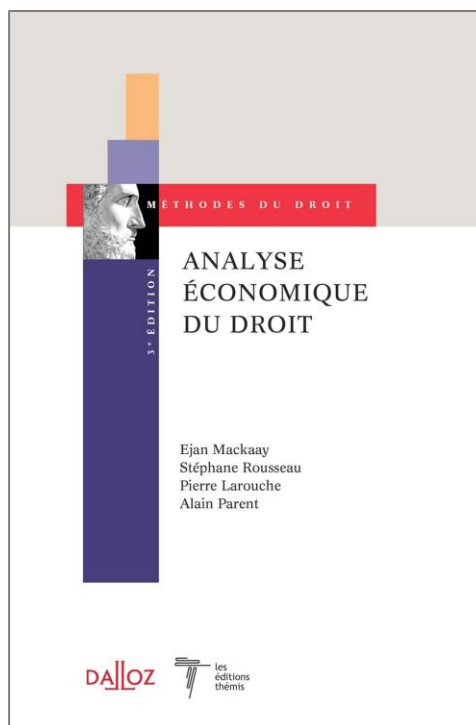




Analyse économique du droit



de Ejan Mackaay, Stéphane Rousseau,
Pierre Larouche et Alain Parent
Dalloz & Ed. Thémis (Collection Méthodes du droit),
2021, 3^{ème} édition (906 pages)

recensé par
Jean-Pierre Chamoux



Jean-Pierre Chamoux est professeur émérite de l'Université Paris-Descartes, il a publié une douzaine d'ouvrages sur l'économie de l'information et la communication. Membre actif de l'ICREI, il a contribué aux conférences internationales de cet institut depuis 1996. Il préside le Comité Jean Fourastié depuis 2007.



A propos de l'analyse économique du droit : une inter-discipline nécessaire

*La finalité du droit civil n'est (...)
ni le bonheur, ni la croissance, ni le bien-être (...)
mais simplement la justice avec un petit "j":
contraindre chaque homme à agir justement,
(et) reconnaître à chacun sa part de biens & de charges.
Philippe Rémy, 1986 ¹*

La sentence précédente est celle d'un vrai et humble civiliste qui s'inscrivait dans la droite ligne de l'école du droit civil français illustré au XX^e siècle récent par Michel Villey, par Jean Carbonnier, par Pierre Catala ou par Jean Foyer. Une école qui n'avait pas l'ambition de construire une société plus ou moins idéale comme le tentent trop d'administrativistes mais de découvrir, à travers le temps et les circonstances de la vie ordinaire, cet ordre implicite qui ressort d'une infinité d'actes individuels et qui, par tâtonnements, essais et erreurs de nos prédécesseurs, finit par accoucher d'une attitude mentale qui nous rend juris-prudents, c'est-à-dire capables de tirer les leçons de l'expérience accumulée par les autres !

Banalité, penserez-vous sans doute ? Pas vraiment si l'on s'en tient aux faits ; car c'est en s'instruisant progressivement ainsi et non en dictant à autrui ce que l'on estime être le bien et le juste pour lui, que l'on évite le chemin périlleux qui entraîna si souvent la société politique sur la Route de la servitude². Hayek, cet auteur étonnant, s'engagea en faveur de la « liberté en tout ». Il ne fut pas un économiste étriqué ; mais un penseur dont le savoir était étayé par une solide culture historique et philosophique ; cette maîtrise lui permit de porter sur la société et sur ses règles un regard dégagé de tout esprit de chapelle : ni étroitement

¹ Professeur à la Faculté de droit de Poitiers in : « Les civilistes français vont-ils disparaître ? » *McGill Law J.* 1986, 153.

² Essai de Friedrich von Hayek publié en 1944 ; traduction française aux PUF, (Quadrige n°69) Paris 2013.



économique, ni purement philosophique, ni politiquement connoté. Celui d'un « honnête homme », en somme, peut-être même d'un encyclopédiste installé par erreur dans la modernité ! Mutatis mutandis, il en est de même des juristes qui cherchent aujourd'hui à inscrire leur savoir dans le monde contemporain.

En publiant la troisième édition de leur traité d'Analyse économique du droit, Ejan Mackaay et ses trois acolytes de l'université de Montréal (Stéphane Rousseau, Pierre Larouche et Alain Parent) s'inscrivent dans la lignée des civilistes de langue et de tradition française que j'évoquais plus haut. Ils assument l'utile fonction d'être des passeurs inter-disciplinaires : en sortant le droit de sa gangue, ils l'associent étroitement à l'économie. Ils contribuent donc, en toute modestie, à jeter sur la règle de droit un regard plus libre et plus intelligemment critique que ne le font la majorité des compilateurs savants du droit contemporain.

* *

*

Déjà largement diffusée à l'international sous ses formats précédents, l'œuvre qui inspire cette chronique devient aujourd'hui un véritable manuel classique : plus de neuf cents pages de texte, assorti du dispositif qui s'impose à tout ouvrage de référence (notes, indexation, comparaison internationale etc.) Déjà enseignée aux facultés de droit depuis des années, cette forme d'analyse du droit s'adresse aux enseignants et aux étudiants qui choisissent cette spécialité; mais elle intéressera aussi un grand nombre de professionnels qui pourront y découvrir des pistes qui leur permettront de comprendre pourquoi et comment le droit civil s'inscrit dans l'économie moderne; de même, certaines branches de l'économie s'instruiront, elles aussi, du savoir juridique qui accompagne depuis toujours l'action des hommes, une synthèse que le grand von Mises avait nommé: *praxéologie*³ !

³ Étude de l'action des hommes.



1. Propos du traité de Mackaay & al.

Les juristes sont assez peu préparés à juger de l'effet que le droit exerce sur la société. Ce savoir, le grand œuvre d'Hayek titré en anglais *Law, Legislation & Liberty*, en distinguait finement les deux dimensions, bien différentes l'une de l'autre, qui séparent en effet le *Droit (Law)* de la *Loi (Legislation)*. On aurait aussi pu distinguer, en français, d'un côté l'*ordre jurisprudentiel* (que certains sont tentés d'appeler *naturel*, non parce qu'il serait lié à Dieu ou à la Providence, mais parce qu'il découle d'une tradition et de l'histoire) ; et, de l'autre, l'*ordre construit* qu'impose aux hommes soit une doctrine, soit la volonté politique de ceux qui assurent (temporairement) la destinée nationale⁴!

Dans son introduction, Mackaay rappelle pourquoi et comment apparut en Amérique du nord le besoin « de lire le droit » américain, traditionnellement jurisprudentiel, à l'aide de méthodes analytiques empruntées à la science économique (§ 22-26)⁵. Cet exercice fertile dont la pratique se poursuit depuis plus de quatre décennies, fut balisé par les éditions successives du traité fondateur de Richard Posner⁶. Il en résulterait que l'économie sous-tend la *Common Law* et que la doctrine juridique ne serait, en Amérique, que l'habillage d'un droit efficace !

On comprend dès lors qu'en passant le droit (principalement l'américain dans un premier temps) au filtre d'une analyse économique, on peut en révéler la cohérence, la rationalité, la norme implicite et la signification pratique, c'est-à-dire en *dévoiler l'impact social* pourrait dire un écologiste ! Corrélativement, cette méthode permet d'éprouver l'effet des règles juridiques, d'en faire une critique raisonnée et de les

⁴ Volonté qui fut longtemps celle du monarque en France ; son successeur, régnant aujourd'hui, se nomme *Législateur* !

⁵ Conformément à la tradition juridique et au principe d'indexation retenu par l'éditeur, je fais ici référence aux alinéas numérotés du texte plutôt qu'aux pages du livre.

⁶ Posner, Richard, *Economic Analysis of Law* [neuf éditions depuis la princeps (Little & Brown, Boston 1973) jusqu'à la neuvième (Wolters Kluwer, New York, 2014)]



relier à un présupposé politique, social ou même religieux (cf. § 35-37, à propos de l'avortement). Ainsi jaugée, la règle juridique se dévoile autrement que ne le font, par tradition, les manuels de droit ; et de la passer au crible d'une batterie de questions insolites comme : cette norme réduit-elle l'incertitude ou l'élargit-elle ? Contribue-t-elle à pacifier les relations sociales ou à accentuer les conflits ? Permet-elle de maîtriser le risque ou le multiplie-t-elle ? etc. L'analyse économique n'examine donc pas seulement « le droit qui est » ; elle prescrit parfois aussi, démarche qui a soulevé des interrogations aux États-Unis, pays de Posner, et qui pose des problèmes fondamentaux aux pays comme la France dont le droit est formé (depuis fort longtemps) par une loi normative bien plus que par la jurisprudence (§ 72-79).

Le véritable propos du traité apparaît alors clairement : il s'agit d'appliquer à la tradition codifiée du droit civil « à la française » (qui caractérise aussi le Québec) la méthode inaugurée par Posner dans le cadre de la *Common Law*. Et d'envisager d'appliquer ultérieurement cette même méthodologie à d'autres systèmes de droit. Inaugurée comme un *outil de doctrine* pour structurer le droit positif, l'analyse économique du droit pourrait ainsi stimuler la réforme du droit ; et aider, sans doute, à construire et à négocier les conventions complexes qui régissent le commerce mondial actuel, cette *lex mercatoria globale* qui permet, j'y reviens à propos des sûretés, de jongler avec des titres et avec les produits *dérivés* qui circulent depuis un demi-siècle sur les marchés financiers (§ 85-88).

2. L'essentiel de la méthode

La première partie du livre est intitulée « les fondements ». Elle explique une méthode qui s'inspire à la fois de l'individualisme et des *choix rationnels*. Cette démarche suppose que les hommes conduisent leur vie et décident de leur avenir en pleine conscience, que rien n'est vraiment écrit d'avance et que c'est l'expérience transmise qui nous permet de parer le moins mal aux aléas de la vie. Ce modèle, certes imparfait, conserve un attrait indéniable ne serait-ce que pour son aptitude à appréhender le risque. Les consommateurs, par exemple, ne



sont, dans cette hypothèse, pas des êtres mineurs que la réglementation doit « protéger » contre un « diable manipulateur » qui se cacherait derrière la publicité commerciale et les propositions d'un hypermarché virtuel comme *Amazon* !

En pratique, soutiennent nos auteurs, l'*hypothèse de rationalité* suppose seulement que chaque agent se comporte à peu près rationnellement (même si sa rationalité est parfois limitée !) ; elle n'est pas très éloignée de ce que supposent les règles civiles concernant la propriété, le contrat, les obligations ou la responsabilité, définis tant en France qu'au Québec, par le code civil. Cette convergence de principe, la philosophie libérale l'associe à l'*individualisme méthodologique* qui rapproche les économistes des civilistes. Au surplus, si l'on veut bien considérer les phénomènes sociaux comme la résultante d'une multitude de décisions individuelles (et non comme l'expression d'une volonté abstraite, mythique, irrésistible, extérieure et supérieure à chacun) cette hypothèse aide à saisir le sens du droit qui régit la société transnationale contemporaine (§ 154-156).

Après ces prolégomènes quatre chapitres, plutôt didactiques, abordent: la *gestion du risque et de l'incertitude* par le droit (chap. 2 : assurance, aléa moral et risque commercial) ; la mécanique juridique qui s'efforce de *discipliner les interactions humaines* (chap. 3 : coordination, coopération, resquille et théorie des jeux) ; l'approche des *phénomènes de marché* par le droit civil (chap. 4 : échange, monopole & concurrence) ; et, enfin, l'*encadrement du pouvoir politique*, notamment dans le contexte de la démocratie représentative (chap. 5). Je reviendrai sur certains de ces sujets parce qu'ils touchent des questions très contemporaines et parce qu'ils sont illustratifs de ce que propose l'analyse économique du droit pour comprendre le *marché*, la *propriété intellectuelle* et les *sûretés* abordées à la fin du livre.

C'est pour mettre les questions précédentes en valeur et pour en signifier l'importance à l'ère de l'internet et des échanges globaux que cet ouvrage a été remanié depuis la seconde édition de 2008 ; cela permet en particulier de tenir compte des suites de la grande crise financière de 2007-2009 : encadrement de l'innovation financière, des



« fintechs » et découverte de nouvelles monnaies privées, strictement fiduciaires.

3. Quelques cas d'école

a. Intermédiation & concurrence

L'organisation d'un marché et le rôle que jouent les comportements concurrentiels et le système des prix sont résumés en une quarantaine de pages (§ 365 à 485) qui n'appellent pas de commentaire particulier⁷. Ces rappels constituent le chapitre 4 de la première partie de l'ouvrage. Intitulé « Droit de la concurrence » et sérieusement retravaillé par rapport à l'édition antérieure, le chapitre 1 de la troisième partie du livre rassemble d'importantes précisions sur les droits américains et européens de la concurrence qu'il résume synthétiquement (§ 1517 à 1546 pour l'antitrust américain ; et § 1547 à 1561 pour l'Europe communautaire) avant d'en dresser une synthèse comparative qui est fort utile pour bien repérer les convergences et les divergences entre ces deux doctrines. Car si ces deux droits s'appuient parfois l'un sur l'autre, ils comportent des différences, aussi bien sur le plan institutionnel que judiciaire. Pour ne pas trop alourdir cette chronique, je souligne seulement trois points.

- i. Devenu en quelques décennies un élément très visible de l'ordre économique mondial, le *droit de la concurrence a pris des proportions que l'on pouvait difficilement prévoir lorsqu'il est apparu en Amérique au XIX^e siècle* (§ 433 sq.). Ce droit exerce son influence bien au-delà du droit national ; de nos jours, les autorités qui ont la charge d'appliquer l'antitrust n'hésitent pas à poursuivre des comportement qu'elles jugent illicites au dehors

⁷ Sauf, peut-être, celles qui résument ce que la doctrine a baptisé « imperfections » ou « défaillances du marché ». Je m'en tiens sur ce sujet à l'expression de François Facchini que j'endorsse : "ce n'est pas le monde réel qui est défaillant ; mais la représentation irréaliste qu'en ont fait les économistes mathématiciens !" » in : *Les dépenses publiques en France*, de Boeck, Louvain-la-neuve, 2021 (p. 72).



de leur juridiction : à l'instar des prétentions extraterritoriales du droit américain⁸, le droit de la concurrence européen a élargi ses prétentions à l'échelle transnationale : il *poursuit* des opérateurs multinationaux gérés selon une *lex mercatoria* qui est de plus en plus apatride, j'y reviens plus loin.

- ii. Plus le temps passe et plus les conditions de concurrence apparaissent comme « un élément central de l'ordre juridique et de l'économie marchande » (§ 1514). Initialement inspiré par des motivations de politique interne, *l'antitrust* américain s'imprègne d'un *modèle abstrait* qui le conduit à *organiser* et à *définir* a priori *ce que doit être un marché* ; la doctrine exploite, en particulier, une notion construite, celle du *marché pertinent* auquel les opérateurs économiques sont invités à se conformer, *qui guide un régulateur* dont le champ d'action⁹ ne cesse de s'élargir au fil du temps. De plus en plus inquisitoriale, l'instruction antitrust frôle le *procès d'intention* ; de plus, les poursuites débouchent souvent sur des transactions qui ressemblent plus à une *sanction fiscale* qu'à une décision de justice ! Le droit européen de la concurrence et des ententes ne s'est, de son côté, jamais départi de son inspiration germanique : dérivé de l'ordo-libéralisme de Fribourg, la doctrine anti-cartel germanique était déjà une forme d'analyse économique du droit ;

⁸ C'est le seul droit national qui peut aujourd'hui faire réellement exécuter ses décisions judiciaires à l'extérieur de son territoire national, prérogative qui conditionne les politiques fiscales, monétaires, militaires et commerciales à peu près partout dans le monde. Ce caractère impérial (la Grande-Bretagne en a bénéficié aux XVIII^e et XIX^e siècles comme la Rome impériale dans l'antiquité) n'a pas d'équivalent à ce jour !

⁹ En Amérique du nord, il s'agit principalement de la *Federal Trade Commission* (régulateur dont les membres sont nommés par l'exécutif et confirmés par le Sénat) ainsi que du ministère fédéral de la Justice; en Europe communautaire, c'est la Commission européenne (organe exécutif) qui surveille le marché et décide des sanctions ou des restrictions éventuelles imposées aux opérateurs qu'elle poursuit; ces décisions peuvent être soumises à l'appréciation des tribunaux et de la Cour de Justice européenne.



elle fut imaginée par des juristes et des économistes d'après-guerre qui se déclaraient *libéraux*, mais étaient surtout unis par leur commune horreur des *Kartels*¹⁰, ces ententes entre industrie et politique qui marquent le destin de l'Allemagne au XX^e siècle, période funeste pour ce grand pays européen !

- iii. le *droit de la concurrence* espère, en définitive, sanctionner et même éradiquer des comportements que le législateur considère soit comme une perversité en soi (*l'entente*, par exemple § 1571 sq.) ; soit comme nuisible à des tiers (concurrents, clients ou fournisseurs § 1581 sq.) ; soit, enfin, parce que la doctrine les considère comme *antinomiques avec son idéal-type*, ce qui la pousse à agir contre toute firme qui, sans être un monopole au sens strict, *pourrait rendre toute concurrence impossible* (§ 1588 sq.). Comme cette notion est floue et relative, l'instruction peut facilement déboucher sur une issue critiquable. Une telle accusation postule aussi que les dirigeants d'une firme sont de parfaits cyniques qui les conduit inéluctablement à abuser de leur *position dominante* !

Toutes ces questions, d'une évidente subtilité, sont traitées en détail ; cette étude comparative, précise et documentée éclaire un droit qui tend à exercer un contrôle strict, tant *a priori* qu'*a posteriori*, sur les comportements économiques qu'il voudrait normer !

b. Nouvelles formes de propriété

La notion de propriété est omniprésente dans cet ouvrage ; reconnu depuis des temps immémoriaux comme l'auxiliaire des échanges économiques, le *droit de propriété* est ontologiquement lié au commerce, à l'industrie et à l'exploitation des ressources (§ 759-765). Il est aussi nécessaire pour coordonner l'usage de biens incorporels comme la musique, la littérature, la propriété industrielle ou les titres fiduciaires

¹⁰ Le fédéralisme d'après-guerre et la loi fondamentale de la République fédérale ont aussi été *construits* pour éviter la renaissance d'une alliance diabolique : cela explique le caractère impératif de l'anti-cartel allemand (BKA).



qui ont une importance considérable dans l'économie contemporaine.

C'est le droit civil qui définit les conditions d'appropriation des biens qui circulent au sein d'une société policée. Depuis l'antiquité classique, le droit occidental a défini comment attribuer la propriété d'un bien à tel ou tel individu, voire, par extension ou par analogie, à telle ou telle *personne morale*. Au fil des siècles, ces conditions se sont affinées pour répondre à des situations nouvelles et à l'esprit inventif des marchands, des prêteurs, des inventeurs voire des hommes politiques. Confrontés à des situations imprévues, les juristes s'efforcent d'accompagner la nouveauté et de trouver des montages juridiques qui prolongent et complètent le droit établi.

L'expansion de l'industrie et des échanges internationaux a multiplié depuis longtemps les occasions d'inventer du droit ou d'en élargir l'application et la portée. Récemment, l'informatisation des marchés, de la monnaie, des bourses et d'autres titres fiduciaires (actions, obligations, connaissements maritimes, marchés à termes ou à option, opérations de change etc.) a permis de nouvelles formes d'appropriation, inspirées parfois par le droit littéraire et artistique qui était apparu à la fin du XVIII^e siècle.

Les titres de propriété reposent sur des conventions qui expriment la répartition des droits et des obligations des parties tout au long de la vie du contrat qu'ils ont imaginé ensemble¹¹. Ces conventions doivent évidemment dire clairement l'intention des parties, prévoir les modalités d'exécution future, s'adapter aux circonstances et désigner les gages que les uns ou les autres consignent pour assurer la sûreté juridique de leur accord ! Le chapitre 2 de la seconde partie du « Mackaay » développe, au-delà de l'appropriation classique des choses¹², une réflexion *dynamique* sur ce qu'il appelle « les nouveaux

¹¹ En fixant, par exemple, le terme d'une garantie hypothécaire, le dénouement à terme d'une promesse conditionnelle de vente etc.

¹² Comprenant, selon la tradition latine, les trois attributs romains : *usus* (jouissance de la chose), *fructus* (exploitation de la chose) et *abusus* (consommation, voire cession de la chose).



objets » appropriables dont la plus grande partie n'est d'ailleurs pas constituée d'objets matériels mais de droits incorporels tels qu'un créneau d'atterrissage sur un aéroport, un crédit-bail, la franchise d'une marque, une partie démembrée d'un bien immobilier ou foncier, des droits de pêche ou de chasse etc. (§ 779 - 783).

Cet exposé souligne que l'*acception juridique* et l'*acception économique* d'un droit de propriété ne coïncident pas toujours. Cela est sans doute un corollaire de la croissance du niveau de vie et du bien-être des populations qui jouissent de conditions de vie et d'existence très améliorées depuis la fin du second conflit mondial. Le cadre juridique se spécialise, il porte sur des détails plus fins et plus subtils qu'auparavant. Accessibles à tous ou presque, de multiples prestations de services (voyages, tourisme, divertissement, sports, etc.) exigent des dispositions précises. De nouvelles formes d'exploitation et de jouissance se sont multipliées depuis le milieu du XX^e siècle : location de voitures, pratique de la plaisance, amodiation des ports, libre-service d'engins urbains, échange de domicile, co-voiturage, équipements & prestations informatiques, services audiovisuels, abonnements Internet, réseaux sociaux... Notre époque invente et multiplie donc des conventions pour définir et pour organiser l'accès et le partage d'objets très divers (corporel ou incorporels) dont l'usage, la transmission et la propriété sont précisément définis par des contrats.

L'inventivité économique incite donc le droit à préciser et à nommer de nouveaux *objets de droit*. En peu d'années, les plates-formes Internet ont particulièrement augmenté le nombre et la variété de ces droits qui sont parfois susceptibles d'être démembrés, aussi bien dans le temps que dans l'espace. Cette *différentiation de la propriété privée* touche aussi des biens d'équipement, meubles et immeubles, dont la *détention privative et exclusive* était la règle (automobile, domicile, résidence de loisir, avion privé, voilier etc.). Parfaitement imprévisibles il y a une trentaine d'années, ces pratiques se répandent comme une traînée de poudre : il est tout à fait clair que l'ubiquité et la mondialisation des services à distance et des plates-formes Internet ont accéléré et



démocratisé ces pratiques¹³ (*AirB&B, Trivago, Uber* etc.).

Parlant en juristes, nos auteurs soulignent qu'il importe d'assurer la maîtrise effective de l'objet par son propriétaire et de lui en garantir l'exclusivité (§ 790-792). Pour un bien corporel, l'aptitude du propriétaire à faire respecter par autrui l'accès à son bien et sa jouissance licite sont des appendices nécessaires au droit de propriété ; quant aux biens incorporels (logiciel, propriété littéraire, artistique ou commerciale comme une marque) ils doivent surtout se défendre contre un « passager clandestin » : il leur faut pour cela mobiliser des moyens techniques (le cryptage d'une émission hertzienne ou d'une musique, par exemple) autant que juridiques (clauses pénales des contrats, notamment). Le chapitre 2 de la troisième partie du livre développe un vaste domaine qui comprend toutes les formes de propriété intellectuelle. C'est un domaine dans lequel la doctrine économique et la pratique juridique s'étaient mutuellement afin de fonder solidement l'appropriation par l'innovateur, par l'entrepreneur et par le créateur dans un monde ouvert et très largement marchand (la mode, les logiciels, les données et les procédés industriels, en particulier).

c. Sûretés & respect des engagements

Je complète le panorama précédent en évoquant la garantie des engagements acceptés par ceux qui signent quotidiennement des millions (ou même des milliards) de contrats qui les engagent dans une « nouvelle économie » qui est particulièrement appréciée par nos contemporains. Dans la troisième partie du « Mackaay », les chapitres 4 (relatif aux marchés financiers) & 5 (concernant les sûretés) abordent ces sujets.

De plus en plus d'opérateur financiers tirent parti des opportunités qu'offrent les nouvelles technologies de communication. Des opérations financières complexes impliquent des partenaires intéressés par la

¹³ La *multi-propriété* des appartements de vacances, par exemple, tant à la montagne qu'en villégiature côtière, élargit considérablement le nombre de ménages qui accèdent à de telles facilités.



découverte d'un marché, d'une application, d'une technologie ou d'un service nouveau ; tous ces paris entraînent soit un *risque de perte sévère* en cas d'échec ; soit un rare *gain exceptionnel* si les circonstances s'avèrent porteuses pour l'opération. Des réglementations d'ordre public encadrent, à peu près partout, les marchés financiers ouverts au grand public¹⁴ ; elles sont, pour l'essentiel, destinées à informer les investisseurs non-professionnels et à prévenir des manœuvres *d'initiés* qui peuvent léser gravement un épargnant ordinaire. Mais ces règles « consoméristes » sont inadaptées au genre d'investissement et de risque qu'impliquent des projets d'entreprise vraiment novateurs.

4. Innovation technique, vitalité économique & finance mondiale

L'économie de l'information — comme le fut avant elle l'économie industrielle au XIX^e siècle — invite depuis cinquante ans les investisseurs privés à investir dans un grand nombre d'opérations prometteuses mais toujours aléatoires ; l'ouverture internationale des pays occidentaux, de l'Asie du sud-est puis de la Chine communiste, plus récemment, ont stimulé ce type de projet¹⁵. Dans le sillage de ces industries (puces électroniques, ordinateurs, télécommunications, Internet, jeux vidéo, etc.) les marchés financiers ont trouvé une nouvelle

¹⁴ A l'occasion d'une augmentation de capital, de l'émission d'une dette obligataire, d'une fusion/acquisition etc.

¹⁵ Il est instructif de comparer la période présente avec celle de la reconstruction d'après-guerre (les *Trente Glorieuses* de Fourastié). A cette époque (1945-1975) les *banques d'escompte* et les prêteurs privés finançaient directement l'entreprise, dans un cadre régional ou national. Pendant la période suivante (1975-2000 environ), des investisseurs professionnels privés jouant sur des *effets de levier* (*sociétés de capital-risque* et *business angels*) ont financé l'innovation par des mécanismes bien plus proches du management des firmes. Quant aux *fintechs* qui se sont multipliées depuis l'an 2000, elles composent et gèrent des produits financiers complexes qui s'échangent sur les marchés mondiaux (opérations indicelles, options, *swaps* et produits dérivés : voir § 2319 à 2338).



jeunesse, surtout en Amérique. L'expérience a cependant prouvé que les opérations risquées suscitent des emballements et des retours en arrière, et donc le risque d'une forte variation des cours. A titre d'exemple, les firmes qualifiées de « *dotcoms* », cotées au *Nasdaq* de New York, principal marché d'actions automatisé du monde¹⁶, ont subi une forte correction autour de l'an 2000¹⁷. Après assainissement, celles qui ont survécu à cette petite crise se sont très bien redressées. Quelques-unes ont bu le bouillon !

Plus sérieuse et plus profonde, la grande crise financière qui a touché successivement les États-Unis, l'Europe et le reste du monde entre 2007 et 2009 fut d'une tout autre nature¹⁸. Elle provoqua de grands bouleversements, le moindre n'étant pas l'apparition d'une quasi-monnaie privée, le *bitcoin*, premier d'une très longue et très diverse série de *cybermonnaies*.

Indissociable de la finance contemporaine, l'innovation

¹⁶ Première plate-forme d'échange de titres complètement automatisée, le *Nasdaq* a été créé par des agents de change (*dealers*) ; c'est le débouché naturel des entreprises technologiques qui réussissent.

¹⁷ J'en ai résumé les raisons dans : *L'ère du numérique l'enjeux des données massives*, ISTE, London, 2017 p. 48-54 [La crise de l'an 2000].

¹⁸ De nombreuses banques ont été victimes de la « crise des subprimes » : elles avaient acquis des titres risqués, fondés sur des hypothèques américaines. Une directive fédérale de 1977 (*Investissement Community Act*) fut une cause cachée de cet accident financier : pour stimuler l'accès à la propriété, l'État fédéral incitait les banques américaines à prêter à des ménages presque insolubles. Exemptés des règles prudentielles imposées aux établissements de crédit hypothécaire, deux établissements spécialisés, *Fannie Mae & Freddie Mac*, garantissaient ces dettes. L'innovation financière a certes contribué au succès de ces objets toxiques ; mais elle n'a pas créé le risque qui résultait d'une politique publique ! Cf. Richard H. Timberlake: "The Federal Reserve Role in the Great Contraction and the Subprime Crisis" in: *Cato Journal*, vol.28, n° 2, spring-summer 2008.



technologique transforme en effet profondément la *question d'argent*¹⁹. Depuis les années soixante qui virent l'informatique traiter peu à peu toute les fonctions bancaires (financières et de gestion), les établissements financiers ont suivi le même mouvement : bourses, changes, assurances, compagnies de portefeuille etc. L'automatisation généralisée dématérialisa de très nombreux titres de propriété²⁰. Depuis lors, l'argent n'est plus qu'un *signe incorporel* qui se détient, s'échange et se transforme à l'occasion de *transactions* dont la seule trace durable est constituée par des écritures comptables informatisées.

La grande crise financière a confirmé que la politique et la doctrine monétaire poussent les autorités publiques à jouer avec les taux d'intérêt et avec leurs devises²¹. Échaudés, des opérateurs privés internationaux ont tiré parti des possibilités techniques existantes pour créer des *signes quasi-monétaires* qui échappent à la mainmise politique. Ainsi s'est constitué un premier système autonome, en marge des devises habituelles qui restent l'apanage d'un gouvernement ou de l'autorité déléguée des banques centrales. Malgré la réticence des autorités monétaires, l'émission et l'usage des cybermonnaies ont explosé en dix ans : plusieurs milliers de tels signes existent en 2021, dont un tout petit nombre supporte en majorité les échanges (le bitcoin, l'éther et leurs dérivés comme le théter et le ripple). Ces « jetons électroniques » ont provoqué un réel engouement chez les amateurs avertis, bien informés sur ces techniques ; et une très forte incompréhension — voire la répulsion — de ceux dont les activités ou les intérêts sont profondément liés aux institutions publiques qui gèrent les devises (banques centrales, régulateurs & argentiers publics, tout

¹⁹ Titre d'une pièce de théâtre de Dumas-fils créée en 1857, en plein *boom* boursier ; la pièce fut reprise en 1999-2000 à Paris, pendant la crise des *dotcoms* !

²⁰ Le Nasdaq, cité plus haut, date de 1971.

²¹ La prodigalité des banques centrales facilite en définitive l'endettement public à des taux d'intérêt négatifs ! Cette création monétaire exerce un effet imprévu sur l'épargne des ménages américains : Tyler Durden, 29 juin 2021, <https://bit.ly/2Vt6XQU>.



particulièrement).

Les acteurs impliqués sont largement répartis dans le monde ; ils partagent les mêmes passions, s'affrontent ou s'allient pour faire progresser une technique qui repose en grande partie sur des logiciels d'accès libre (*open source*) au sein d'une communauté apatride qui est toujours prête à s'opposer à la reprise en mains de leurs affaires par la puissance publique. Ce milieu est difficile à comprendre et à peu près impossible à contrôler par des institutions qui les jugent de l'extérieur. La plupart de ces groupes sont décentralisés ; leur coopération repose sur des chartes que l'on peut lire sur les sites *ad hoc* ; leurs divergences d'opinion, de stratégie ou de méthode s'étalent au grand jour, opposant, par exemple, des systèmes pair-à-pair comme celui du *bitcoin* à des systèmes centralisés comme celui du *ripple*. Hors de toute règle publique, ces organismes formulent librement leurs principes, constituent peu à peu leur coutume et règlent leurs différends par des méthodes bien affirmées, celle de quitter le groupe auquel ils appartenaient, par exemple, pour fonder une communauté dérivée mais indépendante de celle qu'ils abandonnent²².

L'émission des jetons monétaires, les conventions qui les régissent et la valeur qui leur est reconnue lors des transactions — soit pour les échanger contre des devises ordinaires, soit avec d'autres *cyber monnaies* — relèvent d'un ordre marchand qui échappe aux États-nations. Nos auteurs ont donc raison de dire (§ 2230 sq.) que ces jetons posent aux régulateurs financiers de vraies questions. De quoi s'agit-il : de « titres financiers » justifiables des régulations qui protègent le grand public ? De « valeurs mobilières » ? De contrats d'investissement ? Ou d'autre chose ? Les réactions sont désordonnées ; elles frisent par moment l'anathème. L'ubiquité des transactions, la discrétion des acteurs et la relative faiblesse des enjeux actuels qui n'arrivent pas à la cheville des grands échanges financiers mondiaux, laissent un champ presque vierge à des *initiés* d'un type très particulier. Il n'en reste pas moins que les cybermonnaies ont acquis le droit d'exister et qu'elles ne

²² La dissension (*fork* en anglais) entraîne la formation d'une monnaie nouvelle, dérivée de la précédente : *litecoin*, dérivée de *bitcoin*, par exemple.



sont pas prêtes à disparaître, sinon par l'effet d'un oukase que seul des pays comme la Corée du nord, l'Iran ou la Chine sont en mesure d'imposer, pour le moment du moins²³.

Quelques notes conclusives

En définitive, l'équipe québécoise entraînée par Ejan Mackaay apporte une utile recension des interactions entre le droit, l'économie moderne et l'innovation technique. Les auteurs soulignent que de fécondes novations juridiques, principalement inspirées par le droit privé, soutiennent l'économie actuelle. Chemin faisant, les innovateurs posent aux juristes qui les accompagnent des questions touchant, par exemple, à ce qu'ils attendent d'un signe monétaire, à l'usage qu'ils veulent en faire et au rôle de la monnaie dans une économie ouverte. Ces interrogations sont fortement marquées par les technologies de communication ce qui me conduit à dire quelques mots sur l'alliance, plus nécessaire que jamais, des sûretés juridiques et des garanties que fournit la technique à cet égard. Une distinction s'impose toutefois entre (§ 2348) :

- les « sûretés personnelles » qui reposent sur l'engagement du contractant à respecter ses promesses, engagement moral qui fonde évidemment une « société de confiance »²⁴ sans laquelle l'ordre civil risque de s'effondrer, sujet qui sort de notre propos ;
- et les « sûretés réelles » qu'offre le bien qui garantit l'exécution des promesses d'un débiteur qui se trouve empêché de les honorer autrement que par le gage qu'il a fourni.

Au-delà de la fonction économique des sûretés (§ 2351 *sq.*), le régime

²³ Décision chinoise d'interdire le minage dans le Sichuan, annoncée récemment. Cf. Entretien avec Rémi Bourgeot, chercheur à l'Iris : <https://bit.ly/3E2UZ1S> (21 juin 2021).

²⁴ Titre de l'essai de l'ancien ministre gaulliste Alain Peyrefitte qui avait consacré une thèse tardive à ce sujet, résumé dans ce livre publié en 1995 (Odile Jacob, Paris).



du cautionnement et celui de l'hypothèque qui sont traités dans la section 2 du chapitre 5 de ce livre doivent désormais tenir compte de la dématérialisation des titres de propriété, y compris celle des hypothèques assises sur de l'immobilier (§ 2422). Cela implique depuis peu des procédures virtuelles, ainsi qu'une éventuelle titrisation que j'évoquais à propos des *subprimes*. De même, le nantissement de droits sociaux n'a plus la signification que lui donnait le droit civil depuis des siècles : il est inscrit dans le grand-livre d'une banque, d'un registre public ou d'une bourse dématérialisée ; le titre est marqué du gage, mais il n'est plus entre les mains du débiteur. Pressé par ces nouveautés, le droit des sûretés doit relever un vrai défi (§ 2446). La technologie informatique et les *chaînes de blocs* dans lesquelles peuvent s'inscrire des droits incorporels pourront enregistrer simultanément le gage ou le nantissement et le droit réel sous-jacent²⁵.

La technologie transforme donc profondément les sûretés et leur mise en œuvre. Mais elle change aussi d'autres choses. Les plates-formes Internet et les réseaux sociaux chamboulent les relations interpersonnelles et méritent donc une attention particulière. Le succès planétaire de ces gigantesques *chambres d'écho* ouvre toutes grandes les portes à la rumeur, à la calomnie, à l'invective et même à l'insulte, rejetant sans vergogne la plupart des comportements policés qui guidèrent les hommes depuis des siècles. Des vertus sociales comme la discrétion et le respect d'autrui, la police du langage, le courage de ses opinions et la maîtrise de soi, tombent en désuétude. Tout est-il passé par profits & pertes ? C'est l'une des questions qui me soucient.

De nouveaux acteurs interviennent enfin dans le processus machinal qui permet de mobiliser les gages, par exemple sur le marché

²⁵ Décentralisés et ubiquitaires, ces systèmes sont sans attache territoriale précise car de nombreux intermédiaires se partagent le soin d'entretenir des traces dont le contenu est accessible sur le *net* de partout. Dans un système comme *Bitcoin*, les *mineurs* suivent les transactions et archivent une copie de la chaîne.



interbancaire des *euro-dollars*²⁶. Contrepartie de l'automatisation des échanges financiers, les frais de transaction et le coût de conservation des titres baissent ; corrélativement, les procédures qui engagent créanciers et débiteurs s'écartent des usages traditionnels : l'analyse économique des sûretés ouvre donc une boîte de Pandore !

L'importante révision de la troisième édition de « *L'analyse économique du droit* », je l'ai signalé en ouvrant cette chronique, ne pouvait pas tout traiter en détail. Mais elle pose d'utiles jalons pour l'avenir, à propos des monnaies et des systèmes financiers, par exemple.

* *

*

Je souhaite évidemment que le commerce international retrouve rapidement son allant et qu'une nouvelle vague de mondialisation puisse relancer les échanges, les rendre encore plus fluides, plus instantanés et moins coûteux qu'auparavant, apportant un nouvel espoir de bien-être aux populations qui n'ont pas encore atteint leur plein développement, en Amérique latine et en Afrique notamment. Il sera temps alors d'appliquer la méthode que décrit « le Mackaay » à d'autres systèmes de droit que le nôtre.

Pour le proche avenir, j'imagine cependant les difficultés politiques, techniques et juridiques que peuvent provoquer des *pirates informatiques* privés ou des *États-félons* qui songent, semble-t-il, à saper les fondements de l'économie ouverte au sein de laquelle nous vivons plutôt bien depuis un demi-siècle. Dans la discrétion de leurs officines, se niche une partie du *dark web* qui, de Saint-Pétersbourg, à Pyongyang ou à Lagos, s'efforce de déstabiliser notre monde. Or, je viens de

²⁶ Cf. Henri Lepage : *J. des Libertés* n°7 (2019) : « les eurodollars sont des dépôts à terme libellés en dollars, déposés auprès d'une banque établie hors des États-Unis (...). Cet immense réseau mondial de banques et d'institutions financières est aujourd'hui la principale source de liquidité en dollars dans le monde. (Ces) crédits (sont) financés par un contrat de *repo* (ré-hypothécatation) garanti par un dépôt collatéral de valeurs sûres (des obligations d'État par exemple) ». <https://journaldeslibertes.fr/article/lere-du-global-money/>



l'évoquer, plus nous dématérialisons nos titres, plus nous prêtons le flanc à des cyber-attaques destructrices !

Comme d'autres, je suis depuis longtemps sensible au fait que l'informatisation décentralisée qui pousse à adapter nos pratiques juridiques au changement technique entraîne aussi une vulnérabilité accrue de notre société. Je me suis intéressé à ce grave défi depuis longtemps : « les vrais scénarios catastrophes de la société informatisée touchent évidemment à la guerre et au combat terroriste »²⁷. Certes, cette menace dépasse l'analyse économique du droit dont je viens d'évoquer quelques aspects.

Elle tracasse, à juste titre, les grands pays occidentaux et le Japon ; et il n'est pas indifférent que des pays traditionnellement neutres et hautement développés comme la Suisse et la Suède s'en soient préoccupés plus tôt que d'autres. J'espère revenir bientôt sur ce thème qui relève d'une inter-discipline différente et complémentaire de celle qu'abordent Mackaay et ses collègues : talon d'Achille du monde développé, la fragilité de notre société technologique ne menace-t-elle pas à la fois notre stabilité économique et nos institutions politiques, y compris dans leurs droits ?

²⁷ Extrait de la conclusion de mon essai : *Menaces sur l'ordinateur*, Le Seuil, Paris 1986 (p. 220).