



**HAL**  
open science

## Marchandisation et judiciarisation : la régulation judiciaire des relations marchandes

Christian Barrère

► **To cite this version:**

Christian Barrère. Marchandisation et judiciarisation : la régulation judiciaire des relations marchandes. *Économie appliquée : archives de l'Institut de science économique appliquée*, 2001, *Economie de la Justice*, 2001/3 (3), pp.9-37. 10.3406/ecoap.2001.1769 . hal-02615448

**HAL Id: hal-02615448**

**<https://hal.science/hal-02615448v1>**

Submitted on 9 Jun 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# **Marchandisation et judiciarisation : la régulation judiciaire des relations marchandes**

**Christian Barrère, Ceras-EDJ, Université de Reims**

christian.barrere@univ-reims.fr

## **Abstract**

Failures of judiciary system are growing. At the same time, Courts become a new important power. The paper explains the paradox by focusing on competition intensification and market order expansion. Judicial system is the new main place to mix market and political norms.

## **Résumé**

L'institution judiciaire devient l'institution centrale de la régulation sociale aujourd'hui, alors que le système judiciaire paraît de moins en moins efficient. L'article rapporte cette judiciarisation à la marchandisation de nos sociétés de droit. Il montre que la marchandisation, dans ses dimensions intensive et extensive, accroissement de la concurrence entre les acteurs économiques, nouvelle articulation entre logique marchande et logiques non marchandes, accroît le rôle du système judiciaire dans ses trois fonctions, garantir l'application du droit, interpréter le droit, dire le juste. Ce faisant, le système judiciaire tend à devenir le lieu principal d'organisation concrète de la coexistence entre logique économique du marché et logique politique de la République.

**Version préliminaire à l'article publié in  
Economie appliquée,  
numéro spécial Economie de la justice,  
septembre 2001, n°3, pp. 9-38.**

## **Marchandisation et judiciarisation : la régulation judiciaire des relations marchandes**

Le monde des affaires critique la lourdeur, la lenteur, l'inefficacité et l'inadaptation de la justice au traitement des contentieux modernes dans un monde de flexibilité qui privilégie souplesse des procédures et rapidité des prises de décision. Pourtant les procès entre firmes se multiplient. La régulation publique ou supra-nationale donne une place croissante à des autorités administratives indépendantes qui rendent des décisions judiciaires. Les litiges entre gouvernements ou agences gouvernementales et entreprises ou syndicats professionnels, qu'ils se situent au niveau national, européen ou international, débouchent de plus en plus souvent sur des arrêts judiciaires. Le système judiciaire (pris au sens large comme ensemble des institutions judiciaires, classiques et autonomes, qui rendent des décisions ayant force de loi) prend un rôle croissant dans le fonctionnement et l'orientation de la régulation sociale qui concerne le marché. Il est au cœur de l'actualité, quand il s'agit d'appliquer le droit, de l'interpréter ou de pallier ses lacunes, dans les domaines les plus divers marqués par l'approfondissement de la concurrence et l'extension de la marchandisation : délits d'initiés, règles de transparence et fonctionnement des marchés financiers, contrôle de la concentration et application du droit de la concurrence, définition des contrats et marchandisation du sport, problèmes de bioéthique et marchandisation du vivant, responsabilité médicale et problèmes du dopage ou du sang contaminé, droit du travail et problèmes des procédures collectives de licenciement,... Pourquoi ce recours accru à un judiciaire par ailleurs vitupéré, pourquoi ce rôle central de l'institution judiciaire, pourquoi cette judiciarisation des relations marchandes ?

Le rôle croissant de la régulation judiciaire des relations marchandes n'est certes que l'un des aspects d'un mouvement général de judiciarisation dont les facteurs sont multiples. Le gonflement de la demande de justice est lié à la croissance démographique, à l'urbanisation, à la substitution d'une régulation juridique et judiciaire à des régulations (famille, religion,..) en régression, à l'extension de formes de régulation à des domaines nouveaux (protection des enfants, lutte contre le sexisme, ..), à des changements dans l'articulation régulation politique/régulation administrative/régulation judiciaire,...[cf. par exemple, pour un constat global, Fauchon-Jolibois 1996]. L'analyse économique elle-même propose divers éléments d'explication. L'approche du Public Choice insiste sur la volonté des professionnels de la justice d'élargir leur domaine d'intervention et leur pouvoir, l'approche socio-économique des politiques publiques met en avant le défaussement du politique sur le judiciaire. Par rapport à cet ensemble, notre propos est limité à plus d'un titre :

- nous nous limiterons à un domaine du mouvement de judiciarisation, celui qui concerne la régulation judiciaire des relations marchandes.
- dans ce domaine nous nous limiterons à l'étude de la judiciarisation et laisserons de côté celle de la juridisation, c-a-d que nous n'étudierons pas les raisons qui poussent, mécaniquement, à une extension du périmètre judiciaire en corrélation avec celle du droit.
- nous raisonnerons dans le cadre de la France, les mouvements de judiciarisation étant fortement affectés par les spécificités des formations sociales, tant sur le plan des formes de fonctionnement économique (et notamment concurrentiel) que sur celui des grands principes juridiques qui gouvernent l'organisation sociale des droits. L'existence d'un *patrimoine* juridico-judiciaire français conditionne la relation qui s'établit entre développement de la concurrence et développement de la judiciarisation.

- nous nous intéresserons à l'effet sur la régulation judiciaire des relations marchandes du changement dans les formes de régulation marchande consécutif au passage d'un capitalisme fordien auto-centré, le système des années 60, au capitalisme globalisé des années 2000. Il entraîne un développement de la logique de la concurrence marchande qui prend, en France, deux formes, une forme intensive, le changement des formes de concurrence avec le passage d'une convention de concurrence paisible à une convention de concurrence durcie, une forme extensive, avec la remise en cause du partage entre régulation marchande et régulation non marchande. Notre hypothèse est que ces évolutions induisent une judiciarisation qui donne un rôle central dans la régulation sociale à une institution non marchande, l'institution judiciaire.

Nous montrerons que la marchandisation accroît la demande d'enforcement du droit par le système judiciaire (I) mais, surtout, qu'elle tend à en faire le lieu principal d'organisation concrète de la coexistence entre régulation selon la logique économique du marché et régulation selon la logique politique de la République (II).

## ***1 Intensification de la concurrence et garantie du droit par le juge***

### **1.1 le problème du respect du droit**

Le système judiciaire est un mode efficient d'organisation d'une société de droit fondée sur la pacification des relations sociales par le droit et la monopolisation de la violence privée par une organisation centralisée et pouvant, de ce fait, développer pleinement des rapports d'échange marchand. La justice est production efficiente de coopération efficiente [Posner 1973, Landes et Posner 1979, Cooter et Ulen 1988]. Une formalisation simple permet de le montrer en comparant une situation sans justice capable de faire appliquer le droit et une situation avec appareil judiciaire. Imaginons que deux individus, deux groupes ou deux firmes aient le choix entre deux stratégies pures, respecter dans un contrat particulier leurs engagements contractuels (r et R), ne pas les respecter (nr et NR). La matrice des gains est la suivante (pour le moment nous identifions gains monétaires et leur évaluation en utilité,  $g_i = U_i = (\pi_i, i = 1,2)$  :

Jeu [A]		(2)	
		R	NR
(1)	r	5, 5	0, 8
	nr	8, 0	<b>3, 3</b>

La matrice des gains se justifie comme suit. Le jeu est symétrique, les deux joueurs étant placés en situation d'égalité. L'exécution du contrat apporte un surplus collectif, un avantage mutuel total de 10. En cas de choix par chaque joueur d'une stratégie pacifique (issue r, R), chacun gagne 5 correspondant au partage égalitaire du résultat mutuellement avantageux du contrat. Ne pas respecter le contrat permet de s'attribuer une part plus importante de l'avantage mutuel mais diminue celui-ci car le comportement opportuniste de non respect de ses engagements a un coût de 2 (perte de réputation, coût de la mise en œuvre de la « triche »,...). En cas de choix par chaque joueur d'une stratégie agressive (issue nr, NR), chacun obtient donc un résultat plus faible, 3 (5-2). Si l'un est agressif et pas l'autre (issues nr, R et r, NR), l'agresseur peut échapper à certaines obligations et gagner ainsi 8 (10-2) tandis que l'agressé a un résultat net nul.

Le jeu conduit à l'équilibre sous-optimal (ne pas respecter, ne pas respecter soit nr et NR ; 3,3), caractéristique d'un dilemme du prisonnier.

L'introduction d'un système judiciaire permet de lever la sous-optimalité. Si le coût de l'institution judiciaire est de 1 pour chacun, que la sanction du non respect du contrat se traduise par une amende de 2 et par l'accomplissement des obligations (injonction de faire ou de ne pas faire), la matrice devient :

Jeu [B]		(2)	
		R	NR
(1)	r	<b>4, 4</b>	4, 0
	nr	0, 4	0, 0

L'issue est maintenant l'équilibre optimal (respecter, respecter ; 4,4) et les individus ont intérêt à modifier le jeu [A] pour le transformer en jeu [B]. Le passage de l'un à l'autre accroît le bien-être social en éliminant les coûts liés au non respect des règles organisant le fonctionnement social. L'institution judiciaire est alors considérée comme une institution efficace d'« enforcement » des droits. Elle consomme des ressources (elle doit être financée) mais son intervention permet à la société d'obtenir un résultat brut supérieur à celui qui serait obtenu sans la

justice et un résultat net encore supérieur<sup>1</sup>. La justice, en rendant effectif le droit contribue à créer ainsi d'abord un bien *intermédiaire* collectif (la coopération) qui est lui-même la source d'un bien *final* collectif (la pacification des relations inter-individuelles, l'accroissement de la richesse sociale,...).

La justice incite au respect du droit en jouant sur les rendements relatifs des stratégies *r* et *nr*. Elle n'est pas la seule à pouvoir le faire, ce qui se traduit par l'existence de substituts comme moyens de lever la sous-optimalité. En premier lieu, divers systèmes de normes peuvent conduire à une observation « spontanée » du droit : l'idéologie, la morale, la déontologie, la religion, les normes culturelles intériorisées, la coutume,... Ils peuvent conduire à l'établissement de conventions aux termes desquelles les individus choisiront des comportements qui privilégieront le respect du droit plutôt que son utilisation opportuniste. Ils consistent tous à modifier, comme dans le passage du jeu [A] au jeu [B], le rendement relatif de la stratégie *r* par rapport à celui de *nr* (exclusion du groupe pour avoir enfreint la règle, récompense pour la loyauté observée, réprobation morale vis-à-vis des déviants,...).

Ces systèmes de normes bénéficient de la reproduction dans le temps des relations inter-individuelles. Celle-ci est en effet, sous des hypothèses variables de rationalité comportementale, facteur d'émergence de comportements coopératifs, bénéficiant de formes de réciprocité ou attirées par la construction de réputations [Hardin 1982, Kreps 1990, Fudenberg et Maskin 1990]. Ces processus d'auto-organisation ont été précisés par des formalisations, classiques, en termes de jeux répétés [Axelrod 1984] puis, plus récemment, de jeux évolutionnaires [Bicchieri, Jeffrey, Skyrms 1997].

En second lieu, les éventuels conflits peuvent donner lieu à règlement non judiciaire, selon la logique des modes alternatifs de règlement des litiges [cf. dans ce même numéro les articles de Deffains et Doriat 2001 et de Muhl 2001]. Les acteurs ont donc « le choix » entre trois formes institutionnelles : le respect spontané du droit, le recours au judiciaire (avec son coût d'utilisation, explicite et implicite, de la justice), le recours aux modes alternatifs. Les équilibres stratégiques dépendent de deux éléments : le rendement relatif des stratégies *r* et *nr*, les conditions institutionnelles et organisationnelles qui privilégient une issue parmi plusieurs issues possibles.

## **1.2 Convention de concurrence paisible et recours limité au judiciaire : respect de la règle de droit et compromis extra-judiciaire**

Les conditions sociales, économiques et politiques nouvelles de la conjoncture longue des années 50 et 60 et les caractères de l'accumulation du capital, précisés par l'analyse régulationniste comme configuration spécifique de formes de production, consommation et répartition, expliquent les conditions nouvelles du marché (Aglietta 1976, Boyer et Saillard 1995). Celles-ci ont pour première caractéristique de limiter l'incitation à l'opportunisme et au non-respect du droit. La phase de croissance longue de l'après-guerre limite la rivalité entre firmes sur le marché pour plusieurs raisons :

- la croissance globale de la taille des marchés permet l'accumulation régulière de capital tandis que les dévalorisations des années 30 et de la guerre ont limité la masse de capital candidate au profit
- l'accumulation du capital est avant tout une accumulation de capital fixe dont le cycle de rotation est relativement long ce qui oblige, comme les

---

<sup>1</sup> Dans cette perspective, l'institution judiciaire n'est pas toujours efficiente. Si le coût de la justice était de 3 pour chaque joueur, le résultat coopératif (2,2) du jeu avec justice serait inférieur à celui non coopératif du jeu sans justice (3,3). L'explication débouche sur une théorie du périmètre du système judiciaire et de ses diverses formes (institution judiciaire, modes alternatifs, arbitrage privé,...).

keynésiens l'ont bien montré, à limiter l'instabilité des recettes donc la flexibilité des prix

- la puissance du mouvement ouvrier en Europe de l'Ouest alors que le conflit politique Est-Ouest est crucial rend nécessaire un compromis social sur la répartition, une stabilisation du marché qui limite les formes d'exclusion et induit une autodiscipline capitaliste plus étroite.

- l'Etat joue un rôle essentiel dans cette extension, stabilisation et garantie des débouchés.

De telles conditions sont la base des nouveaux rapports de concurrence entre firmes qui permettent de mettre en place un nouveau régime de concurrence, fondé sur l'articulation entre les données objectives précédentes et une convention de concurrence. Celle-ci évite la concurrence frontale entre firmes et tend à supprimer les guerres de prix<sup>2</sup>, la concurrence par les prix étant supplantée par une concurrence par les technologies et par la différenciation des produits. La concurrence porte plus sur le partage de l'extension des marchés que sur la remise en cause du partage initial. La convention est consolidée par les alliances de capitaux représentés par l'interpénétration des capitaux industriels et par les prises de participation des groupes bancaires qui les intéressent à la stabilité globale de l'accumulation. Elle implique un mode de comportement spécifique des firmes. La recherche de la réduction des risques de la mise en valeur d'un capital long conduit à donner à la firme un objectif de croissance plus que de maximisation du profit, de reproduction élargie de l'organisation (on peut interpréter en ce sens les constatations relatives à la substitution des pratiques de "satisficing" à celles de "maximisation").

La convention de concurrence paisible des années 50 et 60 limite le recours au judiciaire en faisant prévaloir le respect du droit par rapport à son utilisation opportuniste c-a-d en privilégiant des comportements coopératifs. Son fonctionnement peut être modélisé comme celui d'un jeu répété, dans lequel se rencontrent des joueurs qui se connaissent, se retrouvent régulièrement et tentent de mettre en œuvre des parallélismes de comportements coopératifs. On peut donc utiliser la modélisation d'Axelrod en termes de jeu répété à durée indéfinie (on peut imaginer que les firmes sont amenées à se rencontrer régulièrement, à passer des contrats et à s'intéresser à leur respect, sans savoir quand le jeu peut s'arrêter, donc à rejouer le jeu [A]) pour montrer que peuvent se mettre en place des stratégies de donnant/donnant, (respecter, respecter). Dans notre cas, cela correspondrait à un respect spontané de la loi, évitant tout recours au judiciaire, par la mise en place de comportements rationnels coopératifs. Si le jeu répété peut aboutir à l'équilibre de Nash répété ( $nr_t, NR_t ; t = 1, \dots, T$ ) fondé sur l'équilibre de Nash en stratégie dominante du jeu single shot ( $nr, NR$ ) avec (3,3), caractéristique d'une situation de dilemme du prisonnier, il peut également aboutir à l'issue optimale répétée (5,5) à la suite du choix de stratégies coopératives ( $r_t, R_t ; t = 1, \dots, T$ ). La vraisemblance de celles-ci dépend de la force de l'incitation à tricher c-a-d à rompre la coopération implicite pour exploiter le partenaire en jouant NR quand ce dernier joue R. A tout moment le choix entre tricher et continuer à coopérer est donné par la comparaison des gains relatifs : tricher rapporte 8 immédiatement et 3 ensuite à chaque round ; continuer à coopérer donne 5 à chaque round à venir. Avec  $\delta$  paramètre d'escompte (valeur aujourd'hui d'une unité d'utilité disponible au round suivant, qui peut aussi représenter ou intégrer le risque de fin du jeu à la période suivante), il y a triche si  $3 > 2(\delta + \delta^2 + \delta^3 + \dots)$

<sup>2</sup> la théorie de l'oligopole s'est intéressée depuis longtemps à la différence entre périodes et zones de cut throat competition et périodes ou zones de concurrence adoucie, en comparant notamment les années 30 et les années 50.

...+ $\partial^n$ ), soit pour  $n$  suffisamment grand  $3 > 2\partial/(1 - \partial)$ . Il suffit que  $\partial > 3/5$  pour que l'incitation à la coopération l'emporte. Des joueurs rationnels peuvent ainsi aboutir à la coopération « spontanée » c-a-d sans changer les règles du jeu.

On sait cependant que, comme l'a montré la discussion du modèle d'Axelrod, si la coopération est possible, rien ne la garantit. L'équilibre coopératif optimal est possible mais une infinité d'autres équilibres est possible<sup>3</sup>.

La convention de concurrence ancre la coopération dans un ensemble de conditions organisationnelles et institutionnelles conduisant à sélectionner, parmi les équilibres possibles, l'équilibre coopératif. La concertation autour de l'Etat dans le cadre d'une régulation étatico-administrative puissante, l'existence de représailles possibles entre acteurs amenés à se partager durablement des marchés dans un contexte de capitalisme rentier, accroissent le coût du non-respect des règles et poussent à la coopération. En outre, en cas de conflits plus aigus, les litiges entre firmes sont contenus et donnent principalement lieu à transaction, entre gens bien élevés, au sein de la communauté entrepreneuriale, et souvent sous l'égide de la haute administration. L'interpénétration des capitaux donc des intérêts, l'intervention de l'Etat comme organisateur collectif du capital renforcent ces tendances.

### 1.3 Durcissement de la concurrence et judiciarisation

L'actualité judiciaire récente tranche avec celle de la période passée. Un exemple suffira. Les deux grands groupes français qui ont investi récemment l'industrie du luxe, le groupe Pinault-Printemps-Redoute et le groupe LVMH de B.Arnault se battent depuis quelques années pour le contrôle de Gucci. PPR a pu prendre 42% du capital de Gucci et en obtenir le contrôle de fait, ramenant la participation de LVMH de 34,4% à 20,6% seulement et l'écartant ainsi du contrôle. Que des batailles entre groupes interviennent rien de nouveau et d'étonnant. En revanche, ce qui est plus significatif, c'est que la bataille se déroule en bonne part sur le terrain juridique et judiciaire. B.Arnault, loin d'accepter sa défaite, utilise le recours à la justice comme arme concurrentielle et attaque ses adversaires devant la justice néerlandaise. Toutes choses inconnues dans le régime de concurrence précédent.

De multiples indices témoignent de ce durcissement de la concurrence et de multiples facteurs y contribuent (Jacquemin [1994], Bienaymé [2000]) : instabilité des demandes, raccourcissement de la durée de vie des produits et de l'horizon économique des firmes, fortes variations de coûts liées à l'extension des technologies informationnelles, augmentation de l'incertitude, poids des marchés financiers sur la gestion,... Or, si les nouvelles formes de fonctionnement dans le cadre de la globalisation des marchés impliquent rivalité et concurrence accrues, cela modifie les conditions de la coopération entre acteurs marchands concurrents. Les incitations juridiques et judiciaires à la coopération peuvent être faibles dans des situations de type Axelrod parce que, si les intérêts n'y sont pas forcément parallèles, les individus ne s'intéressent qu'à leur résultat individuel, et pas à celui de l'autre. Entre une situation (3,3) et une situation (5,3) le joueur (1) préfère évidemment la seconde mais il préfère tout autant la situation (5,5). Le gain de son partenaire lui est strictement indifférent. Cette hypothèse convient dans un régime de concurrence pacifique, dans lequel la croissance des marchés permet à chacun de tirer son épingle du jeu et qui évite aussi les faux frais de la

---

<sup>3</sup> Tout couple de stratégies identiques (coopérer  $n$  fois, ne pas coopérer  $m$  fois, coopérer  $n$  fois,...) constitue un couple de meilleures réponses et appartient à l'ensemble des solutions, comme l'énonce le folk theorem, avec les deux couples extrêmes,  $n = 0$  (issue indéfiniment répétée de non-coopération, donnant 3,3) et  $m = 0$  (issue indéfiniment répétée de coopération, donnant 5,5).

concurrence forte. Elle n'est plus pertinente pour étudier les comportements concurrentiels sur un marché instable et disputé. Je ne m'intéresse pas seulement au niveau de mon profit mais aussi aux niveaux des profits de mes concurrents, parce que gagner plus qu'eux peut être décisif dans les batailles concurrentielles à venir. L'antagonisme entre les intérêts se manifeste donc. Et je puis préférer une situation (2,0) à une situation (3,3) parce que ce qui compte est davantage l'écart entre les gains (ou le gain relatif) que mon niveau absolu de gain. Or, les solutions du jeu sont très sensibles au contenu de la matrice des gains.

Formellement, nous pouvons opposer trois jeux répétés se distinguant seulement par l'estimation en utilité des mêmes gains monétaires. Ils correspondent à trois modèles différents de comportement, que nous appellerons la variante égoïste, la variante concurrentielle, la variante hyper-concurrentielle. Nous supposons que les gains représentés précédemment correspondent à des gains monétaires (3, 5, 8 millions de francs par exemple) et que les modèles se distinguent par l'étendue de la rivalité entre les joueurs, exprimée par leur fonction d'utilité  $U(.)$ .

La première variante correspond au jeu [A] répété. La deuxième, la variante concurrentielle, au jeu [C] ci-après. La fonction d'utilité s'écrit maintenant  $U_i = \pi_i + (\pi_i - \pi_{-i})$ . Le jeu devient :

Jeu [C]		(2)	
		R	NR
(1)	r	5, 5	-8, 16
	nr	16, -8	3, 3

La vraisemblance de la solution coopérative est diminuée. Il faut désormais que  $\partial > 11/13$  pour que l'incitation à la coopération l'emporte.

La troisième variante, ou variante hyper-concurrentielle, est représentée par le jeu répété [D]. La fonction d'utilité s'écrit maintenant :

$$U_i = \pi_i + (\pi_i - \pi_{-i})^2 \text{ pour } \pi_i \geq \pi_{-i}.$$

$$\pi_i - (\pi_i - \pi_{-i})^2 \text{ pour } \pi_i \leq \pi_{-i}.$$

Le jeu devient :

Jeu [D]		(2)	
		R	NR
(1)	r	5, 5	-64, 72
	nr	72, -64	3, 3

La vraisemblance de la solution coopérative est encore diminuée. Il faut désormais que  $\delta > 67/69$  pour que l'incitation à la coopération l'emporte. On peut ajouter que, plus le jeu est concurrentiel, plus le paramètre d'escompte diminue car tout profit immédiat est arme concurrentielle susceptible d'être investie dans le jeu pour affaiblir la position adverse et plus, donc, l'écart entre utilité d'un gain immédiat et d'un gain à terme se creuse. De même, plus le jeu est concurrentiel, plus le risque de fin du jeu grandit du fait de l'instabilité. Les deux éléments tendent à diminuer la valeur de  $\delta$  alors que la condition de coopération devient plus forte.

Le durcissement de la concurrence pousse ainsi à renoncer au risque que représentent les comportements coopératifs et à accroître l'utilisation opportuniste du droit, ce qui, in fine, accroît le règlement des conflits par recours au judiciaire. La crainte de se retrouver dans la situation désastreuse  $(r, NR)$  pour le premier joueur et  $(nr, R)$  pour le second, avec à chaque fois un écart de gains très fort, rend très vraisemblable l'équilibre en stratégies dominantes, unique et immédiat,  $(nr_t, NR_t)$ ,  $\forall t, t = 1, \dots, T$ , donnant à chaque round  $(3,3)$ . Les joueurs sont incités à avoir des comportements agressifs. La répétition du jeu ne nous aide pas, car le propre de la concurrence marchande est de faire évoluer le rapport de forces entre les joueurs en fonction des résultats du jeu. Le jeu n'est pas un jeu répété indéfiniment à l'identique mais un jeu dynamique qui va creuser les différences entre les gains des joueurs, ceux-ci servant d'armes supplémentaires dans la concurrence. Le recours à des stratégies de tac au tac ou de carotte et bâton est peu vraisemblable. Les joueurs ne peuvent raisonner à partir de leur déception de manquer durablement un résultat de 5 au lieu du résultat 3 mais sont tenus par la crainte d'un écart de gains en leur défaveur qui les éliminerait à terme du marché. L'introduction de joueurs supplémentaires rendrait cette menace encore plus prégnante.

Si l'on compare les situations, on constate : que la vraisemblance de la solution coopérative est d'autant plus faible que se renforce l'aspect de rivalité ; que l'orientation de l'issue vers un des multiples équilibres est liée à la configuration institutionnelle existant à un moment donné. Alors que celle des années 50 et 60 favorise les issues coopératives, celle des années 90 et 2000 favorise les issues non coopératives. L'accroissement de la rivalité des intérêts rend ainsi nécessaire le renforcement du recours au système judiciaire comme moyen du respect des règles qui permettent la coopération sociale en économie de marché<sup>4</sup>. On a là une première raison importante de la judiciarisation.

Cependant, la modélisation du jeu concurrentiel dans un contexte de globalisation des marchés par un jeu répété est discutable. Nous l'avons utilisée pour montrer que l'optimisme coopératif d'Axelrod demandait pour le moins à être nuancé dans des situations à fort potentiel de rivalité. Cependant, une modélisation en termes de jeux évolutionnaires paraît plus appropriée. Le marché en cours de globalisation génère moins des rencontres entre des couples stables de

---

<sup>4</sup> En faisant appliquer le droit, le système judiciaire ne supprime pas la bataille et la concurrence mais il la circonscrit : il enregistre les compromis et décompose ainsi les difficultés. Comme l'a montré Axelrod, en cas de litiges importants, négocier petit à petit et sur une multitude de points facilite la mise en place de solutions coopératives. Une négociation en un coup et sur la totalité du contentieux rend la coopération difficile. Chacun risque gros à jouer de façon coopérative si l'autre ne joue fait de la même façon. En décomposant les enjeux, on négocie sur des montants plus limités, ce qui permet de prendre des risques calculés en jouant de façon coopérative. Le succès même des premières négociations, démontrant la capacité de chacun à jouer de façon coopérative, facilite l'extension de la coopération. Un exemple classique de telles procédures est celui des négociations sur le désarmement nucléaire entre Etats Unis et Union Soviétique. L'efficacité de la justice en la matière est d'autant plus grande que les transactions marchandes, à la différence par exemple du système des prestations totales, sont des transactions closes et précises : on s'engage pour du sûr mais du limité ; tout ce qui n'est pas spécifié dans le contrat n'est pas obligatoire.

partenaires-adversaires toujours les mêmes, bien identifiés, se connaissant, que des rencontres entre de multiples partenaires changeants, inconnus, imprévisibles, appartenant à des cultures différentes<sup>5</sup>. L'approche des jeux évolutionnaires permet de s'intéresser à une population de joueurs analogues amenés à se rencontrer de façon aléatoire deux par deux<sup>6</sup>, avec immixtion possible d'entrants porteurs de stratégies mutantes. Elle introduit deux modifications intéressantes, en n'exigeant des joueurs qu'une rationalité faible (ils observent les gains des différentes stratégies et imitent la stratégie la plus rentable alors que chez Axelrod ils doivent concevoir un plan stratégique sur la totalité, infinie, du jeu) et en introduisant la possibilité de mutations aléatoires donc d'apparition de stratégies apparemment non rationnelles mais qui peuvent le devenir du fait de l'imitation<sup>7</sup>.

La transformation du jeu répété à l'identique en jeu évolutionnaire, donc tenant compte des succès différents obtenus par les diverses stratégies, conduit à douter encore davantage de la vraisemblance d'issues coopératives spontanées. Le jeu précédent [A], pris désormais comme jeu évolutionnaire, n'a qu'un seul équilibre évolutionnairement stable, donné par l'adoption par tous les joueurs de la seule stratégie évolutionnairement stable, la stratégie nr<sup>8</sup>. Certes, cet équilibre pourrait être envahi par une mutation simultanée d'un groupe jouant r (s'ils se rencontrent suffisamment souvent, ils compensent leur manque à gagner dans les rencontres r,NR, où ils obtiennent 0 contre 3 en jouant nr, par un excédent dans les rencontres r,r où ils obtiennent 5 alors que les autres joueurs n'obtiennent dans les rencontres nr,NR que 3), mais il ne saurait donner un équilibre évolutionnairement stable. Si tout le monde joue r, le déviant, avec NR, obtient 8 et le mécanisme de réplication conduit inexorablement à l'alignement sur la stratégie évolutionnairement stable, nr, selon la dynamique :

$$dq_{nr}/dt = q_{nr} \cdot [G(nr,S) - G(S,S)] = 3 q_{nr}(1 - q_{nr})$$

où  $q_{nr}$  est la proportion de joueurs jouant la stratégie pure nr. Les jeux [C] et [D] conduisent à un alignement sur la stratégie évolutionnairement stable de non-respect encore plus rapide puisque les mécanismes de réplication deviennent

---

<sup>5</sup> Quand les marchés globalisés seront bien établis, il est possible que des formes de stabilité oligopolistique nouvelles se développent, conduisant à un renouveau des comportements coopératifs ou collusifs. Pour le moment ce n'est pas le cas.

<sup>6</sup> A la différence du jeu répété précédent dans lequel deux joueurs, et deux seulement, jouaient indéfiniment le même jeu.

<sup>7</sup> Si une stratégie est évolutionnairement stable, dans une population donnée, cela signifie qu'elle rapporte davantage, face à toute invasion, que la stratégie mutante. En appelant  $\varepsilon$  le pourcentage de la population mutante,  $\varepsilon \in (0,1)$ , I la stratégie (pure ou mixte) évolutionnairement stable et J la stratégie mutante, l'on a :

$E\{G(I, \varepsilon J + (1-\varepsilon)I)\} > E\{G(J, \varepsilon J + (1-\varepsilon)I)\}$ . Une stratégie I est évolutionnairement stable si cette inégalité vaut pour toute stratégie  $J \neq I$ . L'on montre qu'une stratégie peut être qualifiée d'évolutionnairement stable si, face à l'invasion d'une stratégie autre J, pour tout joueur  $i = \{1, \dots, n\}$  et  $\forall J \subset \{S\}$ , ensemble des stratégies, les deux conditions suivantes sont réunies :

(1)  $E\{G_i(I,I)\} \geq E\{G_i(J,I)\}$  ;

(2) ou (2a) est vrai ou (2b) est vrai : (2a)  $E\{G_i(I,I)\} > E\{G_i(J,I)\}$ , (2b)  $E\{G_i(I,J)\} > E\{G_i(J,J)\}$

On définira donc des stratégies évolutionnairement stables (SES) et des équilibres évolutionnairement stables (EES). L'étude dynamique des jeux se fait au moyen de l'hypothèse selon laquelle des stratégies qui rapportent plus que d'autres se voient progressivement préférées par les acteurs. Pour cela l'on considère habituellement un mécanisme de réplication qui associe la variation de la proportion des joueurs recourant à une stratégie et l'écart entre le gain de cette stratégie et le gain moyen obtenu par les autres stratégies. Ce mécanisme est tel que, en appelant  $q_i$  la proportion des joueurs choisissant la stratégie I,  $dq_i/dt = q_i \cdot [G_i(I,S) - G(S,S)]$ , S représentant toute stratégie générale du type  $[pS_1, (1-p)S_2]$ ,  $0 \leq p \leq 1$ .

<sup>8</sup> nr vérifie les conditions (1) et (2a). Contre toute stratégie quelconque s, du type  $p \cdot r + (1-p) \cdot nr$ , on a :  $E\{G_i(nr,NR)\} = 3$  et  $E\{G_i(s,NR)\} = 3 + p(0-3)$ , soit  $E\{G_i(nr,NR)\} > E\{G_i(s,NR)\} \forall p, p \neq 0$  c-a-d  $s \neq nr$ .

$dq_{nr}/dt = q_{nr} \cdot [G(nr,S) - G(S,S)] = 11 q_{nr}(1 - q_{nr})$  dans la deuxième variante et  $dq_{nr}/dt = q_{nr} \cdot [G(nr,S) - G(S,S)] = 67 q_{nr}(1 - q_{nr})$  dans la troisième<sup>9</sup>.

Le durcissement de la concurrence est d'abord accroissement de la rivalité entre les firmes. Le changement des conditions du marché et de la production conduisent à un changement de la convention dominante de concurrence. La période dite des Trente glorieuses, avec son expansion quasi-régulière d'un marché bien tempéré et la mise en place étatique d'une loi des débouchés, avait vu la formation en France d'une convention privilégiant des formes douces de concurrence (les guerres de prix sont bannies) tranchant avec les comportements hyper-concurrentiels que nous connaissons. Cette convention s'appuyait sur les spécificités des formes d'accumulation et de régulation autocentrées. Elle conduisait à des jeux du type variante égoïste dans lesquels les firmes s'intéressaient avant tout à leurs propres résultats parce que la croissance permettait une progression plus ou moins régulière et plus ou moins parallèle des profits. La régulation macro-institutionnelle assurait la stabilité relative du partage des marchés et, la taille du gâteau grandissant, les parts devenaient plus cossues sans exiger de batailles pour le repartage et en favorisant au contraire une collusion implicite. Le durcissement de la concurrence et la globalisation des marchés la remettent en cause du fait de l'instabilité de l'accumulation et du changement du cadre spatial de la concurrence. Ne reliant que des acteurs nationaux, se connaissant bien, ayant confiance les uns dans les autres, et rendus partiellement solidaires par leur relation à l'Etat, elle est obsolète. Les stratégies deviennent plus opportunistes<sup>10</sup> en utilisant leur environnement et l'incertitude, le marché devient plus complexe, plus incertain, exige davantage de droit. L'innovation, la complexité et l'incertitude [Williamson 1975] entraînent une contractualisation intense entre partenaires complémentaires donc une juridisation nécessairement suivie d'une judiciarisation. Le jeu se rapproche de la variante

<sup>9</sup> Le raisonnement a été mené à partir d'exemples chiffrés pour des raisons de présentation. On peut généraliser les résultats et montrer que le cas étudié correspond bien à la situation économique que l'on s'efforce de modéliser. Celle-ci concerne des relations concurrentielles entre firmes disposant pour l'essentiel de moyens analogues. Il est donc utile de raisonner comme si l'on avait des acteurs homogènes, dans le cadre d'un jeu symétrique. Le choix stratégique qui est étudié est celui de coopérer ou non, d'où la définition des deux stratégies, r et nr (R ou NR pour l'autre joueur). Quatre issues sont possibles, la matrice des gains du jeu de gauche pouvant être présentée sans perte de généralité comme celle d'un jeu symétrique, celui de droite (les gains sont ceux du joueur 1, ceux du joueur 2 sont donnés par la transposée) :

		(2)		(2)	
	R	NR		R	NR
r	a, a	b, c		r	a
					b
nr	c, b	d, d	(1)	nr	c
					d

La hiérarchie des gains est caractéristique d'une situation de dilemme du prisonnier :  $c > a > d > b$ . En effet le gain le plus important est bien celui de la triche (c) : exploiter à son avantage la disposition à coopérer du concurrent en se comportant de façon opportuniste. Vient ensuite le gain associé à la coopération réciproque (a). Puis celui qui advient quand personne ne coopère en restant sur ses gardes (d). Enfin le pire est représenté par le « salaire de la dupe » (b). Dans tous les cas où  $c > a > d > b$ , il n'y a qu'un seul équilibre évolutionnairement stable, correspondant à la stratégie nr avec une dynamique de réplication donnée par  $dq_{nr}/dt = q_{nr} \cdot [G(nr,S) - G(S,S)] = q_{nr}(1 - q_{nr})[q_{nr}(a-c+d-b) - (d-b)]$ .

<sup>10</sup> En juillet 2000 le groupe Volkswagen a été condamné à une amende record de 90 millions d'euros par le tribunal de première instance des Communautés européennes pour avoir interdit à ses concessionnaires italiens de vendre des voitures à des consommateurs allemands. *Le Monde*, 7/7/2000.

concurrentielle ; l'écart par rapport au concurrent est pris en compte à côté du profit direct, ce qui distingue cette concurrence-rivalité de la concurrence collusive précédente, le paramètre d'escompte diminue du fait de la possibilité d'utiliser un gain immédiat comme source de gains futurs et d'affaiblissement des concurrents et de l'instabilité qui accroît l'incertitude donc réduit l'horizon économique des firmes. Il bascule à certains moments vers un jeu hyper-concurrentiel de type guerre économique dans laquelle l'écart devient plus important que le gain direct.

Les conditions organisationnelles et institutionnelles se modifient elles aussi. Alors que dans le système précédent l'équilibre coopératif était remis en cause par des « déviants » qu'un rappel à l'ordre pouvait convaincre de se réaligner sur la convention commune et qui, du fait de la faible intensité de la concurrence, ne pouvaient déclencher qu'un processus de réplication lent, le système nouveau voit l'invasion de l'ancienne convention de concurrence par de nouveaux acteurs, firmes étrangères notamment, porteuses d'une autre convention de concurrence, entrant en groupe, et susceptibles de déclencher un processus de réplication beaucoup plus rapide du fait de l'écart entre les gains des stratégies  $r$  et  $nr$ . La convention prévalente de concurrence paisible est progressivement éliminée et remplacée par celle de concurrence durcie. Une partie des litiges est réglée par des compromis privés, dans le cadre de modes alternatifs. Une partie importante débouche cependant sur le judiciaire, soit parce que l'aspect conflictuel est trop important, soit parce que seul le système judiciaire peut fixer la norme d'application de la loi et décider du partage des droits et obligations entre parties<sup>11</sup>. Le respect du droit suppose intervention du judiciaire mais conduit aussi à faire appel à son rôle d'édicteur de normes.

## ***2 Marchandisation et formation judiciaire des normes***

Le développement de la marchandisation concurrentielle de la société, à côté de son aspect intensif d'accroissement de la rivalité des intérêts, a un aspect extensif : la place de la régulation marchande dans la société grandit et l'articulation qui existait entre régulation économique marchande, régulation économique non marchande et modes de régulation non économiques est remise en cause. Cela n'est pas sans effet sur la place des critères marchands dans l'interprétation et la décision judiciaires, place qui devient l'objet de débats. Des points de vue opposés sur la décision « juste » s'affrontent, manifestant la coexistence concurrentielle d'intérêts mais aussi de visions du monde et du juste. Il en est ainsi qu'il s'agisse de la jurisprudence de la Cour de Cassation en matière de licenciements économiques, de la condamnation pour vol dans un supermarché d'une mère de famille romiste, de la décision d'empêcher le rachat d'Orangina par Coca-Cola ou des contentieux d'impayés et de surendettement.

La Cour de Cassation dans un arrêt du 30 mai 2000<sup>12</sup> déclare que « la contrainte économique » pesant sur un contractant peut constituer une violence telle qu'elle vicie son consentement et annule le contrat. Si le contractant peut démontrer qu'il s'est engagé sous la contrainte de sa situation économique, parce qu'il n'avait pas d'autre choix que de contracter en acceptant les conditions proposées, le contrat devra être annulé. L'introduction à côté du vice lié à la violence physique et à la violence morale de la violence économique, exercée non par une personne mais par le contexte économique et social, bouleverse le droit

---

<sup>11</sup> L'organe de règlement des différends de l'OMC devient juge mondial des affrontements commerciaux entre Etats. La culture du procès portée dans la vie des affaires par les nouveaux acteurs de la concurrence tend aussi à se diffuser dans le domaine des conflits entre particuliers ce qui engendre, indirectement, demande croissante d'enforcement judiciaire du droit.

<sup>12</sup> *Le Monde*, 9/1/2001, avec un commentaire de MA. Frison-Roche.

des contrats. En même temps l'appréciation de ce contexte, qui sera le fait des tribunaux, devient un élément essentiel dans la détermination des contrats susceptibles d'être annulés. Une interprétation large aura des effets très différents d'une interprétation étroite.

L'analyse de la jurisprudence sociale de la Cour de Cassation [Champeaux 2000] montre que celle-ci a évolué depuis quelques années en accroissant la protection des salariés par le contrat de travail, donc en étendant les droits des salariés au détriment de ceux des employeurs. En particulier, la Cour annule toutes les clauses qui restreignent sans justification les libertés des salariés et vérifie que ces clauses sont le fruit d'une négociation entre les parties.

De multiples autres décisions judiciaires<sup>13</sup> traduisent le passage d'une jurisprudence fondée sur le formalisme juridique à une jurisprudence qui tient compte des contextes économiques et sociaux et contribue à fixer de nouvelles normes sociales.

## 2.1 l'hypothèse du dualisme

Pour interpréter ces phénomènes nous avons besoin d'une hypothèse quant aux relations entre marché et autres domaines de l'activité sociale. L'analyse économique du droit suppose en général que la logique marchande centrée sur l'efficacité peut être contredite ou limitée par des principes éthiques (on interdit le commerce des esclaves ou des enfants). Cependant ceux-ci n'ont pas de logique particulière, ne forment pas un ensemble organisé, de telle sorte que l'analyse du droit peut se faire sur la base de la logique marchande, quitte à ce qu'en fin d'analyse on rajoute des contraintes externes, au coup par coup. Notre hypothèse est que, en particulier dans le cas de la France, ces « valeurs » ou ces « contraintes » font partie d'un ensemble structuré, d'un ordre spécifique. Le problème n'est alors plus de modifier, à la fin et de façon marginale, les principes marchands, mais d'organiser la coexistence de deux logiques, qui ne peuvent pas ne pas avoir d'effet global l'une sur l'autre, et qui ont, chacune, leur propre cohérence. A ce moment l'analyse économique du droit et de la justice ne peut éviter l'analyse de cette autre cohérence ou la renvoyer à l'exogénéité des préférences individuelles. Nous serions donc en présence d'un dualisme réglementaire inscrit dans le patrimoine institutionnel et culturel français.

Ce patrimoine s'est historiquement constitué autour d'un double fondement, lié au fait que nos sociétés s'organisent principalement autour de deux logiques différentes : une logique du marché (ce sont des économies de marché), régissant l'économie mais par voie de conséquence régissant aussi en partie le social, une logique de la République (ce sont des sociétés organisées en nations autour d'un Etat démocratique républicain), régissant d'abord le politique mais définissant aussi des principes sociaux. De ce fait, le droit et le juste renvoient à des normes hétérogènes, les unes expression de la société républicaine, les autres de la société marchande. L'ordre républicain est un ordre public fondé sur l'identité des individus en tant que citoyens et par conséquent sur leur égalité de statut. Il introduit la démocratie politique comme lien politique entre les individus définis comme citoyens. La cohésion sociale est assurée par la soumission de tous à la loi. Il distingue entre domaine privé et domaine public, domaine de l'individu et domaine du collectif, domaine de l'intérêt individuel privé et domaine de l'intérêt général des individus citoyens et

---

<sup>13</sup> Le tribunal de grande instance de Marseille autorise en mars 2001, à se maintenir dans les lieux pendant un an, 200 squatteurs car ils avaient pâti de « carences collectives en matière de logement social », même si l'occupation d'un immeuble « sans droit ni titre » viole le droit de propriété et constitue « un trouble manifestement illicite ». *Le Monde* 20/3/2001.

membres d'un corps social. Dans ce modèle, les institutions politiques reçoivent la charge d'organiser la recherche de l'intérêt général, du bien commun, de fixer les orientations du développement, de conduire la société. L'ordre marchand est, lui, fondé sur le respect des lois économiques véhiculées par le marché et met en relation des échangistes dont les droits sont définis : liberté des échanges, propriété privée, ... Le problème de l'institution judiciaire est de construire une vision du droit et du réel alors que les sources du droit sont hétérogènes et qu'elles renvoient à des logiques qui sont différentes donc éventuellement concurrentes.

## **2.2 la fin de la séparation topologique**

Le système ancien, celui de l'économie mixte des années 60, organisait ce dualisme, de façon principale, sous la forme d'une séparation topologique entre sphère du marché et sphère non marchande, d'une répartition des rôles entre domaine de la régulation publique et domaine de la régulation marchande, marché et Etat. La vie sociale relevait soit d'une sphère privée et marchande (les entreprises privées, les biens marchands) soit d'une sphère publique et non marchande (les services publics, les administrations, la fonction publique, la redistribution étatique et sociale). Cette séparation a été profondément remise en cause depuis les années 70 avec l'extension de la marchandisation. La régulation non marchande à fondement politique doit s'articuler à une prise en compte de l'économique et du marchand, des coûts, du calcul économique, de l'efficacité de l'allocation des ressources, de la diminution des gaspillages, des incitations qui orientent les choix des agents, ... Mais, inversement, le non marchand, loin de disparaître, se manifeste à l'intérieur même de la sphère marchande. Se superposent données et contraintes marchandes et non marchandes, privées et sociales, dans la mesure où la régulation non marchande du marché ne disparaît pas, mais change en partie de formes (cf. le développement des autorités, codes et normes de régulation, l'«inflation» de textes concernant le droit de la concurrence, le droit du travail, le droit de la consommation, la protection de l'environnement, le droit boursier, ...).

## **2.3 l'extension du rôle interprétatif de la justice et l'accroissement de sa marge d'interprétation**

Le rôle interprétatif de l'institution judiciaire s'étend dans l'interprétation des faits et dans l'interprétation juridique. Les raisons principales de ce mouvement découlent de l'extension de la logique marchande et de l'exacerbation de son aspect concurrentiel :

la pression concurrentielle accroît les risques d'opportunisme dans l'interprétation des règles et des contrats. Celui-ci tend à se déplacer du non-respect des règles (comme dans les jeux précédents) à l'interprétation opportuniste de leur contenu.

l'augmentation de l'incertitude dans un contexte de multiplication des interdépendances, de complexification des contrats, d'élargissement des partenaires potentiels et effectifs va dans le même sens. Williamson [1985] montre que le "droit classique" tend à être remplacé par deux variétés nouvelles, le "droit néoclassique" et le "droit évolutif". Le "droit classique" enregistre strictement les conditions d'une transaction marchande instantanée, définit clairement des obligations simples et indiscutables, et, en cas de litige, le tribunal n'a qu'à vérifier si les engagements ont été accomplis, et décider en quelque sorte par oui ou non (telle partie a ou n'a pas respecté ses obligations). Le "droit néoclassique" organise une relation plus durable et continue que la

relation de marché (comme le contrat de sous-traitance, de coopération industrielle, de franchise,...). Il ne constitue plus qu'un cadre partiel car l'on ne peut prévoir l'ensemble des états futurs et les adaptations qui s'avèreraient nécessaires. Il est à la fois incomplet, tout en prévoyant des mécanismes de gestion de cette incomplétude, et flexible, pour pouvoir gérer la continuité. Pour cela il est souvent fait appel à un tiers, l'expert, l'arbitre ou un système extérieur de normes (l'évolution du prix des matériaux de construction, les pratiques courantes de la profession,...). Le juge n'interviendra qu'en dernier ressort mais son rôle interprétatif sera alors essentiel. Il en est de même avec le "droit évolutif". Celui-ci, dans l'organisation hiérarchique, organise un cadre de gestion des changements, comme le droit du travail qui permet de modifier l'affectation du personnel à des tâches changeantes ou leurs conditions de travail, ou comme le contrat salarial qui permet un consensus ex ante pour éviter les litiges ex post. Il offre des solutions immédiates à la gestion de l'aléatoire en autorisant une adaptation interne, qui ne se fonde plus seulement sur des engagements prédéfinis lors de la conclusion du contrat. Mais le rôle du système judiciaire en est accru. Il apparaît comme recours ultime en cas de désaccord (cf. les conflits du travail) et se voit chargé d'interpréter le contenu et les limites de « l'évolution ».

le caractère pluraliste du droit, qui fait appel à la fois à des critères et des logiques marchands et non marchands, conduit à confier à l'institution judiciaire le soin d'interpréter les faits et le droit en recourant, en parts variables, aux diverses lectures qui expriment les logiques marchandes et non marchandes.

## **2.4 le juge édicateur des formes de concrétisation des normes**

Le juge ne se contente pas d'affirmer le droit et de l'interpréter. Il ne dit pas le droit comme la doctrine mais le dit sous la forme du juste : il juge au sens propre du terme c-a-d prend une décision parmi des décisions possibles. Le juge ne peut se contenter de fixer l'interprétation des règles mais doit dire comment appliquer un système de règles, c-a-d :

- comment appliquer ensemble plusieurs règles, éventuellement partiellement contradictoires, parce que par définition les libertés des uns s'opposent immédiatement aux libertés des autres, donc comment arbitrer entre des droits et dans quelle proportion faire prédominer tel ou tel droit, ou encore en quel nouveau complexe de droits concrets traduire le système de droits théoriques
- comment appliquer ensemble ces règles en tenant compte des caractéristiques concrètes de la situation, des personnalités des individus concernés, des situations des firmes, du contexte de l'affaire, de la conjoncture.

Le juge évalue les droits et les prétentions, arbitre entre prétentions contraires, droits qui s'opposent, pondère dommage et dédommagement, proportionne peine et faute,.. c-a-d dit le juste, au sens d'un juste partage des torts, d'un juste dédommagement, d'une juste répartition des droits. Au symbole du glaive (imposer le droit) s'adjoint le symbole de la balance (déterminer le juste). Ce faisant, il intervient beaucoup plus directement dans le fonctionnement social qu'en réaffirmant et interprétant le droit. Il ne lit pas la loi, ne légitime pas une sentence prédéfinie par des textes, mais énonce le juste c-a-d crée et produit le juste. L'institution judiciaire détient alors, non seulement le monopole de la contrainte en dernière instance pour faire appliquer le droit à des individus et groupes qui y ont intérêt mais sont tentés par l'opportunisme, non seulement le monopole de l'interprétation légitime en dernière instance, mais aussi le monopole de l'énonciation en dernière instance des formes concrètes des normes légitimes.

Ce faisant, l'institution judiciaire se voit chargée d'une tâche nouvelle qui contribue à la judiciarisation et explique pour l'essentiel le rôle central qu'elle

prend aujourd'hui. Elle doit dire comment appliquer ensemble des règles qui découlent de principes hétérogènes, les uns d'essence marchande, les autres d'essence républicaine. Alors que dans le système des années 60 normes issues du marché et normes issues de l'Etat se partageaient la régulation sociale, l'interpénétration entre logiques et domaines marchands d'un côté, logiques et domaines non marchands de l'autre, fait converger sur l'institution judiciaire le soin de définir la forme concrète et singulière de l'articulation des normes pluri-dimensionnelles qui s'inspireront à la fois de considérations marchandes et de considérations républicaines.

## **2.5 le pluralisme juridico-judiciaire : les normes marchandes passées au crible des principes républicains**

Le pluralisme juridique s'exprime en premier lieu par le fait que le droit et la justice, quand ils interviennent, ne se contentent pas de reprendre telles quelles les normes marchandes, même quand leur intervention porte sur des problèmes relevant ordinairement du marché. La justice « filtre » les normes marchandes en les passant au crible de principes (les grands principes du droit) qui incarnent des valeurs et que la Constitution garantit, en fonction d'un système d'interprétation déterminé. Cela se justifie d'abord parce que les normes marchandes ne sont pas identifiables à des normes d'équité. Elles ne correspondent pas à des normes naturelles mais sont relatives, comme résultat des processus marchands, d'une part aux marchandages intervenus, d'autre part aux rapports de force dont ils découlent et aux positions sociales préétablies sur le marché. Et la légitimité de celles-ci est discutable puisqu'elle renvoie à l'histoire des marchés et s'appuie, généralement, in fine, sur des formes d'appropriation non marchandes dont le caractère équitable est douteux (la violence féodale, la guerre et le butin, le vol, l'accaparement public, ..). En outre, les normes marchandes peuvent être refusées pour des raisons éthiques ou politiques. Les débats autour du dumping social manifestent que certaines normes véhiculées par la mondialisation hyper-concurrentielle peuvent être combattues par des communautés données.

Si l'intervention judiciaire ne peut se contenter de légitimer les normes marchandes, c'est aussi parce que les principes socio-politiques républicains qu'elle sert conduisent, dans un certain nombre de situations, à limiter le rôle de la logique marchande. Le modèle culturel européen a historiquement produit un modèle juridico-judiciaire qui tempère ou encadre la logique marchande par l'affirmation de principe de la prééminence de la loi républicaine.

Une première raison tient aux conditions mêmes du jeu marchand. L'allocation des ressources par l'échange et/ou le marché requiert que les « agents » de l'échange soient définis comme sujets de droit, libres et responsables, dotés de droits et aptes à passer des contrats. Ces droits sont inaliénables, ce qui est contradictoire avec la logique de l'échange généralisé efficient.

En deuxième lieu, les conditions de la liberté juridique ne s'identifient pas à celles de l'échange volontaire. Pour le *Law and Economics* traditionnel, la transaction marchande est réputée volontaire dès lors que des conditions formelles ont été observées. La règle est élargie à toute transaction implicite. La logique républicaine introduit des principes de liberté et d'égalité qui ne s'identifient pas à la liberté et l'égalité formelles du contrat, implicite ou explicite, et conduisent à distinguer entre échange contraint et échange libre, échange égal et échange dans le cadre de positions dominantes. Seront contraires à l'ordre républicain les « échanges » esclave-négrier, prostituée-souteneur, mineur-

pédophile<sup>14</sup>,... L'exigence, pour le juge, de vérifier l'application du principe d'autonomie de la décision a une portée potentielle considérable par rapport à la consécration postnérienne des modalités d'échange comme base du jeu social et contribue à l'évolution du droit et de la jurisprudence.

En troisième lieu, le droit incite le juge à prendre de la distance avec les formes marchandes pour limiter le rôle de la logique marchande et a fortiori de la logique de la rentabilité dans certains domaines (cf. dans le domaine de la santé et de la vie la législation et la jurisprudence relatives aux dons d'organes, aux mères porteuses, au don du sang, ..) et/ou les relations de rivalité induites par la concurrence marchande (des tendances à la rivalité sont contrebattues pour éviter la guerre économique et permettre au marché de produire des effets coopératifs, par l'interdiction des prix de prédation ou de la revente à perte,...). Il contribue ainsi à définir la place de la régulation marchande dans l'ensemble de la régulation sociale, à l'étendre ou à la limiter.

## **2.6 le pluralisme juridico-judiciaire : la composition plurielle des normes**

Le droit ne se contente pas de fixer des limites à l'extension de la marchandisation mais s'efforce de plus en plus souvent d'organiser la coexistence de critères marchands et non marchands. Avec la fin du principe de séparation topologique entre des sphères marchandes et non marchandes autonomes, nous nous trouvons face à des législations qui combinent ces différents types de critères parce que les formes de régulation sociale doivent tenir compte des multiples dimensions du réel, mais en tenir compte de façon combinée. Le droit du transport doit tenir compte à la fois de considérations de coût et de rentabilité mais aussi de sécurité, de précaution écologique, de conditions de travail, etc. Le droit prend de la distance avec le marché d'un côté, mais, de l'autre, intègre de plus en plus de données et contraintes économiques. Les problèmes auxquels sont confrontés la société et donc aussi le système judiciaire sont de plus en plus fréquemment des problèmes pluri-dimensionnels appelant des régulations pluri-dimensionnelles utilisant des critères et des normes plurielles et pluri-dimensionnelles. La production judiciaire de normes s'inscrit dans ce cadre. L'institution judiciaire devient lieu de combinaison des logiques plurielles et de formation des normes concrètes.

L'idée d'un double fondement de nos sociétés républicaines de marché conduit à insister sur les divergences possibles entre critères socio-politiques républicains et critères marchands, et au-delà entre logique de la République et logique du marché, pour fonder des normes censées s'appliquer à des problèmes qui relèvent des deux ordres. Les normes que le judiciaire consacre en dernier ressort et met en formes concrètes s'inspirent de ces deux types d'ordres. Ce faisant, est soulevée la question de la pondération à donner aux différents types de critères, aux différents systèmes de représentation, de valeurs, de projets sociaux. La gestion concrète du rapport marché/République ne va pas de soi parce qu'aucun critère simple ne peut déterminer "la juste proportion", l'image de la balance ne suffisant évidemment pas à traduire la difficulté à peser des critères qualitativement hétérogènes. L'intervention du judiciaire reçoit alors une double justification :

- c'est parce qu'il s'agit de déterminer la combinaison particulière de ces différents principes dans des affaires toujours particulières qu'aucune solution

---

<sup>14</sup> La protection du consommateur conduit aussi à intervenir sur certaines transactions marchandes classiques. En Floride l'industrie du tabac a été condamnée en juillet 2000 à payer plus de 145 milliards de dollars de dommages et intérêts aux fumeurs malades. La Commission de Bruxelles a annoncé son intention de développer en Europe des procédures judiciaires analogues.

générale a priori ne peut être fixée par la loi et que l'on doit passer par le judiciaire ;

- c'est parce que cette combinaison ne peut trouver de légitimation que dans le fait qu'elle émane d'un « sage » tranchant « au nom du peuple français » et en vertu des principes juridiques et constitutionnels communs à la communauté nationale.

D'où l'extension de l'intervention judiciaire à des domaines nouveaux : appréciation de la légitimité des grèves, du contenu des plans sociaux, de l'organisation de l'audiovisuel, de l'évolution des traitements médicaux, de la procréation, de la bioéthique ; et le développement, à côté de l'institution judiciaire, de formes judiciaires nouvelles, les autorités indépendantes. La régulation judiciaire supplante partiellement la pure régulation politique comme la pure régulation économique et devient l'organe principal de la régulation pluri-dimensionnelle. C'est le retour des "sages" puisque les juges (publics, indépendants ou privés) apparaissent comme les sages par excellence et que leur indépendance est mise en avant pour justifier leur fonction nouvelle. La justice devient, plus que l'entreprise ou l'Etat, recours ultime, régulation de dernier recours pour tout ce qui échappe aux normes définies par les modes classiques de régulation. Elle se transforme, comme l'exprime l'image d'un gouvernement des juges, en institution centrale de la régulation sociale.

Ce faisant, elle se trouve soumise aux multiples pressions visant à infléchir dans tel ou tel sens la hiérarchie des valeurs sociales comme à l'hostilité des détenteurs classiques des pouvoirs d'organisation et de régulation qu'elle vient rogner. Sa vulnérabilité est d'autant plus forte que sa tâche se complique sous l'effet des mutations sociales. Les normes sociales sont plus instables dans les sociétés modernes « ouvertes » que dans les sociétés fermées et deviennent plus instables car elles sont marquées à la fois par une dynamique de la négociation et par une dynamique de l'évolution. L'évolution sociale contemporaine repose de ce fait la question du statut de la norme juridique et des conditions de l'énonciation du juste. La norme juridique, parce qu'elle est découlée de principes de portée universelle et dont la généralité constitue précisément pour les citoyens une garantie contre les risques d'arbitraire, est censée définir le Juste. Elle possède de ce fait un caractère absolu qui oppose radicalement les situations justes aux situations injustes. Or, les autres normes sociales perdent de plus en plus leur caractère absolu et tendent à devenir contingentes. Elles émergent des rapports sociaux, évoluent avec eux, dépendent de négociations et rapports d'influence et de force. Elles s'inscrivent dans des contrats, compromis, médiations, y compris quand c'est l'Etat qui les met en avant. Elles sont, de plus en plus, prises entre des contraintes opposées, les unes issues du marché, les autres de la république. La norme juridique ne peut totalement échapper à un tel mouvement, plus ou moins prononcé selon les domaines d'application de la loi, comme en témoignent la désignation par les magistrats de médiateurs dans les conflits sociaux ou la recherche, encouragée par la loi, de l'adhésion des parties aux mesures d'assistance éducative. De ce fait, la part du moment proprement judiciaire devient plus importante que par le passé.

Ainsi, si l'enforcement de la loi, dans un contexte de développement de la concurrence entre les individus et les groupes, demande « plus de justice », l'extension de la logique marchande dans le fonctionnement social modifie en partie le contenu de la demande systémique de justice. L'institution judiciaire devient le lieu ultime d'arbitrage et de composition entre principes juridiques hétérogènes, relevant de logiques hétérogènes. A côté de l'économique, organisé de façon dominante autour d'une logique marchande, et du politique, pour l'essentiel organisé autour d'une logique de la Res Publica, grandit un domaine

## Bibliographie

- Aglietta, M. (1976) *Régulation et crises du capitalisme*, Calmann-Lévy.
- Arnaud, A.J. (1991) *Pour une pensée juridique européenne*, PUF.
- Ashenfelter, O., Eisenberg, T. et Schwab, S. (1995) Politics and the Judiciary : the Influence of Judicial Background on Case Outcomes, *Journal of Legal Studies*, 24, pp. 257-281.
- Axelrod, R. (1984) *Comment réussir dans un monde d'égoïstes ?* Odile Jacob.
- Becker, G. (1976) *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago. University of Chicago Press.
- Bienaymé, A. (2000) Les nouvelles approches de la concurrence : au-delà des pures et simples « imperfections du marché ». *Cahiers du Ceres-Cerdo*. 2000. n°1. Université de Paris Dauphine.
- Boyer, R et Saillard, Y (1995) *Théorie de la régulation : l'état des savoirs*, La Découverte.
- Champeaux, F. (2000) *Jurisprudence sociale 1998-1999*. Editions Liaisons.
- Coase, R.H. (1960) The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, 3: 1-44.
- Cooter, R.D. (1994) Structural Adjudication and the New Law Merchant : A Model of Decentralized Law, *International Review of Law and Economics*, 14 (2), June, 215-31.
- Cooter, R.D et Ulen, T.S . (1988) *Law and Economics*, Glenview, Scott, Foresman.
- De Figueiredo, J.M. et Tiller, E.H (1996) Congressional Control of the Courts : a Theoretical and Empirical Analysis of Expansion of the Federal Judiciary, *Journal of Law and Economics*, 39, pp. 435-462.
- Deffains, B et Doriat, M (2001) *Economie appliquée 2001*
- Demsetz, H. (1967) Toward a Theory of Property Rights, *57 American Economic Review* 347 : 351-53, Papers and Proceedings, May 1967
- Ellickson, R.C. (1991) *Order without Law*, Harvard University Press, Cambridge.
- Fauchon, P. et Jolibois, C. (1996) *Quels moyens pour quelle justice ?* Rapport du Sénat. Les Rapports du Sénat, n°49, 1996-1997.
- Fudenberg, D. et Maskin, E. (1990) Evolution and Cooperation in Noisy Repeated Games. *American Economic Review* 80 : 274-79.
- Galanter, M. (1981) Justice in Many Rooms : Courts, Private Ordering, and Indigenous Law, *Journal of Legal Pluralism*, 19, pp. 1-47.
- Hardin, R. (1982) *Collective Action*, John Hopkins University Press.
- Higgins, R.S. et Rubin, P.H (1980) Judicial Discretion, *Journal of Legal Studies* 9, pp. 129-138.
- Kreps, D.M. (1990) *A Course in Microeconomic Theory*, Harvester Wheatsheaf
- Landes, W.M. et Posner, R.A. (1979) Adjudication as a Private Good, *Journal of Legal Studies*, VIII (2), March, 235-84.
- Muhl, M (2001) *Economie appliquée 2001*
- North, D.C. et Thomas, R.P. (1977) The First Economic Revolution, *30 Economic History Review* 229, 2d ser.
- Parisi, F. (1995) Private Property and Social Costs, *European Journal of Law and Economics*, 2 : 149-173, 1995.
- Posner, R.A. (1973) *Economic Analysis of the Law*. Boston, Little Brown.

Version préliminaire à l'article publié in *Economie appliquée*, numéro spécial *Economie de la justice*, septembre 2001, n°3, pp. 9-38.

- Posner, R.A. (1980). A Theory of primitive Society with Special reference to Law. *Journal of Law and Economics*, XXIII (1), April, 1-53.
- Rapport de synthèse après la deuxième consultation des Cours d'Appel*, (1979) Ministère de la Justice, S.A.G.E Bureau du Plan, Août 1979.
- Salzberger, E.M (1993) A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or : Why Do we Have an Independent Judiciary ?, *International Review of Law and Economics*, 13, pp. 349-379.
- Samuels, W. (1971) Interrelations between Legal and Economic Processes, *Journal of Law and Economics* 14 (October 1971) : 435-450.
- Schmid, A.A. (1987) *Property, Power, and Public Choice : an Inquiry into Law and Economics*, 2° ed New York Praeger
- Schmid, A.A. (1989) *Law and Economics : an Institutional Perspective in Law and Economics* ed by N.Mercuro, 57-85, Boston, Kluwer.
- Schmid, A.A. (1994) Institutional Law and Economics, *European Journal of Law and Economics* 1 March 1994, 33-51.
- Stearns, M.L (1997) *Public Choice and Public Law : Readings and Commentary*. Cincinnati, Anderson Publishing Company.
- Terré, F. (1994) Au cœur du droit, le conflit in *La Justice, L'obligation impossible*, dirigé par W.Baranès et M.A. Frison-Roche, pp.100-111, Paris, Editions Autrement.
- Williamson O.E. (1975) *Markets and Hierarchies*, New York, Free Press.
- Williamson O.E. (1985) *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, Free Press.