁴ Le statut finalement particulier que donne R. Coase à l'analyse coût-bénéfice est souligné par des auteurs comme S. G. Medema et R. Zerbe (1998, pp. 214-15). « L'analyse bénéfice-coût fut originellement créée dans cet esprit, comme un art par lequel l'économie peut fournir des informations utiles au processus de décision. C'est le vieil usage du terme, cohérent avec le développement de la technique de l'analyse normative originellement développé par les économistes, particulièrement utile pour la théorie économique et pour comprendre les limites de l'économie. Ainsi définie, l'analyse bénéfice-coût est un outil pour l'analyse des implications normatives mais n'est pas en soi primitivement normative mais plutôt descriptive ».

notions juridiques fondamentales, les juges tiennent compte au moins implicitement des conséquences économiques de leurs décisions.

« Les tribunaux ne se réfèrent pas toujours au problème économique posé dans les cas amenés devant eux mais il apparaît probable que dans l'interprétation des mots et phrases comme « raisonnable » ou « usage commun ou ordinaire » il y ait quelque reconnaissance, peut-être largement inconsciente et certainement pas très explicite, des aspects économiques des questions finales », (R. Coase, 1960, p. 22)¹⁵.

Doit-on alors en déduire que R. Coase échoue finalement à prendre au sérieux la spécificité du droit et qu'il se range implicitement derrière l'argumentaire posnérien ?

B/Le droit comme sphère spécifique.

Il semble que deux types de réponse peuvent être apportées à l'interrogation précédente. La première insiste sur le rôle croissant des mobiles économiques au sein mêmes des différentes sphères de décision. C'est notamment la voie empruntée par S. G. Medema et W. J. Samuels (1998). Selon eux, R. Coase constaterait en fait que la maximisation de la production constitue un critère de plus en plus important au sein des sphères de décision politiques. De ce fait l'économiste aurait un rôle central à jouer. D'une certaine manière cet argument s'appuie sur la conception coasienne de l'analyse coût-bénéfice. En effet, les économistes ont un rôle subordonné tant que le critère du champ dans le quel ils opèrent n'est pas la maximisation de la valeur. Mais nous voyons bien dans ce cas que le problème de compatibilité des mobiles n'est pas éludé (mais peut-il l'être à partir des arguments fournis par R. Coase ?). Que se passerait-il en somme si les décideurs politiques ne tenaient plus compte de la « face noble du comportement » évoquée par R. Coase ? Or, si l'intérêt personnel doit être canalisé, cela signifie que les décideurs politiques doivent éviter de suivre eux-mêmes des considérations économiques dans leurs décisions. L'interprétation de S. G. Medema et W. J. Samuels reste problématique et souligne de ce fait une incomplétude dans le schéma coasien.

¹⁵ Mais le choix d'un critère plutôt qu'un autre n'est peut-être pas le plus essentiel dans l'activité de rendre justice. « A la racine de toutes les institutions juridiques, on trouve cette idée nouvelle qu'un verdict, bon ou mauvais, vaut mieux qu'une querelle interminable. Par l'ordalie ou la consultation des augures, méthodes en usage chez les primitifs, on pouvait décider comme à pile ou face. Le roi prononçait, à tort ou à raison, mais il rendait service en terminant l'affaire sur un avis de Dieu », (C. N. Parkinson, 1964, p. 74).

Il existe toutefois un second type de réponse concernant l'articulation des mobiles de l'action. Il faut croire en effet que si certaines affirmations de R. Coase peuvent faire penser à la démarche de R. Posner, cela ne signifie pas que les juges doivent agir d'une certaine manière. C'est précisément parce qu'il est conscient de la pluralité des mobiles d'action, que R. Coase met l'accent sur les enjeux économiques sous-jacents des décisions juridiques. C'est en ce sens qu'il faut comprendre son positionnement au sein du courant *Law and Economics*. Il cherche à étudier, rappelons-le, l'influence du droit sur l'économie et non à expliquer le droit. D'ailleurs R. Coase n'a jamais cherché, de son propre aveu, à fournir une contribution à la théorie juridique¹⁶. Il est donc conduit à défendre le principe de spécificité des domaines, contrairement à ce que suggère R. Posner. Il faut en conséquence accepter la reconnaissance des critères économiques non pas comme un jugement de valeur mais comme un jugement de fait. Le fait qu'il soit souhaitable que les juges prennent en compte les effets économiques de leurs décisions est indépendant du fait de savoir s'ils le font réellement. Aucun critère de décision ne doit leur être imposé a priori de l'extérieur. Mais cela n'interdit pas aux juges de réfléchir aux conséquences économiques de leurs décisions.

La limite d'un tel raisonnement tient toutefois dans la nécessité logique de recourir à des éléments de droit et au discours juridique. En ce sens il semble impossible d'admettre l'importance de sphères étrangères à la sphère économique sans s'interroger sur leurs contenus et leurs problématiques. Si l'interprétation des actes de justice doit rester de la compétence des juristes, R. Coase pense qu'il est possible pour les économistes d'émettre des conjectures sur les décisions juridiques. C'est ce qui ressort d'une référence à un certain juge Prosser.

« Comme les spécialistes du droit, comme le juge Posner et d'autres écrits dans l'analyse économique du droit, ont adopté une vue similaire, cela suggère que mon interprétation de Prosser et des juges, bien mieux informés que je pouvais l'être, peut bien être correcte. Mais c'est une question que les juristes doivent discuter, en particulier celle fonctionnant dans l'analyse économique du droit », (R. Coase, 1996, pp. 105-106).

Mais existe-t-il des interprétations concurrentes à celles de R. Posner concernant notamment le juge Prosser ? Pourquoi la discussion ne doit-elle concerner que l'analyse économique du droit ? Le type d'interprétation dans ce courant ne risque-t-il pas d'être biaisé dès le départ ? Nous voyons donc que la position de R. Coase reste ambivalente. Il est certain en tout cas que le critère final en

¹⁶ Cf. R. Coase (1993a, p. 251).

matière de décision juridique ne peut se limiter à l'efficacité. Une telle conclusion renvoie alors à une exigence de réalisme.

« (...)l'économie du droit [Law and Economics] n'est pas sans coûts. L'arbitrage entre le besoin de réalisme et le besoin de théorie est un des plus importants, et auquel les futurs économistes du droit devront se confronter. Cependant, reconnaître une faiblesse dans l'économie du droit n'est pas une raison pour l'abandonner. Quels que soient ses inconvénients, l'économie du droit a aussi ses avantages. Après tout, alors que le vœu que l'efficacité doit servir d'objectif *unique* de la loi peut ne pas rencontrer un large support, de nombreuses personnes—peut-être la plupart des gens—croient encore que l'efficacité doit constituer *un* objectif du système juridique », (J. D. Hanson et M. R. Hart, 1995, p. 330).

Le fait que l'efficacité se présente comme un critère de la sphère juridique ne pose pas de problème d'un point de vue du réalisme des hypothèses. Ce critère doit être replacé dans un contexte plus large, ce qu'indique à plusieurs reprises R. Coase. Toutefois la volonté d'abandonner un comportement type transposable à toutes les sphères conduit R. Coase à ne pas réfléchir sur le droit. C'est précisément cette conséquence, pourtant conforme à sa démarche réaliste qui va poser problème. C'est ce que va nous permettre de montrer le règlement juridique des conflits dont la relation avec le « théorème de Coase », pourtant qualifié d'irréaliste par R. Coase, demeure trouble.

II/Le règlement juridique des conflits masque-t-il un retour du théorème de Coase ?

Nous voudrions montrer dans ce point que si l'hypothèse de nullité des coûts de transaction est irréaliste pour R. Coase, le cadre d'analyse défendu par celui-ci le ramène implicitement à une situation où ces coûts sont nuls (à un retour du théorème de Coase).

A. Une séquence de coordination fondée sur l'attribution individualiste des droits.

De toute évidence l'hypothèse de nullité des coûts de transaction qui enlève au droit une certaine primauté, n'est pas le monde coasien. R. Coase est ferme sur ce point, rejetant toute idée de filiation entre sa démarche et ce que J. Stigler (1966) a appelé le théorème de Coase. « Ce que mon argument suggère est le besoin d'introduire des coûts de transaction positifs explicitement dans

l'analyse économique afin d'étudier le monde tel qu'il existe », (R. Coase, 1988a, p15).

Toutefois au-delà de l'hypothèse sur les coûts de transaction, il est possible de déceler chez R. Coase une séquence invariante de coordination via le procès. Et c'est précisément cette séquence qui va poser problème. Elle prend la forme suivante :

Nuisances (externalités négatives) → recours en justice → attribution des droits → hypothèse sur les coûts de transaction.

L'hypothèse sur les coûts de transaction (négligeables ou prohibitifs) permet de savoir si les droits attribués par les juges sont échangés, ce qui permet alors de maximiser la richesse. La séquence proposée apparaît alors indépendante des coûts de transaction puisque ceux-ci interviennent en « fin de chaîne ». Mais c'est précisément cette hypothèse implicite qui est discutable. Il paraît en effet difficile de penser l'existence d'un conflit initial lorsqu'il n'y a pas de coûts de transaction. « Un recours juridique est la preuve positive que les coûts de transaction sont supérieurs à zéro », (E. R. Cordato (2000, note 1, page 206).

Si nous restons dans le cadre d'un questionnement interne à la théorie des coûts de transaction, nous devons interroger la raison profonde qui oblige R. Coase à défendre une séquence de coordination qui repose sur le rôle nécessaire du procès¹⁷.

Le procès est nécessaire à R. Coase car il en fait le lieu d'acquisition des droits selon une logique individualiste. Nous pouvons nous appuyer en ce qui concerne ce point crucial sur l'analyse d'E. Serverin (2000) requalifiant ainsi la démarche de R. Coase. « L'approche a véritablement été novatrice en tant qu'elle s'est attachée au *procès* comme lieu d'*acquisition de certains droits*, ayant ensuite vocation à *circuler* sur un marché », (E. Serverin, 2000, p. 111). Ce faisant, R. Coase réinterprète la logique judiciaire pour la

¹⁷ Une solution radicale consisterait à critiquer l'enracinement dans la théorie des coûts de transaction et notamment la comparaison à un monde idéal sans coûts de transaction. Cet idéal, comme l'indique P. Campbell (1997, pp. 320-21), est un objectif « paradoxal et confus » dans la mesure où on ne sait pas pourquoi il est irréalisable. « La négociation, le recueil d'informations, l'organisation, etc., au sein desquels les transactions s'insèrent sont non *seulement* des coûts, mais aussi les relations sociales qui sont essentiellement permissives de la transaction. La négociation est un coût, mais quel contrat pourrait être fait sans langage ? Le recueil d'information est un coût, mais quel contrat pourrait être fait dans une ignorance complète ? Toutes les actions, incluant toutes les transactions, peuvent prendre place uniquement au sein de relations sociales constitutives ». Cette critique de P. Campbell rejoint celle de R. Clower et P. Howitt (1995) puisque ceux-ci prétendent que R. Coase ne répond jamais à la question de savoir comment seraient organisés les marchés dans un monde sans coûts de transaction.

rendre compatible avec son analyse économique. Or il n'est pas certain qu'il existe des convergences entre « le "marché" des droits des économistes, et les divers "arrangements sur les droits" que connaissent les juristes »¹⁸. De plus, R. Coase

« transforme ce qui n'est, procéduralement, qu'une demande unilatérale de reconnaissance du bénéfice d'une servitude, en conflit entre deux droits de même valeur. En effet, dans tous les exemples retenus, les parties sont traitées comme autant de titulaires de « droits d'accomplir certaines actions », notamment dans le cadre de la jouissance de leur propriété privée (...) La question qui se pose aux tribunaux sera de déterminer, entre deux droits concurrents, mais a priori de valeur égale, celui qui doit être privilégié », (E. Serverin, 2000, p115).

Fondamentalement, la perspective ouverte par R. Coase apparaît à E. Serverin contraire à l'évolution récente de la gestion des terrains qui relève désormais de la règle administrative. Le procès n'apparaît plus alors comme le lieu d'acquisition des droits litigieux pouvant éventuellement ensuite se négocier librement. Nous devons donc en conclure que la volonté de maintenir un rôle fictif au procès relève d'une logique économique, sans préoccupation des évolutions juridiques et qui conforte en tout cas, selon E. Serverin, l'« économie du droit dans sa version traditionnelle », c'est-à-dire posnérienne.

R. Coase est-il alors désarmé pour répondre à la question de la gestion administrative des terrains, comme le suppose pourtant implicitement E. Serverin dans sa critique précédente ? En fait l'enracinement dans la théorie des coûts de transaction n'interdit pas de penser, avec la méthode institutionnelle, l'intervention des pouvoirs publics. Cette méthode, qui est présentée dans « The Problem of Social Cost », indique en effet qu'il faut comparer le coût des différentes alternatives institutionnelles (marchandage, firme, régulation) plutôt que d'en déclarer une omnisciente¹⁹. Au pire c'est le statu quo qui s'impose. La difficulté par rapport au problème précédent consisterait alors plutôt à concilier un raisonnement en termes d'attribution particulière des droits avec la possible intervention des pouvoirs publics. Dans l'interprétation d'E. Serverin le même cadre ne peut expliquer les deux types d'intervention. Soit le procès constitue le mode d'acquisition des droits, soit la gestion des ressources se fait de manière administrative. Reste alors la question du statut de l'attribution individualiste pour le raisonnement économique. En quoi R. Coase en a-t-il besoin pour espérer valider sa séquence de coordination, alors même que le raisonnement

¹⁸ E. Serverin, 2000, p. 113.

¹⁹ Pour D. A. Farber (1997), c'est une telle idée qui fait de R. Coase un auteur *pragmatiste*.

adopté repose sur une transformation et une déformation du discours et de l'évolution juridiques ?

Une façon de répondre consisterait à dire que la mise en concurrence de droits équivalents ouvre la possibilité même du calcul économique : attribuer le droit de telle manière à maximiser la valeur de la production. Il faut penser en termes réciproques pour R. Coase. Infliger une amende à la source de nuisance, c'est aussi créer une nuisance. Ainsi contrairement à la perspective initiée par A. C. Pigou, taxer systématiquement l'émetteur de nuisances n'est pas la meilleure politique du point de vue économique. Si la partie émettrice (A) peut éviter la nuisance à un coût de 80 \$ et la partie adverse (B) pour un coût de 50 \$, alors attribuer la responsabilité du dommage à (B) permet d'augmenter la valeur de la production de 30 \$ (80-50) par rapport à l'attribution inefficace. Mais cette façon de voir reste juridiquement discutable, confortant d'ailleurs le questionnement initial d'E. Serverin sur l'articulation droit-économie. En supposant des coûts réciproques elle nie, pour un auteur comme N. Duxbury (1998), la causalité qui constitue le sens de l'action légale. Il est clair pour R. Coase que la possibilité d'un équilibre, unique ou non, fondée sur l'attribution initiale des droits, suppose que les deux parties soient autant responsables l'une que l'autre du dommage²⁰. C'est précisément cette assertion qui servira de point de départ à l'énoncé du théorème de Coase. Ce dernier montre en effet que l'allocation des ressources ne dépend pas de la manière dont les juges attribuent les droits de propriété²¹. Nous pouvons reprendre

²⁰ « Si nous discutons du problème en termes de causalité, les deux parties causent le dommage », (R. Coase, 1960, p. 13). L'argumentation de R. Coase renvoie à dire qu'il n'y aurait pas eu de dommages (de nuisances) si le plaignant n'avait pas engagé une activité proche de la source de nuisance, fut-il le premier à s'être installé. Nous devons toutefois remarquer que l'idée de réciprocité se trouve déjà pour V. P. Goldberg (1976) chez J. R. Commons dont la volonté de rendre compte de la pluralité des critères de décision ne peut être soupçonnée. Faudrait-il alors remettre également en cause le jugement juridique de J. R. Commons ?

²¹ « Qu'une cave nouvellement découverte appartienne à l'individu qui la découvre, à celui dont le terrain contient l'entrée de la cave ou à celui qui est propriétaire de la surface sur laquelle la cave est située est sans aucun doute déterminé par la loi sur la propriété. Mais la loi détermine seulement la personne avec laquelle il est nécessaire de faire un contrat pour obtenir l'usage de la cave. Que la cave soit utilisée pour stocker des registres de banque, comme réservoir de gaz naturel ou pour cultiver des champignons dépend non de la loi sur la propriété mais laquelle de la banque, de la firme de gaz naturel ou de l'usine de champignon paiera le plus pour être capable d'utiliser la cave. Un des objectifs du système juridique est d'établir une délimitation claire des droits sur la base de laquelle la transfert et la recombinaison des droits prendra place sur un marché », (R. Coase, 1959, p. 25).

l'exemple du fermier qui voit une partie de ses récoltes endommagées par le passage des trains attenant à son champ. Si à l'issue d'un recours en justice, le fermier obtient le droit d'interdire le trafic ferroviaire, la compagnie de chemin de fer peut engager des négociations afin de lui racheter ce droit. « Mais, au bout du compte, c'est une procédure de marché (l'arrangement négocié) qui détermine l'allocation finale du droit », (T. Kirat, 1999, p. 62). Au final, c'est comme si le fermier était également tenu pour responsable des dommages subi et qu'il devait accepter qu'une partie de ses récoltes soient détruites. Ne changera finalement que la direction des montants à verser selon l'attribution des droits par le tribunal. Or comme nous le verrons ensuite, R. Coase est conduit à négliger cet aspect de la question.

La séquence de coordination implicitement défendue par R. Coase apparaît bien problématique. Une telle idée est renforcée si l'on veut bien considérer que le droit est une activité sociale mettant en jeu les compétences, les savoirs et les stratégies des acteurs. L'admettre renforcerait le souci de réalisme par la prise en compte de la richesse des interactions. Contrairement à ce que semble suggérer R. Coase, la solution des conflits n'est pas que juridictionnelle et ne repose pas nécessairement sur la formule « une demande + un juge + une décision qui règle tout », pour reprendre l'expression de P. Lascoumes et E. Serverin (1988).

« A bien observer et analyser des situations de conflits et de règlements, on constate qu'il n'y a pas de rapport univoque entre droit et situation. Ce sont au contraire les situations d'action qui produisent les actions et non un cadre formel prédéterminé. Dans des situations apparemment similaires, différents travaux ont montré à quel point pouvaient varier les formes juridiques mobilisées pour nommer le problème, mais aussi les formes de demandes, les voies procédurales suivies et les formes de règlement mises en œuvre. De plus ces travaux ont régulièrement montré la superposition et l'enchevêtrement des instances négociatrices, juridictionnelles et non-juridictionnelles », (P. Lascoumes, E. Serverin, 1988, pp. 175-76)²².

²² Les auteurs montrent notamment que le règlement d'un problème de pollution chimique d'une rivière dépend entre autres de la personne qui constate les faits : un inspecteur des installations, la gendarmerie ou un garde-pêche. A chaque fois est engagée une procédure administrative différente. Les auteurs remarquent de surcroît qu'une solution négociée a toujours plus de chance d'aboutir une fois l'infraction constatée.

Le processus d'atténuation du rôle du règlement juridictionnel peut même conduire, à l'extrême, à relativiser le rôle du droit lui-même, au profit d'une régulation fondée sur les normes sociales en vigueur. C'est notamment à ce genre de conclusion auquel aboutit un auteur comme R. Ellickson, même si sa démarche en termes de théorie des jeux répétés n'offre pas un cadre pertinent pour critiquer un manque de réalisme chez R. Coase²³. Nous pouvons néanmoins souligner qu'une telle perspective débouche implicitement sur une séquence de coordination différente de celle de R. Coase :

Nuisances → Hypothèse sur les coûts de transaction → utilisation des normes sociales si coût prohibitifs.

Nous voyons donc que la séquence proposée par R. Coase dans « The Problem of Social Cost » n'est pas la seule possible et qu'elle conforte en tout cas l'idée d'un cadre posé a priori²⁴.

Il apparaît au final que « The Problem of Social Cost », publié en 1960, met en jeu deux logiques bien distinctes, parallèles à la présentation de R. Coase en termes d'univers avec et sans coûts de transaction. Opposer les mondes avec et sans coûts n'a dans un premier temps pas d'importance puisque c'est à chaque fois la même séquence de coordination qui est défendue. Or c'est cette dernière qui semble problématique puisqu'elle met en avant le rôle central du

²³ S. G. Medema (1996, p577), soucieux de prendre en compte la pluralité des critères de l'action, s'appuie notamment sur R. Ellickson pour mettre en avant le rôle non nécessaire des mobiles économiques. Devons-nous croire alors, comme le suggère S. G. Medema, que les changements dans les pouvoirs relatifs et les opportunités contenus dans les droits de propriété ne sont pas pris en compte par des individus qui continuent à suivre les normes sociales existantes ? Nous aurions dans ce sens une véritable approche alternative à l'approche *Law and Economics* puisque les individus manifesteraient « un degré remarquable d'abstention dans leur réponse à ces opportunités de gain ».

²⁴ L'idée de partialité dans le choix de la séquence de coordination est confirmée par l'analyse économique de la résolution des conflits juridiques. La présentation des faits pertinents y apparaît alors différente de celle de R. Coase : « (...) si un litige est tranché par un tribunal, c'est que les parties n'ont pu se mettre d'accord ex ante sur l'affectation des pertes », (B. Deffains, 1997, p. 59). De même chez B. Frydman (1997, p. 133) : « (...) la solution négociée prévaut en règle sur le recours judiciaire conçu comme un cas limite, marginal, coûteux et aléatoire ». Dans ce cas en tout cas le procès n'est pas aussi omniprésent que R. Coase semble le suggérer. Une autre séquence de coordination doit alors être proposée :

Nuisance → Négociation (?) → Démarches légales → Hypothèse sur le partage du surplus → intervention du juge si absence d'accord.

Si nous confrontons cette démarche au schéma coasien, l'intervention du juge suppose que les parties ne peuvent s'entendre sur le partage du surplus. Or R. Coase fera de cette entente la condition de l'échange sur tout type de marché (section suivante).

procès et de l'attribution individualiste des droits. Une telle perspective interdit de penser tout un pan de la régulation juridique des nuisances non fondée sur une telle attribution. Elle ne permet donc pas de rendre compte de la réalité et ce d'autant plus que toutes les interactions possibles ne sont pas abordées. Ne pouvons-nous dire alors que la séquence de coordination imaginée par R. Coase le rapproche implicitement de « son » théorème, c'est-à-dire d'une situation où les coûts de transaction sont supposés nuls ?

B/Le retour du théorème de Coase.

L'éventualité d'un retour par la petite porte du théorème de Coase ne peut être totalement écartée, ce qui laissera toujours planer un doute sur la cohérence du raisonnement autour du réalisme. Trois idées peuvent l'illustrer.

Premièrement R. Coase continue de négliger, dans son recueil d'articles de 1988, *The Firm, the Market, and the Law*, constituant une sorte de mise au point, l'effet de revenu. La version forte du théorème de Coase consiste à dire en effet qu'un seul point d'équilibre est atteint, quelque soit la répartition initiale des droits—et non pas un point d'équilibre²⁵.

Or l'idée d'un point unique d'équilibre indique que l'identité des propriétaires (leur richesse initiale) n'a aucune importance dans le résultat final et que les modifications de revenus n'auront pas d'incidence sur la valeur de la production. Et c'est précisément la conclusion à laquelle aboutit R. Coase.

« Il ne peut être nié qu'il est concevable qu'un changement dans le critère pour assigner la propriété de droits originellement inconnus peut conduire à des changements dans la demande menant à son tour à une différence dans l'allocation des ressources, mais, à part des événements cataclysmiques comme l'abolition de l'esclavage, ces effets seront normalement si insignifiants qu'ils pourront être négligés », (R. Coase, 1988b, p. 174).

Le deuxième argument justifiant le retour du théorème de Coase et la supériorité de la négociation marchande est lié au partage du surplus issu de l'échange. Pour R. Coater (1982) par

²⁵ Prendre en compte l'effet de revenu revient à raisonner en équilibre général. Dans ce cas la direction des montants à verser pour acheter (ou renoncer à) un droit va modifier le revenu et les demandes sur les autres marchés et au final l'allocation des ressources. Dans la mesure où deux parties sont en jeu dans les cas de nuisances, deux équilibres sont possibles selon la manière dont est attribué le droit, au plaignant ou au défenseur.

exemple, c'est l'impossibilité d'entente sur ce partage et l'utilisation corrélative de menaces réciproques qui conduisent à l'intervention de l'Etat. Avec l'Etat se dessine toutefois la figure du Léviathan qui doit contraindre les comportements individuels²⁶. En situant le discours sur le terrain de la négociation bilatérale, R. Coase rencontre la question du partage du surplus. Conscient de la pertinence de la critique mise notamment en avant par R. D. Cooter, R. Coase va tenter de justifier la possibilité d'un échange même lorsque la question du partage du surplus se fait jour. Il répond alors plutôt à P. Samuelson²⁷, ce dernier critiquant précisément la possibilité d'un résultat efficient dans le cas du troc edgworthien, c'est-à-dire bilatéral.

« Il est sûrement vrai que nous ne pouvons parvenir à une telle fin si les parties sont incapables de s'entendre sur les termes de l'échange, et il est donc impossible de dire que deux individus négociant un échange doivent atteindre la courbe des contrats, même dans un monde sans coûts de transaction dans lequel les parties ont, en effet, une éternité pour négocier », (R. Coase, 1988b, p. 161).

Le problème consiste alors à savoir si les parties ne peuvent *jamais* s'entendre, ce que prétend P. Samuelson, d'après R. Coase.

« Ceux qui pensent qu'il est impossible de conclure des contrats trouveront qu'il y a ni vente ni achat et qu'il n'y aura par conséquent aucun revenu. Des traits de caractère qui mènent à un tel résultat ont une faible valeur de survie, et nous devons supposer (et je le fais volontiers) que normalement les êtres humains ne les possèdent pas et sont capables de partager leurs différends », (p. 162)²⁸.

²⁶ R. Cooter (1982) oppose d'ailleurs le théorème de Hobbes (et son idée de Leviathan) au théorème de Coase.

²⁷ Cf. *Foundations of Economic Analysis* (1947, p. 238 et s.).

²⁸ Nous devons remarquer que le simple fait d'évoquer l'impossibilité de l'échange, en dehors de l'hypothèse implicite de survie marque déjà, pour un auteur comme D. W. Allen (1998), une « capitulation ». Pour cet auteur l'impossibilité d'un accord n'est pas concevable si les coûts sont nuls. En définissant les droits comme les « coûts d'établissement et de maintien des droits de propriété », D. W. Allen maintient l'idée de droits de propriété nécessaires et suffisants à la coordination marchande. Toutefois si les coûts de transaction sont nuls, l'Etat ne peut-il parvenir au même résultat que le marché ? Une telle idée est notamment suggérée par C. Freedman (1993). Pour ce dernier, il n'y a aucune raison d'accorder une priorité au marché. Dans ces conditions, le moyen de parvenir au résultat désiré est une question d'esthétique. « Mais avec des coûts de transaction nuls, le théorème de Coase tient aussi. Cela signifie que soit l'échange marchand ou soit l'action gouvernementale élimineront sans coût toute inefficience potentielle

Au-delà d'une hypothèse de « survie », R. Coase considère qu'il n'y a aucune raison de croire que l'échange de droits pose davantage de problèmes qu'un autre type d'échange. « Dans chaque cas, il n'y a aucune raison de supposer que le degré d'indétermination sur le partage des gains sera plus grand dans les négociations sur les droits d'émettre de la fumée que dans des transactions que les économistes sont habitués à traiter comme l'achat d'une maison », (R. Coase, 1988b, p. 163). Cet argument est toutefois contestable dans la mesure où les droits représentent tout de même un objet spécial d'échange.

« De tels titres sont uniques du fait que souvent leur valeur ne peut facilement être déterminée par comparaison avec d'autres marchés, ils impliquent souvent de nombreux coûts d'opportunités ou irrécupérables aux parties, et souvent il existe une incertitude considérable sur leur existence et leur étendue appropriée », (H. Hovenkamp, 1995, p. 337).²⁹.

Le troisième argument associé au retour du théorème de Coase a trait à la nature des titres juridiques mis en jeu. Depuis la classification désormais académique de G. Calabresi et D. A. Melamed (1972), il est courant d'identifier trois types distincts de titres juridiques : la règle de propriété, la règle de responsabilité et la règle d'inaliénabilité. Cette distribution s'analyse elle-même dans le cadre plus large de l'activité juridique et correspond à une règle de protection particulière. En effet l'Etat se pose deux types de questions pour traiter des conflits. Il doit se demander d'une part à qui doit être attribué la protection juridique et d'autre part comment protéger l'individu concerné. Les différents titres juridiques correspondent alors à trois types de protection et d'actions juridiques induites. Les droits de propriété impliquent que la personne qui en jouit doit être informée avant tout empiètement et donner expressément son accord. Une règle de responsabilité implique simplement le droit à des dédommagements. L'inaliénabilité implique l'impossibilité d'échanger. Le détenteur d'un droit de propriété (règle de propriété) peut empêcher les nuisances occasionnées par injonction. En ce sens la négociation pour parvenir à un équilibre optimal n'a même pas lieu. On voit par conséquent que la nature des titres en jeu conditionne elle-même, non seulement le déroulement effectif des actions juridiques et économiques (négociation ou non,

due à la présence d'externalités. Dans chaque cas, le choix ressort davantage de l'esthétique que de la nécessité. Un décideur politique non biaisé sera indifférent dans le choix de l'une ou l'autre », (C. Freedman, 1993, p. 90).

²⁹ Cette question rejoint alors le problème plus général de la nomenclature des biens. La logique des coûts de transaction interdit, d'une manière générale, de penser un univers clos de caractéristiques permettant de définir avec précision les biens (Cf. E. Brousseau (1999)).

ressources mobilisées, etc.) mais aussi les outils économiques qu'il est possible d'utiliser pour appréhender la réalité. Or R. Coase n'est pas très clair sur point.

« Coase voulait en effet rendre compatibles une logique de négociation (qui suppose des droits négociables) et une logique d'indemnisation (de compensation de la perte de l'un par les gains de l'autre). Mais il situait son exposé sur le terrain de la responsabilité pour dommages. Or, juridiquement, celle-ci est incompatible avec la négociation car elle ne crée pas de droits négociables : elle détermine la valeur d'un préjudice, et donc celle de la créance d'indemnité à payer. Il n'y a pas, ici, matière à négociation ou à échange. En revanche, l'univers de Coase se situe sur le plan des droits protégés par une règle de propriété, qui crée effectivement des droits négociables : le réaménagement des droits attribués par un tribunal n'est logiquement concevable que dans ce seul contexte », (T. Kirat, 1999, p. 83).

Seules des *property rights* peuvent faire l'objet de la circulation marchande implicitement recommandée par R. Coase. Mais rien n'autorise à penser que l'attribution de tels droits est systématique. Par ailleurs, dans le cas de la pollution, ce n'est pas parce qu'une entreprise pollue et qu'elle n'est pas pénalisée, qu'elle détient un droit sur l'air. « Même en supposant que ce n'est pas l'imposition ou la non-imposition d'une pénalité mais la légalité ou l'illégalité de la conduite qui est importante, le simple fait qu'une action ne soit pas illégale ne signifie pas que celui qui engage une action a le droit de la faire », (D. H. Cole et P. Z. Grossman, 2001, p. 8). Pouvons-nous encore parler dans ce cas, de droits de valeur égale comme semblait le supposer R. Coase ?

Il apparaît alors que R. Coase se serve du droit pour conforter sa propre conception de la coordination qui n'est pas conforme, si ce n'est au réalisme, au moins à la conception décelable du réalisme chez ce dernier. Le réalisme de R. Coase apparaît par conséquent au minimum ambivalent. La mise au point de 1988 où R. Coase présente ses principaux articles concernant sa démarche institutionnelle n'est pas parvenue en tout cas à lever la tension issue du « Problem of Social Cost ».

Conclusion

Nous avons tenté de montrer au cours de cette discussion que l'analyse du lien droit-économie se faisait chez R. Coase dans le cadre d'une méthodologie particulière. Pour ne pas en effet reproduire l'économie du « tableau noir », il faut impérativement situer les comportements dans leur cadre institutionnel afin de gagner en réalisme. De ce fait c'est l'hypothèse de rationalité maximisatrice, dominante en économie qu'il faut questionner lorsqu'on aborde d'autres sphères et notamment la sphère juridique. Il s'agit alors de cerner le comportement des juges et des tribunaux. Or R. Coase n'est pas allé sur cette question jusqu'au bout de sa logique. Le problème n'est pas tant qu'il ne parvienne pas à expliquer le droit puisqu'il ne l'a jamais véritablement cherché. Le problème de fond tient dans le fait que sa démarche l'empêche de saisir le fonctionnement même d'une économie soumise aux règles juridiques. En défendant une certaine conception du procès comme lieu d'acquisition de droits selon une logique individualiste d'attribution, R. Coase reproduit finalement la logique du théorème (irréaliste) de Coase. Cette conception l'empêche alors de saisir la nature véritablement juridique des droits et le rôle des pouvoirs publics dans l'allocation des ressources. Cette lecture issue du « Problem of Social Cost » est renforcée avec la mise au point de 1988 (*The Firm, the Market and the Law*) alors que R. Coase entendait plutôt justifier une démarche centrée sur l'univers à coûts de transaction positifs.

La tension révélée dans l'analyse de R. Coase entre la volonté de réalisme et le retour contradictoire du théorème de Coase soulève plusieurs enjeux. D'abord elle remet en question la lecture traditionnelle et binaire, initiée par R. Coase, en termes de monde avec et sans coûts de transaction. L'enjeu concerne plutôt la séquence de coordination implicitement défendue et qui surplombe l'univers économique sous-jacent. C'est cette dernière qui ramène implicitement R. Coase vers « son » théorème. Envisager une autre séquence conduirait ensuite à relativiser le règlement juridictionnel des conflits juridiques afin d'étudier, dans un souci de réalisme, la richesse des interactions face aux litiges.

Au final c'est la singularité de la voie coasienne qui est questionnée. Contrairement à ce que suggèrent par exemple L. Bazolli et T. Kirat (1999) R. Coase n'apparaît plus si éloigné de la mouvance « post-coasienne » incluant notamment l'école des *property rights*, et qui se fonde sur le critère d'efficacité et les outils de la microéconomie. Ne pouvons-nous alors considérer qu'une véritable critique de la rationalité maximisatrice doit conduire à des approches davantage socio-économiques comme le propose E.

Beecher-Monas (2002)³⁰ ? Comment parvenir à concilier les exigences du réalisme dans le cadre de l'interaction droit-économie ?

Références bibliographiques

ALLEN Douglas W. (1998) : « Property rights, Transaction Costs and Coase : One More Time », in *Coasean Economics : Law and Economics and the New Institutional Economics*, S. G. Medema (Ed.), Kluwer Academic Publishers, pp. 105-118.

BAZZOLI Laure et KIRAT Thierry

(1999) : « La relation entre le droit et l'économie dans les traditions institutionnaliste et post-coasienne : enjeux pour l'analyse de l'évolution », *Economies et sociétés*, HS, n°35, pp. 69-90.

(2003) : « A propos du réalisme en économie des institutions et ses implications sur l'analyse des fondements juridiques des transaction économiques : Commons versus Williamson, *Economie Appliquée*, tome LVI, n°3, pp. 171-209.

BEECHER-MONAS Erica (2002) : « Challenging Coase : Socioeconomics explanations in the First Year Contracts course », *Public Law and Legal Theory Working Papers*, n°51, April.

BROUSSEAU Eric (1999) : « Néo-institutionnalisme, prix et normativité », *Economies et sociétés*, série P.E., n°28, pp. 5-30.

CALABRESI Guido et MELAMED Douglas A. (1972): « Property Rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral », *Harvard Law Review*, 85, n°6, April, pp. 1089-128.

CAMPBELL David (1997) : « The Relational Constitution of Contract and the Limits of "Economics" : Kenneth Arrow on the Social Background of Markets », dans *Contracts, Co-operation, and Competition*, S. Deakin et J. Michie (Ed.), Oxford University Press, pp. 189-210.

CLOWER Robert et HOWITT Peter (1995), « La monnaie, les marchés et Coase », dans *L'économie devient-elle une science dure ?*, A. d'Autume et J. Cartelier (Ed.), pp. 199-215.

COASE Ronald H.

(1937) : « The Nature of the Firm », *Economica*, 4, pp. 386-405, repris dans *The Nature of the firm. Origins, evolution and*

³⁰ Nous pouvons aussi évoquer sur ce point ce que C. Jolls, Cass R. Sunstein et R. Thaler (1998) appellent l'*approche comportementale de l'économie du droit* visant à fournir une alternative à la logique posnérienne.

- development*, Oliver E. Williamson, Sidney G. Winter (Ed.), Oxford university press, 1991, pp. 18-33.
- (1959) : « The Federal Communications Commission », *The Journal of Law and Economics*, 2, October, pp. 1-40.
- (1960) : « The Problem of Social Cost », *The Journal of Law and Economics*, 3, n°1, pp. 1 - 44.
- (1966) : « The Economics of Broadcasting and Government Policy », *American Economic Review*, 2, may, pp. 440-47.
- (1975) : « Economics and Contiguous Disciplines », *présenté lors de l'Association internationale d'économie à Kiel*, reproduit dans R. Coase, 1994, pp. 34-46.
- (1981) : « How Should Economists Choose », *The third G. Warren lecture in political economy, délivrée le 18 novembre au American Enterprise Institute for Public Policy Research*, Washington D. C. , reproduit dans R. Coase, 1994, pp. 15-33.
- (1984): « The New Institutional Economics », *Journal of Theoretical and Institutional Economics*, 140, n°1, pp. 229-33.
- (1988a): « The Firm, the Market and the Law », dans *The Firm, the Market, and the Law*, The University of Chicago Press, 1988, Paperback edition, 1990, pp. 1-31.
- (1988b) : « Notes on the Problem of Social Cost », dans *The Firm, the Market, and the Law*, The University of Chicago Press, 1988, Paperback edition, 1990, pp. 157-185.
- (1990): *The Firm, the Market, and the Law*, The University of Chicago Press, Paperback edition.
- (1992): « The Institutional Structure of Production », *The American Economic Review*, vol. 82, n°4, September, pp. 713-19.
- (1993a): « Law and Economics at Chicago », *Journal of Law and Economics*, vol. 28, April, pp. 239-54.
- (1993b) : « Coase on Posner on Coase », *Journal of Institutionnal and Theorical Economics*, 149/1, pp. 96-98.
- (1994): *Essays on Economics and Economists*, The University of Chicago Press.
- (1996): « Law and Economics and A. W. Brian Simpson », *Journal of Legal Studies*, vol. XXV, January, pp. 103-119.
- COLE Daniel H. et GROSSMAN Peter Z. (2001): « The Meaning of Property "Rights": Law vs. Economics », January, 11, <http://www.lulaw.indy.indiana.edu/instructions/cole/Meaning of Property Rights.pdf>.

- COOTER Robert D. (1982): « The Cost of Coase », *Journal of Legal Studies*, XI, 1, January, pp. 1-33.
- CORDATO Roy E. (2000) : « Chasing Phantoms in a Hollow Defence of Coase », *The Review of Austrian Economics*, vol. 13, pp. 193-208.
- DEFFAINS Bruno (1997) : « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *Revue française d'économie*, n°3, pp. 57-99.
- DUXDURY Neil (1998) : « Ronald's Way » dans *Coasean Economics : Law and Economics and the New Institutional Economics*, S. G. Medema (Ed.), Kluwer Academic Publishers, pp. 185-192.
- FARBER Daniel A. (1997): « Parody Lost/Pragmatism Regained: the Ironic History of the Coase Theorem », *Virginia law Review*, vol. 83, pp. 397-328.
- FREEDMAN Craig (1993) : « Shunning the Frumious Bandersnatch – an Unacknowledged Assumption of Coase's Theorem », *Economie Appliquée*, tome XLVI, n°2, pp. 81-100.
- FRIEDMAN Milton (1953): « The Methodology of Positive Economics », dans *Essays in Positive Economics*, University of Chicago Press.
- FRYDMAN Benoît (1997) : « Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit », dans T. Andréani et M. Rosen (dir.), *Structure, système, champ et théorie du sujet*, L'harmattan, pp. 127-46.
- GOLDBERG Victor P. (1976) : « Commons, Clark and the Emerging Post-Coasian law », *Journal of Economic Issues*, 10, December, pp. 877-93.
- HANSON Jon D. , HART Melissa R. (1996) : « Law and Economics », *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Dennis Patterson, (Ed.), Blackwell Publishers, pp. 311-330.
- HOVENKAMP Herbert (1995) : « Law and Economics in the United States : a Brief Historical Survey », *Cambridge Journal of Economics*, 19, pp. 331-52.
- JOLLS Christine, SUNSTEIN Cass R et THALER Richard (1998) : « A Behavioral Approach to Law and Economics », *Chicago Law and Economics Working Papers*, n°55(Second series), May.
- KIRAT Thierry (1999) : *Economie du droit*, Repères, La découverte.
- LASCOUMES Pierre et SERVERIN Evelyne (1988) : « Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques », *Droit et Société*, n°9, pp. 165-87.
- MÄKI Uskali (1998): « Is Coase a Realist? », *Philosophy of the Social Sciences*, 28, n°1, March, pp. 5-31.

- MEDEMA Steven G. (1996): « Coase, Costs and Coordination », *Journal of Economic Issues*, Vol. XXX, 2, June, pp. 571-78.
- MEDEMA Steven G. et SAMUELS Warren J. (1998) : « Ronald Coase on Economic Policy Analysis : Framework and Implications », dans *Coasean Economics : Law and Economics and the New Institutional Economics*, S. G. Medema (Ed.), Kluwer Academic Publishers, pp. 161-83.
- MEDEMA Steven G. et ZERBE Richard O., « Ronald Coase, the British Tradition, and the Future of Economic Method », dans *Coasean Economics : Law and Economics and the New Institutional Economics*, S. G. Medema (Ed.), Kluwer Academic Publishers, pp. 209-238. .
- PARKINSON C. Northcote, *The Evolution of political Thought*, The University of London Press, 1958, traduction française : *L'Évolution de la pensée politique*, nrf-Gallimard, 1964.
- POSNER Richard A. : (1987) : « The Law and Economic Movement », *American Economic Review*, vol. 77, n°2, May, pp. 1-13.
- SAMUELSON Paul A. (1947): *Foundations of Economic Analysis*, Harvard University Press.
- SERVERIN Evelyne (2000) : « Les marchandages sur les droits litigieux » dans *Le droit et l'action économique* (sous la direction de T. Kirat et E. Serverin), CNRS Editions, pp. 111-131.
- STIGLER G. J. (1966) : *The Theory of Prices*, The Macmillan Company, traduction française : *La Théorie des prix*, Dunod, 1972.