

L'efficiency – valeur du droit civil – un voyage d'exploration

présentation du 21 février dans le cadre du
Cycle des grandes valeurs du droit civil
organisé par la Chaire Jean-Louis Baudouin

- Ejan Mackaay
- Professeur émérite, Université de Montréal
- Fellow, Cirano
- ejan.mackaay@umontreal.ca
- ejan.mackaay@cirano.qc.ca

Mise au jeu – l’efficience

- Le mot « efficient » pourrait faire penser à « cause efficiente ». Il ne s’agira pas de ça
- L’efficience est aussi employée comme traduction du terme économique « *efficiency* »
 - Cet usage est qualifié d’anglicisme abusif dans mon Petit Robert de 1991, mais admis comme néologisme par Sibony (2008) et Royer (2009) et par les économistes consultés
 - Sibony, Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2008, p. 88, nt 184
 - Royer, Guillaume, *L’efficience en droit pénal économique - Étude de droit positif à la lumière de l’analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2009, p. 26 s., n° 17
- En ce sens, elle désigne la configuration de ressources qui donnera lieu à la contribution maximale au bien-être collectif, ou celle qui, pour une contribution donnée, exigera le minimum de ressources pour l’atteindre
- L’efficience est la valeur d’orientation des économistes, celle qu’il faut maximiser
- Par l’analyse économique du droit, elle est entrée dans le vocabulaire des juristes
- C’est de l’analyse économique du droit – AED – que traitera cette présentation

Mise au jeu – AED

- Le terme « analyse économique » pourrait suggérer une approche
 - voisine du droit des affaires
 - s'intéressant à la monnaie, les banques, la concurrence, la réglementation
- Cette désignation serait trop restreinte et couvrirait plutôt le « droit économique »
 - Farjat, Gérard, *Pour un droit économique*, Paris, Presses universitaires de France, 2004
- L'analyse économique du droit, tout en empruntant des outils à l'analyse économique, est plus vaste et s'intéresse à *tout* comportement humain soumis à une règle de droit
- Elle vise à ouvrir la voie à une *science du comportement humain*,
 - intégrant les apports des différentes sciences sociales,
 - en vue de comprendre les réactions des humains devant des règles juridiques qui leur sont appliquées, donc *l'effet des règles*
- Elle touche le droit des personnes et de la famille, le droit civil patrimonial, la propriété intellectuelle, le droit constitutionnel et administratif autant que le droit des affaires

Mise au jeu – les questions à discuter

- Les premiers articles en français sur l’AED remontent à la fin des années 1970
 - Mackaay, Ejan, « Les notions floues ou l’économie de l’imprécision », (1979) 12 *Langages* 33–50
- 40 ans plus tard - temps d’un recul et d’un inventaire :
- I. Si l’idée de lier économie et droit n’est pas nouvelle, comment est-on arrivé à la jonction précise que représente l’AED actuellement ?
- II. Comment raisonne-t-on en AED sur les règles juridiques ou des cas, et comment cela se distingue-t-il du raisonnement juridique ?
- III. Qu’apporte l’AED aux juristes et à la science juridique, et quel est son rapport avec leur savoir traditionnel ?
 - Des auteurs français ont exprimé les pires craintes d’un remplacement – à tort
 - Le rapport *Doing business* de 2004 a qualifié le droit français comme inefficent – à tort
 - Mackaay, Ejan, Est-il possible d’évaluer l’efficacité d’un système juridique ?, dans: *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques*, Jean-François Gaudreault-Desbiens, Ejan Mackaay, Benoît Moore et Stéphane Rousseau (dir.), Montréal, Éditions Thémis, 2009, pp. 21-46

I. Comment sommes-nous arrivés à l'AED ?

L'autonomie du droit

- Les juristes ont depuis toujours insisté sur l'autonomie du droit
- À l'origine, pour se défendre de l'ingérence des autorités dans leurs décisions
 - Posner, Richard A., "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987", (1987) 100 *Harvard Law Review* 761-780, p. 762
- Par la suite, pour maintenir le monopole des juristes ...
- S'il est admis que le droit a une mission sociale et qu'il faut en savoir un peu sur la société pour s'en occuper, les juristes semblaient convaincus, jusque dans les années 1960, que ce « peu » pouvait être acquis
 - Par le sens commun
 - Par l'étude détaillée des textes de loi et de la jurisprudence
 - Enrichie éventuellement par quelques années de pratique du droit
 - Posner, Richard A., "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987", (1987) 100 *Harvard Law Review* 761-780, p. 763

L'offre de services émergente des économistes

- Les économistes ont toujours admis la fonction d'encadrement du droit pour les activités économiques : propriété, contrat, responsabilité civile, droit criminel, droit des sociétés commerciales, etc.
- Jusqu'au milieu du siècle dernier, ils tenaient ces institutions pour données, fixées en dehors de leur champ de compétence, pour des raisons propres au droit
- Ils s'occupaient à déterminer quel agencement des paramètres proprement économiques devait conduire au bien-être collectif maximal
- Les choses ont changé lorsque, à partir des années 60, certains économistes ont « *thought out of the box* »
- Pour considérer les institutions juridiques plutôt comme des arrangements, qui, ayant des conséquences économiques prévisibles, pouvaient être choisies en fonction de celles-ci, c.-à-d. en fonction de considérations accessibles au calcul économique

L'offre de services émergente des économistes - suite

- Becker : thèse sur l'économie de la discrimination, comme liée au coût de s'informer sur les groupes discriminés (1957) ; autres travaux sur le capital humain et la famille
- Coase : une externalité est due à une spécification incomplète ou erronée des droits de propriété, qui peut être corrigée par les intéressés, sauf si des coûts de transaction les en empêchaient (1960)
- Demsetz : lorsque la demande accrue pour des fourrures rendait rares les animaux à poil, les tribus chasseurs en Amérique du Nord répondaient par la création de droits (collectifs) de propriété (1964)
- Calabresi : les règles de la responsabilité pouvaient se comprendre comme cherchant à instaurer un niveau de précaution proportionné au danger créé (1961, 1970)
- Manne : la responsabilité limitée des actionnaires, loin d'être un mauvais tour joué aux créanciers, devait faciliter l'accès au capital externe pour les entrepreneurs (1967)
- Ces résultats ouvraient un vaste agenda de recherche : déterminer pour toutes les institutions juridiques si leurs effets économiques permettaient de les comprendre

Les explorations des économistes

- Les explorations des économistes étaient basées sur des prémisses simples :
 - Les règles juridiques, en attachant des peines ou des récompenses aux comportements des individus modifient leurs incitations à agir
 - Les individus adaptent leurs comportements de manière rationnelle
 - La prévisibilité de ces réponses rend les effets des règles prévisibles
 - On peut déterminer si les effets prévisibles poussent dans le sens de l'augmentation du bien-être collectif (*efficacité économique*)
- La première vague d'explorations à travers le droit était très prometteuse
- Deux découvertes ont été essentielles pour convaincre les juristes
 - 1) Les règles juridiques ressortaient de l'étude économique comme si la plupart d'elles avaient été formulées pour *promouvoir l'efficacité économique*
 - 2) Les règles juridiques ayant cette caractéristique paraissent aux juristes comme étant *justes ou équitables*
- Cette deuxième découverte donnerait prise sur la notion fugace de justice !

Livrer le message aux juristes

- Il a fallu un juriste pour expliquer ces découvertes aux juristes
- Et pour montrer qu'elles valaient à travers les différents champs de droit
 - Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Cy, 1972, (1^e éd.); 2014 (9^e éd.)
- Posner formula la première découverte comme la thèse voulant que les règles de la *common law* américaine traditionnelle étaient efficaces ou devaient l'être
- Il a maintenu cette thèse à travers les différentes éditions de son traité (1972, p. 98 ; 2011, p. 320)
- En privé, il aurait admis qu'il y a là sans doute une part d'exagération
 - Priest, George L., "The Curious Treatment of Capitalism in Legal Education", (2012) 49 *Society* 216-222, at 221
- Dans la 8^e édition de son traité, 2011, p. 315, Posner ajoute :
 - « l'économie constitue la **structure profonde** de la *common law*, les doctrines du droit en forment la **structure de surface**. »
- Si cette thèse est juste, elle élargirait de façon remarquable l'agenda de recherche de l'analyse économique du droit !

II. Comment raisonne-t-on en AED ?

Un premier exemple – les ours polaires

- L'exemple bien connu de l'expédition pour photographier les ours polaires
- Reculons d'un demi-siècle
- Vous organisez une expédition coûteuse pour aller photographier et filmer des ours polaires au nord du Canada
- À votre retour, vous confiez le développement des films à une boutique spécialisée, qui les gâte irrémédiablement
- Qui doit assumer la perte ? (Admettons que le droit commun s'applique, qu'il n'y a pas de stipulation particulière)
- Pour le juriste, il peut paraître *injuste* de l'imposer à la boutique, vu qu'elle s'occupe normalement de matériel de valeur moindre (photos de famille) et ne pouvait prévoir des dommages si importants.
- Le Code civil limite les dommages contractuels à ce qui était prévisible (1613 QC ; 1150 FR)

Un exemple – les ours polaires - suite

- Et l'AED ? Elle examine les incitations qu'offrent les différentes solutions
- Si la *boutique* est responsable, elle envisagera plus de précautions ; machines plus sophistiquées ; assurance supplémentaire ...
- Pour la plupart des clients (si la boutique ne peut pas les distinguer), ces dépenses (incorporées dans le coût des services) sont superflues
- Si le *client* est tenu responsable, il peut prendre des précautions utiles : double équipement ; boutique spécialisée ; assurance supplémentaire etc.
- Ces frais restent imputés à la source et ne débordent pas vers d'autres
- En comparant les solutions, cette dernière est manifestement la meilleure
- Conclusion : solution juste = solution efficiente = solution du Code
- Bien entendu, en pratique, les boutiques vont s'informer de la valeur de l'enjeu et ajuster les précautions en conséquence

Un autre exemple – la responsabilité civile

- Examinons maintenant un champ où l'AED, depuis les premiers travaux de Calabresi, en 1961, a paru particulièrement convaincante : la responsabilité civile
- La doctrine civiliste estime généralement que ce droit vise surtout à indemniser les victimes d'actes fautifs
- L'AED ajoute que l'obligation d'indemniser envoie forcément un signal aux fautifs, les amenant à juger si la prévention de l'accident ne coûte pas moins cher que l'indemnisation
- On minimiserait ainsi la somme du coût des accidents et celui des précautions visant à les éviter (Calabresi 1970)
- La responsabilité civile aurait donc aussi une fonction incitative (à la prudence)

La responsabilité civile – suite

- Les composantes de la responsabilité s'expliquent alors aisément :
 - La *faute* consiste à laisser se produire un accident qui pouvait être évité à bon compte
 - Les *dommages* prouvés en cour et que le fautif devra payer lui servent de barème pour déterminer les précautions justifiables
 - On comprend l'intérêt de la maxime : *tout le dommage, rien que le dommage*
 - Le calibrage entre le préjudice et les précautions est *efficient*
 - La *causalité* restreint le signal des mesures de précaution à prendre aux personnes qui ont une prise effective sur l'événement dommageable
 - L'exigence de la *faculté de discernement* évite d'envoyer ce signal à des personnes qui n'y sont pas sensibles et l'envoie à un proche, qui, lui, l'est bien
- Une massive étude de terrain sur les effets réels de la responsabilité civile (torts) en 1996 conclut
 - Elle est trop aléatoire dans sa fonction réparatrice
 - Elle réussit un peu mieux sa fonction incitative (mais moins que les points d'inaptitude)
 - Dewees, Donald N., David Duff et Michael J. Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law - Taking the Facts Seriously*, New York, Oxford University Press, 1996

La responsabilité civile – suite

- Une fois ce cadre théorique établi, on peut étudier de multiples extensions :
 - La responsabilité sans égard à la faute (par exemple pour les fabricants)
 - simplifiera la preuve, tendant à mener à plus de condamnations
 - conduira par là peut-être à plus de précautions justifiées
 - mais pour les accidents « économiquement inévitables », elle impose une assurance implicite qui sera incorporée dans le prix du produit
 - Cette assurance donne une incitation à la recherche pour améliorer le produit
 - Si autant l'auteur du dommage que la victime peuvent prendre des mesures de précaution, qui se complètent ou se substituent, aucune répartition des dommages entre les deux parties n'assure une incitation optimale en toute circonstance
- Et bien d'autres questions
 - Quels seront les effets des dommages exemplaires ?
 - Quel effet aura l'action collective, compte tenu de la façon dont elle a été instituée, etc., etc.

Un troisième exemple - le don du sang

- Examinons maintenant une problématique un peu plus délicate, où le rôle de l'AED est un peu différent : le don du sang
- 25 CcQ : L'aliénation que fait une personne d'une partie ou de produits de son corps doit être gratuite; elle ne peut être répétée si elle présente un risque pour la santé
- Actuellement, le Canada importe 83% du plasma dont son système de santé a besoin
 - <https://blood.ca/fr/plasma/reserves-de-plasma>
- La plupart des pays avec la même règle au Code civil en importent également beaucoup
- *Moral outsourcing* ?
- Notre règle est parfois justifiée avec renvoi à Titmuss
 - Le paiement tue l'altruisme
 - On obtiendrait du sang de piètre qualité
 - Le système conduirait à une exploitation des pauvres au profit des riches
 - Titmuss, Richard M., *The Gift Relationship - From Human Blood to Social Policy*, N.Y., Vintage Books, 1971

Le don du sang - suite

- Un étudiant invité à en faire une thèse de bioéthique était totalement perdu
- Que dit l'AED ?
 - Décalage entre l'offre et la demande de sang → imperfection du marché
 - Ici due à une propriété incomplète, ce qui active le « *gabarit de la propriété* » :
 - La propriété vise à gérer les choses (devenues) rares (ayant de multiples usages, en concurrence)
 - Elle a un effet incitatif pour la bonne gestion de ses biens
 - Par le mécanisme des prix, elle contribue à équilibrer offre et demande
- Peut-on observer (autrement que par le marché noir) ce qui advient avec une propriété complète ?
 - Oui, aux Etats-Unis, on a progressivement libéré la vente du sang
 - Le don volontaire (*blood drives* dans les collèges et universités) coexiste avec la vente (liste de donneurs dans des hôpitaux, avec appel libre au « prix du marché »)
 - La vente du sang n'y tue pas l'altruisme
 - Les Etats-Unis sont devenus les premiers exportateurs de plasma au monde (WHO)

Le don du sang - suite

- Pour éviter le problème du sang contaminé et les dons trop fréquents, qui ne sont pas bons pour la santé du donneur, on a institué un registre national des donneurs
- Ce registre permet de compiler des statistiques sur le nombre de fois que les donneurs reviennent pour donner du sang
- On observe que les donneurs rémunérés reviennent plus souvent que ceux mus par le seul devoir civique
 - → effet incitatif de la propriété (gabarit de la propriété)
 - Un sondage confirme cet effet incitatif
 - Lacetera, Nicola, Mario Macis et Robert Slonim, « Will There be Blood? Incentives and Displacement Effects in Pro-Social Behavior », (2012) 4 *American Economic Journal: Economic Policy* 186-223
- L'AED fournit ici un cadre structurant, qui précise les enjeux du choix moral que nous faisons à travers l'article 25 CcQ

La rationalité des acteurs

- Le modèle économique présuppose que les acteurs sont parfaitement rationnels
- Réaliste ?
- Non, comme le documente la recherche en psychologie cognitive
 - Zamir, Eyal et Doron Teichman, *Behavioral Economics and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018
- Mais il est souvent coûteux d'être irrationnel ; on désire être rationnel et efficient
- En outre, Kahneman, prix Nobel et auteur de *Thinking, Fast and Slow*, 2011, a souligné, dans une entrevue avec la BBC, l'extraordinaire complexité de représenter dans nos modèles exactement toute déviation de rationalité
 - <http://www.bbc.co.uk/programmes/p00mmnj2>
- Le modèle du choix rationnel n'est donc qu'une approximation de la réalité
- Mais il s'en approche suffisamment pour beaucoup d'applications pratiques
- Exemple : en magasinant à Londres et voulant avoir une idée de ce que « cela coûte », on peut se contenter de calculer $1\text{£} = 2\ \$\text{ CDN}$ (même si le taux est de 1,77 € CDN)

III. Le rapport entre l'AED et le droit

Les règles du hockey sur gazon

- Pour mieux voir la nature du rapport AED - Droit, je vous propose un modèle sous forme d'une petite histoire vécue
- En 2012, j'ai pu assister à plusieurs événements aux Jeux olympiques de Londres
- L'un était un match de hockey sur gazon, sport que j'ai pratiqué dans ma jeunesse
- Le hockey sur gazon est un sport plus rapide que le foot et (aussi) agréable à voir
- J'ai remarqué que plusieurs règles du jeu avaient été modifiées, notamment :
 - Une balle sortie du terrain n'est plus rentrée en la roulant à la main, mais avec le bâton et le joueur, en la remettant au jeu, peut la garder pour soi
 - Le corner long, pris du coin du terrain, a été aboli et remplacé par un simple coup franc
 - Les règles pour 2017 (en anglais) se trouvent ici : <http://www.fih.ch/inside-fih/our-official-documents/rules-of-hockey/>

Le hockey sur gazon - suite

- Pourquoi avoir changé ces règles ?
- Je me suis alors rappelé que
 - Autant le corner long que le roulement à la main de la balle ralentissaient appréciablement le jeu
 - Sans donner un avantage notable à la partie qui devrait en profiter
 - Le corner long conduisait rarement à un but
- La modification de ces règles pouvait se comprendre dans l'optique de leur finalité :
 - Jeu intéressant à jouer pour les joueurs et à regarder pour les spectateurs
 - Rapide et avec de bonnes chances de marquer des buts
- D'autres règles pouvaient se comprendre dans la même optique
 - La *règle de l'avantage* : si une partie commet une infraction, mais que la balle est déjà en possession de l'autre partie, qui attaque, l'arbitre n'interrompt pas le jeu pour un coup franc
 - Cette règle aurait pu surgir d'une *interprétation* des règles existantes au sujet des coups francs dans l'optique de leur *finalité*

Le hockey sur gazon - conclusion

- Bon nombre de règles se comprennent à la lumière de la finalité du jeu
- La finalité *imbibe* en quelque sorte les règles
- Elle en est la trame sous-jacente uniforme, la *structure profonde*
- Pour réformer les règles, il faut retrouver et s'inspirer de leur finalité
- Pourtant, il est utile d'écrire les règles
 - pour qu'elles puissent être appliquées de manière rapide et routinière, sur la seule base du texte écrit
 - pour que les joueurs sachent à quoi s'en tenir
 - pour qu'ils puissent planifier leurs stratégies en conséquence
- Si les règles se prêtent à interprétation, celle-ci peut s'inspirer de leur finalité
- La règle écrite appliquée directement est efficiente, car économe
- Mais dès qu'il s'agit de formuler, d'interpréter ou de réformer les règles, la finalité revient au galop

La pratique du droit : l'affaire Piché

- Un dernier exemple pour illustrer comment l'AED peut servir dans la pratique du droit
- Comme nous l'avons vu en discutant des règles du hockey sur gazon, dès qu'il y a un problème d'interprétation, les considérations de finalité reviennent au galop
- Voici, en résumé, l'affaire québécoise de *Piché c. Fournier*, [2010] QCCA 188
 - Mme Piché a un fils schizophrène, Alain, dont elle s'occupe intensivement
 - Vieillissant et voulant assurer qu'on pourra s'occuper de lui lorsqu'elle ne sera plus là, elle le nomme héritier unique
 - Dans un accès de rage total (delirium), Alain tue sa mère à coup de machette
 - Au procès pénal, sur la foi du témoignage de l'expert psychiatre, Alain est déclaré criminellement non responsable, vu que, délirant, il ne réalisait pas ce qu'il faisait

L'affaire Piché - suite

- Le Code civil du Québec (corr. à l'art. 726 du Code civil français) prévoit
 - 621. Peut être déclaré indigne de succéder:
 - 1° Celui qui a exercé des sévices sur le défunt ou a eu autrement envers lui un comportement hautement répréhensible
- Le reste de la famille intente un recours visant à faire déclarer Alain indigne
- Question essentielle : les sévices présupposent-ils l'intention de faire mal ?
- Le plaideur pour la famille voudra faire appliquer l'article tel quel
- Celui qui défend Alain plaidera que l'article vise à décourager le mal intentionnel et qu'il ne s'adresse pas aux personnes incapables former une telle intention
- La cour, en tranchant, doit considérer les effets que provoquera sa décision en un sens ou dans l'autre
- Dans les faits, la famille gagne en première instance, mais la Cour d'appel infirme le jugement et donne raison à Alain

Conclusion

- Quelle est la place de l'AED ?
- Bien que l'AED fournisse plein de perspectives éclairantes sur le droit, elle n'est pas en soi une *théorie du droit* – elle ne dit pas ce qui est du droit et ce qui n'en est pas
- Elle est une *méthode* pour saisir les principaux effets (impact) des règles juridiques
- Dans le droit, le texte et l'impact sont intimement liés
- Pour l'application courante, l'approche texte domine
- Cela est parcimonieux, d'un point de vue économique
- L'informatisation des textes exacerbe cet effet de dominance (et peut même causer de l'inflation normative ...)
- Mais ultimement le droit est accepté pour ses effets sociaux désirables
- Désormais, le juriste peut disposer d'un outil plus sophistiqué que son intuition pour y accéder : l'analyse économique du droit
- Convainquons les juristes d'y avoir recours, dès lors qu'il s'agit d'interprétation, de réforme, de régulation nouvelle
- Et insérons-la dans la formation juridique à tous les niveaux