

Elon - 2016
↳ ne gâchez pas
le théorème de Coase
à cause de
des erreurs

CHAPITRE

1

Le théorème de Coase

« The simple Pigovian policy formula, carried to the logical extreme, implies that government should intervene, every second of our lives, to correct these myriads of externalities that surround us all the time »

John Burton¹.

INTRODUCTION

LA VÉRITÉ DES PRIX ET LA TRANQUILLITÉ DES VOISINS

674 Le mouvement actuel d'analyse économique du droit a vraiment commencé avec l'article de Ronald Coase sur le coût social, publié en 1960. La science économique était parvenue, au cours de la première moitié du XX^e siècle, à formaliser l'intuition, remontant à Adam Smith, selon laquelle l'économie, laissée entre les mains de ses acteurs, évolue généralement vers les meilleurs arrangements du point de vue du bien-être de tous². Dans son traité sur l'économie du bien-être, l'économiste anglais Arthur Pigou contestait cette conclusion, en montrant qu'une telle évolution était impossible dans les cas où ne peut se développer un marché pour des objets qui sont pourtant rares. Le cas particulier qui l'intéressait était celui de l'effet externe ou externalité.

675 Pigou affirme qu'une externalité se produit lorsque « une personne, dans le cours de rendre à une autre un service avec contrepartie, rend également service ou engendre des coûts pour des tiers d'une manière qui empêche de faire payer les bénéficiaires ou de faire verser une indemnité au profit des victimes »³.

1. Epilogue : Externalities, Property Right, and Public Policy : Private Property Rights and the Spoliation of Nature, dans : *The Myth of Social Cost*, Steven N.S. Cheung (dir.), San Francisco, CA, Cato Institute, 1980, p. 53-71, p. 56.

2. Demsetz 2003, 283.

3. Pigou 1932, 183 : « (...) one person A, in the course of rendering some service, for which payment is made, to a second person B, incidentally also renders services or disservices to other persons (not producers of like services), of such a sort that payment cannot be exacted from the benefited parties or compensation enforced on behalf of the injured parties. »

Le coût privé auquel fait face celui qui engendre l'externalité négative est inférieur au coût social, qui est la somme de ce coût privé et des coûts occasionnés aux tiers. On donne souvent en exemple la pollution que génère l'activité d'une entreprise au détriment des voisins. Le coût de la pollution ne fait pas partie des coûts qui entrent dans le calcul de l'entreprise. Le bien ou le facteur de production (ici l'environnement) n'est pas parfaitement approprié : le pollueur le « prend » sans en être propriétaire et sans le payer. Il produit donc à un coût moindre que ce qu'il en coûte réellement. La vérité des prix n'est pas respectée et les acteurs économiques orientent mal leurs décisions de production et de consommation en se fiant aux prix. Pour rétablir la vérité des prix, Pigou préconise des règles de responsabilité ou encore – intervention plus directe – des taxes dites « pigoviennes » ou éventuellement des subventions ou une forme de réglementation imposés ou accordés à ceux qui engendrent les externalités négatives. Cette conclusion a constitué l'orthodoxie des économistes jusqu'en 1960.

676 Coase eut l'intuition que cette conclusion s'imposait moins que Pigou ne le croyait. En réfléchissant sur la question, il lui est apparu que les externalités constituent au fond des différends relatifs à des usages concurrents et incompatibles d'une ressource devenue rare. Plus spectaculairement, il conclut que la solution à laquelle les parties arriveront pour résoudre ces différends ne dépend pas de la façon dont les droits sont attribués; c'est toujours l'utilisation la plus valorisée (la plus profitable) qui prévaudra. Si la partie qui veut l'entreprendre n'a pas au départ le droit de son côté, elle « l'achète » et indemnise l'autre, tout en conservant un certain profit. L'inverse n'est pas vrai, puisque l'autre partie, faisant une utilisation moins rentable, serait incapable d'indemniser la première de la perte de profit que celle-ci subirait si elle devait se priver de l'exploitation en question. La règle de responsabilité ou autre règle correctrice que Pigou croyait essentielle n'est donc pas nécessaire pour faire respecter la vérité des prix.

677 Cette conclusion, à savoir que les règles de responsabilité, et, plus généralement, l'attribution précise des droits, n'influent pas sur l'usage qui sera effectivement fait des ressources rares, allait à l'encontre de l'intuition des juristes au moment où Coase l'a formulée pour la première fois. Et non seulement les juristes, mais aussi les économistes avaient du mal à digérer la mise en question des conclusions de Pigou. À Chicago, Coase fut convié à une soirée chez Aaron Director pour défendre ses idées devant des économistes de la trempe de George Stigler et de Milton Friedman. En début de soirée, raconte Stigler, un vote informel montra 20 voix pour Pigou, une seule pour Coase – lui-même¹. La soirée donna lieu à un mémorable débat, comme il fallait s'y attendre avec Milton Friedman. Mais à la fin, une nouvelle unanimité était atteinte : 21 voix en faveur de Coase. Coase fut invité à figurer ses idées et à les publier dans le tout jeune *Journal of Law and Economics*².

1. Kitch 1983, 221; voir aussi Duxbury 1995, 384; Friedman 2000, 36.

2. Coase 1959, 1960.

678 Pour le juriste, l'intuition de Coase comporte plusieurs idées déconcertantes. D'abord, alors que, en cas de pollution, le dommage est, en termes juridiques, causé par le pollueur, Coase laisse entendre que le problème est symétrique : le pollueur interfère avec l'activité de la victime, mais la présence de cette dernière interfère avec l'exploitation normale envisagée par le premier. Le problème doit être analysé comme un conflit d'usages qui ne peuvent être poursuivis simultanément. Ensuite, Coase explique que le mécanisme des prix dans le marché est à l'œuvre pour faire primer l'usage le plus valorisé, quelle que soit la configuration des droits.

679 Le droit de la responsabilité n'a-t-il alors plus aucun rôle à jouer ? Cette conclusion serait prématurée, car, dans sa démonstration initiale, Coase fait l'hypothèse que les parties peuvent sans frais arriver à une entente. Mais dans la suite de l'article, il abandonne cette hypothèse simplificatrice et montre que, lorsqu'il y a des frais à la conclusion d'un accord, et que, de ce fait, certains accords en apparence profitables ne seront pas conclus, la configuration des droits a bel et bien une influence sur l'usage précis qui sera fait des ressources rares. Le savoir du juriste se trouve réhabilité.

680 Les idées de Coase invitent ainsi à une réflexion sur le rôle du droit dans l'économie. Pour l'entamer, suivons la démarche de Coase en reconstruisant, sur un exemple simple, la démonstration de ce que Stigler a baptisé le « théorème de Coase »¹.

SECTION 1

LE THÉORÈME

□ 1 COÛTS DE TRANSACTION NÉGLIGEABLES

681 Imaginez, dans un passé pas trop lointain, la situation suivante. Une scierie de bois avoisine le cabinet d'un médecin qui pratique la médecine générale et la psychanalyse. L'interaction entre les deux voisins se déroule sans anicroche jusqu'au moment où la scierie, tablant sur le succès de ses opérations, installe des machines plus puissantes, source de bruit et de vibration gênant le médecin. Du coup, la pratique du médecin diminue, ce qui lui occasionne la perte d'une partie de son revenu. Présumons qu'il ne se trouve dans le voisinage aucune autre personne ou institution dérangée par le bruit ou la vibration.

682 Pour résoudre le problème, deux options sont spécialement envisagées comme étant les moins chères. La première, sous le contrôle de la scierie, consiste à installer un plancher isolant et à isoler les murs, et la seconde, sous le contrôle du médecin, à construire un cabinet de pratique dans un coin éloigné de sa propriété. Les frais de l'une et de l'autre solution sont considérables, mais inférieurs au dommage résultant, pour le médecin, de la perte

1. Sigler 1966, 113.

durable de clientèle et aussi inférieurs aux pertes occasionnées par la réduction ou la cessation intégrale des activités de l'un ou de l'autre des voisins. Présumons que, l'une ou l'autre solution étant adoptée, le médecin retrouve immédiatement sa clientèle et que les pertes occasionnées par la diminution temporaire de la clientèle sont négligeables.

683 Du point de vue juridique, on peut envisager deux hypothèses. Selon la première, la scierie est responsable des pertes occasionnées au médecin. Alternativement, elle n'en est pas responsable, le bruit et les vibrations étant alors considérés comme faisant partie des inconvénients normaux du voisinage.

684 La démonstration du théorème de Coase devrait établir que la solution à laquelle les parties arrivent dépend du coût des différentes solutions envisageables et non de la règle juridique applicable. Comme il y a deux solutions techniques et deux règles juridiques, il y a quatre configurations possibles, que l'on peut représenter dans un tableau de deux par deux (Tableau II, 1. 1). Dans le tableau, il s'agit de démontrer que la solution est unique pour chaque colonne, alors qu'elle varie sur chaque ligne.

	Isolation de la scierie moins chère que construction d'un cabinet éloigné	Construction d'un cabinet moins chère que l'isolation de la scierie
La scierie est responsable	<ul style="list-style-type: none"> - La scierie prend l'initiative - Pour implanter sa solution, elle n'a pas besoin d'un accord avec le voisin - La solution retenue est l'isolation 	<ul style="list-style-type: none"> - La scierie prend l'initiative - Accord : la solution sous son contrôle étant la plus chère, elle cherche un accord avec le médecin - Solution retenue : la construction d'un cabinet éloigné
La scierie n'est pas responsable	<ul style="list-style-type: none"> - Le médecin prend l'initiative - Accord : la solution sous son contrôle étant la plus chère, il cherche un accord avec la scierie - Solution retenue : l'isolation 	<ul style="list-style-type: none"> - Le médecin prend l'initiative - Pour implanter la solution, il n'a pas besoin d'un accord avec le voisin - Solution retenue : la construction d'un cabinet éloigné

Tableau II, 1. 1 : Le théorème de Coase en sa version la plus simple

685 Dans la case supérieure gauche, la scierie est responsable et, des deux solutions envisagées, c'est la sienne qui est la moins chère. Comme elle est responsable du préjudice créé, par hypothèse supérieure au coût de l'une ou l'autre solution préventive, elle doit prendre l'initiative du processus qui va aboutir à l'implantation d'une solution préventive. La solution sous son contrôle étant la moins chère, elle peut l'implanter sans avoir besoin de s'entendre avec le voisin.

686 Dans la case immédiatement en dessous, la scierie n'est pas responsable, alors que la configuration des coûts des solutions reste la même. Comme la règle juridique a changé, il incombe maintenant au médecin, qui supporte un préjudice non indemnisable, mais plus onéreux qu'une solution préventive, de prendre l'initiative du processus d'implantation d'une solution. Cette fois, la solution la moins chère n'est pas sous son contrôle, mais sous celui du voi-

sin. Le médecin a donc intérêt à demander à son voisin de procéder à l'isolation de son usine, en offrant d'en assumer le coût. L'accord est avantageux pour les deux parties : le médecin évite la perte de clientèle ou même le coût du déplacement de son cabinet, moyennant le coût – moindre – de l'isolation de l'usine, ce qui lui laisse un surplus; pour amener l'usine à accepter l'accord, il peut offrir à celle-ci une partie de ce surplus pour « dorer la pilule »¹. La marge qu'a le médecin pour offrir cette somme consiste justement en la différence entre coût de l'isolation de l'usine et celui de la solution la moins chère dont le médecin a le contrôle et qu'il devrait adopter à défaut de celle-là. Le médecin offrant une partie du surplus à la scierie, tout en gardant le reste, les deux parties trouvent leur compte dans l'accord, par comparaison à la situation qu'elles auraient eue sans l'accord. On retrouve ici la notion de « coût d'opportunité » expliquée dans le chapitre sur le marché et la concurrence.²

687 On peut raisonner de manière analogue sur les cas de figure esquissés dans la colonne de droite, où le déplacement du cabinet du médecin est la solution la moins chère. Dans la case supérieure, la scierie accepte de payer le médecin pour que celui-ci déplace son cabinet; dans la case en dessous, le médecin le fait de sa propre initiative, sans accord avec la scierie.

688 L'ensemble du diagramme montre que la solution effectivement retenue est identique à l'intérieur de chaque colonne et correspond à l'option la moins onéreuse évoquée en tête de colonne. Le changement de la règle de droit ne fait pas varier la solution retenue. Elle détermine cependant la personne qui prend l'initiative du processus conduisant à l'implantation de la solution et, en même temps, celle qui en assume le coût. On pourrait dire que le coût de la solution au conflit d'utilisation d'une ressource – ici de l'environnement commun des deux voisins – est imputé ou internalisé à l'une ou à l'autre de leurs activités ou occupations. La règle juridique détermine laquelle des activités assume ce coût; elle répond de ce fait à la question de savoir qu'est-ce qui est un coût de quoi.

689 La démonstration montre l'intérêt de bien fixer les limites des droits respectifs des parties. Cela détermine les situations dont la scierie est responsable et celles dont elle ne l'est pas. Si le théorème de Coase, dans sa version sans frais de transaction, énonce l'indifférence de la façon dont les droits sont répartis entre les parties, il présuppose néanmoins qu'ils soient bien fixés. En l'absence de droits bien définis, il n'est pas évident, dans les cas évoqués ici, de déterminer laquelle des deux parties doit prendre l'initiative ni, surtout, qui assume les frais de la solution. Chaque partie se précipitera donc pour tenter de les faire incomber à l'autre. Ces incitations réciproques produisent une situation hobbesienne du chacun pour soi, comme dans un dilemme de prisonnier joué une seule fois. Si la situation perdure, elles peuvent cependant donner lieu à des ententes qui définissent les droits : le dilemme de prisonnier répété un nombre indéfini de fois.

1. L'anglais emploie ici le terme *bribe*, qui, en ce sens, n'a rien à voir avec la corruption.

2. Voir le ch. 3 de ce livre.

690 La démonstration demeure valide si l'option la moins onéreuse est d'assumer la perte de clientèle du médecin. Par la logique déjà exposée, on arrive à la solution que, étant responsable, la scierie paie le préjudice et l'assume comme coût de ses opérations, alors que, si elle ne l'est pas, c'est le médecin qui assume ce coût. De nouveau, l'option la moins onéreuse est retenue comme solution (Tableau II, 1. 2, colonne de droite).

691 On pourrait penser que le résultat serait différent lorsque la scierie est non seulement responsable du préjudice, mais pourrait même faire l'objet d'un ordre de la cour (*injonction*) l'intimant de cesser de gêner les activités du médecin. Examinons plus en détail cette hypothèse, qui est exposée dans la ligne du milieu du Tableau II, 1. 2.

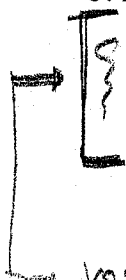
	Isolation de la scierie moins chère que construction d'un cabinet éloigné	Construction d'un cabinet moins chère que l'isolation de la scierie	Assumer le dommage moins onéreux que les deux autres options
La scierie est responsable	<ul style="list-style-type: none"> - La scierie prend l'initiative - Pour implanter la solution, elle n'a pas besoin d'un accord avec le voisin - La solution retenue est l'isolation 	<ul style="list-style-type: none"> - La scierie prend l'initiative - Accord : la solution sous son contrôle étant la plus chère, elle cherche un accord avec le médecin - Solution retenue : la construction d'un cabinet éloigné 	<ul style="list-style-type: none"> - La scierie prend l'initiative - Règlement à l'amiable - Solution retenue : la scierie paie les pertes
La scierie est responsable et peut se faire imposer une injonction	<ul style="list-style-type: none"> - La scierie prend l'initiative - Pour implanter la solution, elle n'a pas besoin d'un accord avec le voisin - La solution retenue est l'isolation - Comme elle ne gêne plus le médecin, pas de matière à injonction 	<ul style="list-style-type: none"> - La scierie prend l'initiative - Accord : la solution sous son contrôle étant la plus chère, elle cherche un accord avec le médecin - Solution retenue : la construction d'un cabinet éloigné - Comme elle ne gêne plus le médecin, pas de matière à injonction 	<ul style="list-style-type: none"> - La scierie prend l'initiative - Accord : règlement à l'amiable - Solution retenue : la scierie paie les pertes, plus une prime d'encouragement; plafond : coût de l'isolation - L'accord intervenu entre les parties promet un gain au médecin; il n'y a plus de matière à injonction
La scierie n'est pas responsable	<ul style="list-style-type: none"> - Le médecin prend l'initiative - Accord : la solution sous son contrôle étant la plus chère, il cherche un accord avec la scierie - Solution retenue : l'isolation 	<ul style="list-style-type: none"> - Le médecin prend l'initiative - Pour implanter la solution, il n'a pas besoin d'un accord avec le voisin - Solution retenue : la construction d'un cabinet éloigné 	<ul style="list-style-type: none"> - Le médecin prend l'initiative - Pour implanter la solution, il n'a pas besoin d'un accord avec le voisin - Solution retenue : le médecin assume la perte

Tableau II, 1. 2 : Le théorème de Coase, avec injonction

- 692 On constate que, même si le médecin peut avoir recours à l'injonction, il n'a pas intérêt à l'exercer. L'implantation d'une des deux solutions préventives (deux premières colonnes) enlève tout fondement à une demande d'injonction. Dans le cas où la scierie paie les pertes du médecin et offre une « prime d'encouragement », leur entente enlève également tout fondement à la demande d'injonction. Dans le pire cas, le médecin et la scierie ne pouvant s'entendre, la scierie serait amenée à isoler son usine, alors que, en l'absence d'injonction, elle se contenterait d'indemniser le médecin de ses pertes. Mais ce scénario du pire présuppose un comportement opportuniste du médecin, qui se montre insensible à la prime offerte par la scierie pour « doré la pilule ».
- 693 La démonstration ne serait pas différente si la solution la moins chère était le déménagement de l'un ou de l'autre des voisins, voire la fermeture de son usine ou de sa pratique. Lorsque l'un des deux voisins – présumons maintenant qu'il s'agit de deux entreprises commerciales – prend le contrôle de l'autre, la démonstration vaut toujours, à ceci près que la règle de responsabilité ou de son absence est remplacée par une décision de la direction de l'entreprise d'imputer le coût de l'interférence entre les deux activités à l'une, à l'autre ou à une combinaison des deux. Bien entendu, l'imputation du coût de la solution au conflit d'usages peut également être envisagée lorsque les parties restent indépendantes : le partage de responsabilité y parviendrait.

□ 2 COÛTS DE TRANSACTION SIGNIFICATIFS

- 694 La démonstration exposée ci-dessus présuppose que les parties peuvent arriver sans frais à s'entendre. C'est comme le monde sans friction dans une démonstration en physique. En réalité, ces frais sont souvent appréciables et il convient donc d'examiner ce qui advient dans ce cas.
- 695 Admettons que les frais de transaction sont prohibitifs, parce que les parties ont du mal à se trouver et à s'entendre avant leur interaction (comme dans le cas des accidents de la route, par exemple), ou que les accords sont trop difficiles à négocier ou à faire respecter. Dans la démonstration, toutes les cases où la solution effectivement implantée présupposait un accord donneront désormais lieu à une solution différente. On détermine cette solution en identifiant la personne qui prend l'initiative dans le processus conduisant à l'adoption d'une solution et en examinant à quelle solution elle peut recourir, maintenant que la solution de l'autre partie est inaccessible.
- 696 Le Tableau II, 1. 3 reprend les différents cas dans l'hypothèse de frais prohibitifs pour arriver à un accord.
- 697 En examinant les changements qui viennent de s'opérer dans les cases marquées « Accord exclu », on constate que la solution n'est plus constante par colonne, mais est choisie parmi les options contrôlées directement par la partie qui assume l'initiative, et uniforme sur les lignes. La répartition des droits est alors cruciale car elle détermine la solution qui sera effectivement implantée ! Il est tout à fait possible qu'on arrive ainsi à voir implanté une solution, marquée en gras, qui n'est pas globalement la plus avantageuse.



voilà supprima l'entente ¹¹¹¹ ~~1111~~ duioas s' ~~1111~~
 s' iduim ???

	Isolation < construction < pertes	Construction < l'isolation < pertes	Pertes < construction, l'isolation
La scierie est responsable	<ul style="list-style-type: none"> - La scierie prend l'initiative - Pour implanter la solution, elle n'a pas besoin d'un accord avec les voisins - La solution retenue est l'isolation 	<ul style="list-style-type: none"> - La scierie prend l'initiative - Accord exclu - Solution retenue : l'isolation (non optimale) 	<ul style="list-style-type: none"> - La scierie prend l'initiative - Accord exclu - Solution retenue : la scierie paie les pertes à titre de dommages-intérêts ou a recours à l'isolation, solution sous son contrôle (non optimale)
La scierie est responsable et peut se faire imposer une injonction	<ul style="list-style-type: none"> - La scierie prend l'initiative - Pour implanter la solution, elle n'a pas besoin d'un accord avec les voisins - La solution retenue est l'isolation - Comme elle ne gêne plus le médecin, pas de matière à injonction 	<ul style="list-style-type: none"> - La scierie prend l'initiative - Accord exclu - Solution retenue : l'isolation (non optimale) - Comme elle ne gêne plus le médecin, pas de matière à injonction 	<ul style="list-style-type: none"> - La scierie prend l'initiative - Accord exclu - Solution retenue : la scierie a recours à l'isolation, solution sous son contrôle (non optimale) - Il n'y a plus de matière à injonction
La scierie n'est pas responsable	<ul style="list-style-type: none"> - Le médecin prend l'initiative - Accord exclu - Solution retenue : la construction d'un cabinet éloigné (non optimale) 	<ul style="list-style-type: none"> - Le médecin prend l'initiative - Pour implanter la solution, il n'a pas besoin d'un accord avec le voisin - Solution retenue : la construction d'un cabinet éloigné 	<ul style="list-style-type: none"> - Le médecin prend l'initiative - Pour implanter la solution, pas besoin d'un accord avec le voisin - Solution retenue : le médecin assume la perte, solution la moins chère sous son contrôle

Tableau II, 1.3 : Le théorème de Coase, avec coûts de transaction prohibitifs

698 Que faire devant cette perspective peu reluisante ? Le législateur qui sait que, en général dans les interactions de ce type, la solution sous le contrôle des scieries est moins onéreuse que celle à la disposition des médecins, pourrait alors raisonner comme suit. Dans le diagramme, nous nous situons dans la première colonne. La case à éviter est celle de la solution marquée en gras, car elle n'est pas la moins coûteuse. Optons donc pour la règle juridique de la première ou de la deuxième ligne. Elle consiste à tenir les scieries responsables et arrive ainsi à faire implanter la solution la moins onéreuse. De la même façon, si les coûts relatifs des solutions se présentent comme dans la deuxième colonne, où le déplacement du cabinet du médecin est la moins onéreuse des solutions, la règle de droit doit prévoir que les médecins assument, les scieries n'étant pas responsables.

A la fin de la page 189, le Coase a dit que...

après avoir vu la solution...

- 699 Le tableau pointe vers une lecture du droit de la responsabilité civile qui sera développée dans le chapitre consacré à ce sujet. Comparons la première et la troisième colonne du Tableau II, 1. 3. Dans la première, la scierie peut prévenir les pertes pour le médecin à un coût inférieur à celles-ci, alors que, dans la troisième colonne, les pertes sont moins onéreuses que la solution préventive sous le contrôle de la scierie. Lorsque le coût des transactions est prohibitif, comme il l'est souvent dans le cas d'accidents, la logique que nous venons de dégager conduirait à tenir la scierie responsable lorsque sa solution préventive est moins chère que les pertes occasionnées au médecin. Dans le cas contraire, c'est le médecin qui les assume; la scierie n'est alors pas responsable.
- 700 Lorsque la solution préventive à la disposition d'un auteur de dommage est moins onéreuse que les pertes occasionnées en l'absence de cette prévention, l'auteur pourrait alors être considéré, en termes juridiques, comme fautif de ne pas prévenir et sera alors condamné à payer les dommages. Cela lui donne, ainsi que d'autres dans sa situation, une incitation à prévenir. Dans le cas contraire, le fait de faire payer l'auteur du préjudice n'entraîne pas d'effet incitatif intéressant; il n'y a pas de faute. Ces accidents sont mieux assumés sous forme d'assurance par la victime, tout comme, dans la démonstration du théorème, le médecin est alors tenu d'assumer ses pertes.

□ 3 LA GÉNÉRALISATION PROPOSÉE PAR DEMSETZ

- 701 Dans un article récent, Demsetz est revenu sur l'argumentation de Coase en ce qui a trait aux situations à coûts de transaction significatifs. Il reproche à Coase de n'être pas allé au bout de sa propre logique¹. Lorsque les ententes sont coûteuses, Coase estime qu'il peut bien y avoir un écart entre le coût privé et le coût social du fait que certains coûts ne seraient pas pris en considération, faute d'ententes « internalisantes » entre les intéressés. La solution efficace au problème d'usages concurrents d'une ressource rare ne serait pas forcément atteinte. Le problème de l'externalité est alors bien réel.
- 702 Demsetz s'inscrit en faux contre cette conclusion. L'efficacité reflète ici le jugement de l'optimum résultant du fait que tous les gains réalisables par des contrats à l'intérieur du système des prix (marchés) se sont concrétisés, compte tenu de tous les coûts. Or, soutient Demsetz, il faut comparer la situation de deux propriétés distinctes avec celle où les deux se trouvent entre les mains d'un seul propriétaire. Si un seul propriétaire gère le conflit d'usages concurrents entre les activités du médecin et celles de la scierie, il augmentera la production de l'un tant que les gains que cela procure dépassent les pertes chez l'autre. Or, c'est bien ce point vers lequel les négociations des parties séparées évolueraient en l'absence de coûts de transaction.
- 703 Que se passe-t-il lorsque les coûts de transaction sont significatifs? Il faut alors prendre en considération que le propriétaire unique, gérant plusieurs activités distinctes, engagera des frais de gestion d'autant plus élevés que le

1. Demsetz 2003, 282-300.

nombre et la diversité de ces activités augmentent. Il se trouve alors devant une décision « de deuxième niveau », à savoir si les frais de gestion accrus qu'il doit engager pour déterminer un équilibre plus profitable entre les deux activités gérées se justifient au regard des bénéfices qui résultent d'une meilleure attribution. Il y aura donc une marge de gains d'attribution qui n'est plus accessible en raison des coûts accrus de gestion qu'il faudrait engager pour les obtenir. Le gestionnaire cherchera l'optimum sur les deux niveaux de décision à la fois.

704 Transposées à la situation des propriétés distinctes, ces considérations suggèrent que de la même façon certains arrangements, en apparence profitables, ne sont plus accessibles compte tenu du coût des ententes qu'il faudrait conclure pour les réaliser. L'externalité est simplement le nom que l'on donne aux coûts d'interaction ou de coordination, lorsque les ressources concurrentes se trouvent entre des mains différentes¹. Si elles se trouvent entre les mains d'une seule personne, ils s'appelleront « coûts de gestion ». La considération essentielle est cependant de savoir quelle structure de propriété sera choisie pour gérer les utilisations concurrentes.

705 Abandonnons, comme une situation extrême, l'hypothèse selon laquelle les coûts de transaction non nuls sont forcément prohibitifs. La transaction possible, mais coûteuse entre dans la balance avec les gains qu'elle permet de réaliser grâce à l'entente des parties. La partie qui prend l'initiative selon la démonstration précédente choisira alors l'équilibre le plus profitable entre les coûts et les gains afférents aux ententes entre parties. Il n'y a donc pas d'écart entre le coût social et le coût privé, car tous les coûts sont toujours pris en considération. Pour Demsetz, les « coûts de transaction » sont des coûts de production comme les autres. Suivant cette façon de voir, le monde sans coûts de transaction ne devrait être que l'extrémité de l'échelle et les conclusions relatives à l'attribution des droits y valent également. Ce qui varie est le coût relatif de changer cette attribution et donc les gains de productivité que peuvent atteindre les intéressés.

706 Le système des marchés fait bien son œuvre, même lorsque les coûts de transaction sont non négligeables. Il appartient au système juridique et politique d'attribuer les droits. Pour Demsetz, cela peut avoir des conséquences sur le degré de bien-être pouvant être atteint, mais se situe toutefois en dehors du mécanisme des prix et ne préjuge en rien de l'efficacité de celui-ci.

707 L'exposé de Demsetz rappelle un point important. L'analyse économique du droit insiste sur l'efficacité de la plupart des règles observées dans les systèmes juridiques existants et, sur le plan normatif, soutient l'opportunité de déterminer la solution qui serait efficace pour des questions de politique juridique, c'est-à-dire les règles à venir. Or, la notion même d'efficacité présuppose que les droits de propriété soient au moins minimalement fixés. Il y aurait circularité à vouloir fonder la détermination initiale des droits de propriété sur des considérations d'efficacité.

1. Demsetz 2003, 287; voir aussi Calabresi 1991.

SECTION 2

OBJECTIONS AU THÉORÈME

708 Le théorème de Coase heurte de front l'intuition du juriste et même de l'économiste. Du coup, l'on a cherché à en attaquer la démonstration. L'article de Coase de 1960 est ainsi devenu l'un des plus cités de la littérature économique de la fin du XX^e siècle. Coase lui-même a répondu à ses détracteurs à l'occasion d'une republication de ses articles clé en 1988¹. Nous présenterons deux objections qui ont suscité beaucoup de discussion.

□ 1 LA DISTRIBUTION DES RICHESSES

709 Une première objection pose que le théorème ignore les effets sur la distribution des richesses². Selon que le médecin ou la scierie assume les frais du conflit d'usages, le prix des services médicaux ou du bois d'œuvre s'en ressentira. La production et la consommation qui en découleront globalement varieront. À long terme, il y aurait donc bien une variation.

710 Pour y répondre, regardons plus spécifiquement ce qui advient des ressources utilisées dans notre histoire. Si la scierie est responsable envers le médecin, la rentabilité de son opération diminue. Toutefois, elle est en concurrence avec les scieries établies ailleurs. Si la rentabilité de celles-ci n'est pas affectée par la nouvelle règle de responsabilité, notre scierie, pour rester en affaires, doit atteindre la même rentabilité. Supposons que la main-d'œuvre et les autres ressources pourraient facilement être déployées dans une activité également payante ailleurs (demande élastique). Cela veut dire que la scierie doit chercher à payer moins pour la ressource – ici le terrain – qui lui occasionne les frais résultant de la responsabilité. Le terrain est, pour ainsi dire, en concurrence avec d'autres terrains qui n'entraînent pas une telle responsabilité civile. Comme les rendements à venir d'une ressource sont immédiatement capitalisés dans le prix auquel elle se transige, il faut s'attendre à ce que le prix des terrains avec des voisins sensibles au bruit et aux vibrations baisse pour en tenir compte. L'acquéreur qui entend établir une scierie sur ce terrain n'accepte de l'acheter que si le prix du terrain lui permet d'atteindre une rentabilité normale pour une scierie.

711 D'une manière générale, le coût du conflit d'usage est immédiatement internalisé dans le prix – capitalisé – de la ressource affectée : elle vaut moins, compte tenu des utilisations devenues plus coûteuses, voire impossibles. Bien entendu, en sens opposé, un nouvel usage plus profitable de la ressource est aussi capitalisé immédiatement, sous forme d'une augmentation du prix. Pour revenir à la situation coaséenne, le propriétaire de la ressource au moment où est établie ou énoncée la nouvelle règle qui attache une responsabilité à l'usage de sa ressource subit une perte en capital; les acquéreurs subsé-

1. Coase 1988. 157-185; repris dans Coase 2000, 77.

2. Développé par Coase [1988] dans la section IV de ses notes.

quents l'achètent au prix qui permet un rendement normal. Par la même dynamique, la valeur du terrain où est établi le médecin augmentera, sous la pression de la concurrence, pour tenir compte du surplus qu'il encaisse, au-delà du dommage réparé, du fait qu'il n'a plus à assumer le coût des inconvénients de voisinage, s'il y en avait. Si la règle de responsabilité opposée est adoptée, la dynamique joue en sens inverse : le terrain du médecin baissera en valeur, alors que celui de la scierie augmente. En somme, la validité du théorème n'est pas affectée par l'ajustement des prix des ressources.

□ 2 L'EFFET DE DOTATION

712 La démonstration du théorème présuppose implicitement que le prix d'un droit ne varie pas selon qu'il est acheté ou vendu. Or, des recherches expérimentales ont démontré que les gens ont tendance à demander plus pour se départir de ce qu'ils ont déjà que ce qu'ils offriraient pour l'acquérir¹. La différence serait de l'ordre de 200 à 300 %. On aurait pu penser que cette différence ne vaudrait que pour des sommes ou des objets qui représentent une portion très substantielle des avoirs d'une personne, mais les recherches montrent qu'il en va de même pour de petites sommes, comme celle que l'on paie pour un repas à la cafétéria d'Hydro Colombie britannique². L'effet a été démontré dans une série d'expériences et dans des contextes fort variés. L'anglais a inventé l'expression *endowment effect* pour désigner le phénomène³, rendu ici par l'effet de dotation⁴.

713 Quelle conclusion convient-il d'en tirer pour le théorème de Coase ? Si l'effet se maintenait dans d'autres expériences, cela mettrait en question la validité du théorème de Coase dans sa généralité. De Meza soutient que, même en admettant que les gens préfèrent généralement garder leur propriété et entreprennent par conséquent moins d'échanges que dans le cas contraire, les échanges effectivement réalisés comportent toujours des gains pour les deux parties⁵. Mais cet argument ne nous paraît pas suffisant, car l'invariance que postule le théorème ne vaudrait plus et la situation juridique initiale, quelle qu'en soit l'origine, risque d'être finale.

714 Une réponse plus prometteuse vient de nouvelles études expérimentales qui tendent à démontrer que les individus sont d'autant moins sujets à l'effet de la dotation qu'ils participent régulièrement à des transactions commerciales. Hoffman et Spitzer, dans leur résumé de la littérature, avaient déjà posé la question de l'étendue de l'effet, vu qu'il y a des marchés aux puces florissants, de nombreuses « ventes de grenier » et que les gens vendent leur vieille voiture en achetant la nouvelle⁶. Une étude plus récente compare spécifiquement des

1. Knetsch 1983; Kahneman 1990; pour un survol de la littérature : Curran 2000.

2. Knetsch/Weinrib 1979.

3. Knetsch 1989; Kahneman et al 1990; la littérature est résumée dans Hoffman/Spitzer 1993.

4. Terme français proposé dans Bertrand/Destais 2002 et Bertrand 2003, 240.

5. De Meza 1996.

6. Hoffman/Spitzer 1993.

individus non commerçants et des commerçants au chapitre de l'effet de la dotation et observe que l'effet est à peu près absent dans le deuxième groupe¹.

- 715 Dans l'ensemble, les résultats empiriques, essentiels pour trancher la question, mais encore incomplets, ne nous semblent pas encore autoriser une conclusion qui mette en doute la validité du théorème de Coase.

SECTION 3

IMPLICATIONS DU THÉORÈME

□ 1 DROITS ET RESPONSABILITÉS À ATTRIBUER

- 716 Comme Coase l'a toujours soutenu lui-même, l'hypothèse des transactions sans frais n'est qu'une simplification permettant de comprendre la théorie pour mieux s'attaquer au monde où les transactions sont onéreuses et où l'attribution initiale des droits risque d'être finale². La recommandation de politique juridique, pour le cas de frais de transaction significatifs, est de donner le meilleur droit à la partie qui, en l'absence de ces frais, l'aurait achetée à l'autre, si elle n'en avait pas été titulaire au départ, ou, formule lapidaire, d'accorder le droit à celle des parties qui le valorise le plus³. Si, pour revenir à notre exemple ci-dessus, la solution sous le contrôle de la scierie était la moins chère mais que le droit ne la tenait pas responsable, le médecin aurait payé la scierie pour isoler (il aurait acheté, pour ainsi dire, le droit à un environnement sans bruit et vibrations), alors que, dans les mêmes circonstances, l'inverse n'est pas vrai : la scierie n'aurait pas payé le médecin pour qu'il plante sa solution, car la sienne propre est moins chère. Dans ce cas, des deux parties, c'est le médecin qui valorise le plus son usage, étant donné qu'il aurait payé l'autre pour le respecter.

- 717 Calabresi a proposé une autre formule pour exprimer ce raisonnement⁴. Dans un conflit d'usages qui engendre des pertes ou des accidents, il s'agit d'attribuer la responsabilité à celles des parties concernées qui peut, aux moindres frais, réduire ou éviter ces coûts (*cheapest cost avoider*)⁵. Dans notre exemple, cela aurait été la scierie; le résultat est donc conforme à celui obtenu en suivant les autres formules.

- 718 De ce qui précède, il découle que le rôle du droit et le soin avec lequel les règles doivent être choisies varient en fonction des coûts de transaction. Lorsque ces frais sont peu importants, le législateur ou le juge peut se contenter d'articuler les droits avec une relative indifférence – à la condition de le faire de manière précise – sachant qu'une mauvaise attribution sera corrigée au

1. List 2000. Aussi Shogren et al. 1994; sur l'ensemble du problème, voir Epstein 2003, 210-218.

2. Coase 1994, 11; Coase 2000, 115.

3. Cooter/Ulen 2004, 98; Friedman 2000, 44-45.

4. Calabresi 1970, 136 et suiv.; Calabresi/Melamed 1972, 1118, 1119, 1127.

5. Le terme est dû à Calabresi 1970, 139.

besoin par des transactions entre les parties, par « le marché ». À mesure que les frais de transaction augmentent cependant, cette soupape corrective sera de moins en moins accessible et il importera corrélativement d'apporter de plus en plus de soins à la bonne formulation des droits.

719 On comprend dès lors la mission générale que l'analyse économique détecte dans le droit, qui est de réduire les coûts de transaction par tous les moyens possibles. D'ailleurs, les intéressés eux-mêmes poursuivent cet objectif, car, lorsque les coûts de transaction sont faibles, la recherche de l'efficacité, éventuellement par ententes entre particuliers, leur est d'autant plus facile.

720 Une conséquence de cette consigne touche les regroupements de prérogatives formant un droit au sein du système juridique. Il est souhaitable de façonner les droits de telle sorte que, si le droit A intéresse au premier chef la personne qui a déjà le droit B, les deux droits soient joints en un seul « grand » droit. Ainsi la propriété des terres emporte le droit de contrôler ce qui se passe à la surface et immédiatement sous terre, mais non le droit de survol à haute altitude¹. Le fait de réunir plusieurs droits de disposition en un seul « grand » droit est de nature à réduire les coûts liés au transfert et donc à diminuer le coût des transactions.

721 Que faire, cependant, lorsque les coûts de transaction demeurent des empêchements importants aux ententes qui promettaient des gains d'efficacité ? Pour faire les bons choix de politique juridique, il faut des informations sur le coût relatif des différentes options. Or en réalité ces informations sont elles-mêmes coûteuses². En situation de frais de transaction significatifs, on fait donc face à deux sources de coût : d'un côté, le coût d'une inefficacité résultant de la mauvaise allocation des droits et, de l'autre, le coût d'engendrer et de recueillir les informations nécessaires pour déterminer la meilleure attribution des droits et pour échapper à cette inefficacité. Ces coûts varient en sens opposés en fonction de l'ampleur des informations à recueillir. L'option théoriquement la meilleure est celle qui minimise la somme des deux coûts. En pratique, ces coûts ne sont pas faciles à chiffrer et le point optimal ne sera donc pas facile à déterminer. Calabresi offre néanmoins la règle simplifiante de chercher le meilleur rapport entre les coûts de prévention et les coûts administratifs. S'il est coûteux d'identifier la personne la mieux placée pour minimiser les coûts d'un certain type d'accident, contentons-nous de rendre responsable, si l'on peut facilement les identifier, une catégorie de personnes qui peuvent significativement influencer ces coûts, sans être nécessairement les mieux placées pour les éviter elles-mêmes³.

722 Calabresi offre plusieurs autres règles simplifiantes pour guider les choix en pareilles circonstances⁴. Lorsque nous sommes incertains du choix parmi plu-

1. CCQ 951; Code civil français 552; voir Friedman 2000 *Law's Order*, 44 pour la common law.

2. Calabresi 1970, 139 et suiv.

3. Calabresi 1970, 143 et suiv. Il donne comme exemple l'option d'attribuer les frais des accidents de route impliquant des piétons aux automobilistes suivant le kilométrage parcouru, plutôt que suivant l'âge et les accidents créés, ces derniers facteurs étant plus difficiles à établir.

4. Calabresi 1970, 150.

siieurs catégories de personnes pouvant influencer l'incidence des accidents, choisissons celle qui est la mieux placée pour négocier avec d'autres (*best briber*). S'il s'avère que notre choix ne désigne pas la catégorie la mieux placée pour réduire les coûts, du moins avons-nous maximisé les chances qu'il soit corrigé par des accords entre personnes intéressées. Pour trouver cette personne, il peut être important de se demander qui prend le mieux conscience du niveau de risque en jeu. Dans d'autres circonstances, la règle se concrétise dans le conseil de trouver la personne ou catégorie de personnes qui peut le mieux éviter le resquillage, c'est-à-dire forcer tous les intéressés à un projet collectif (*best coercer*)¹. Dans toutes ces règles, l'accent est mis non pas sur la tâche – impossible – de trouver la solution efficace, mais plutôt sur la conception d'une procédure qui promette en principe de nous amener le plus près possible de ce résultat². Voilà le juriste dans son élément : son savoir propre porte pour une bonne partie sur la conception des procédures.

723 Il importe en outre de choisir la forme des droits de manière à minimiser les pertes résultant d'une mauvaise allocation et à maximiser les possibilités de la corriger. Le droit d'une personne sur un objet peut être protégé de différentes façons. Dans une première hypothèse, le recours en cas de violation se limite au droit de demander une indemnité. Alternativement, le recours peut s'étendre au droit de demander un ordre de la cour (*injonction en droit québécois*) intimant au défendeur de cesser toute violation et assorti de sanctions comme l'*outrage au tribunal* en droit québécois ou l'*astreinte* en droit français, visant à en assurer le respect effectif.

724 Dans la littérature américaine, on a désigné ces deux options comme les *liability rule* et *property rule*³; en français, on pourrait dire *règle d'indemnisation* et *règle d'exclusivité*. La première permet l'usage de l'objet du droit, même sans la permission du titulaire, donc en violation de son droit, moyennant un prix fixé par le juge; la seconde, en revanche, ne permet l'usage de l'objet du droit qu'avec l'accord du titulaire et au prix qu'accepte celui-ci. Le titulaire peut éventuellement avoir recours aux tribunaux pour arrêter à l'avance tout usage non autorisé. La sanction imposée en cas d'un usage non autorisé qui aurait eu lieu malgré tout doit être assez sévère pour décourager la transgression du droit (plutôt que de simplement dédommager la victime)⁴.

725 Ces modalités de protection ont une incidence sur la formulation des droits selon que les frais de transaction sont faibles ou élevés. En situation de frais de transaction faibles, on conseille de protéger les droits au moyen de règles d'exclusivité. Cette façon de faire clarifie la situation juridique entre les parties, simplifie la tâche des tribunaux s'il faut y avoir recours et peut être corrigée facilement par entente entre les parties si l'attribution est erronée. En revanche, lorsque les frais de transaction sont élevés et que la correction d'une attribution erronée des droits par l'accord des parties paraît exclue, il importe de ména-

1. Calabresi 1970, 151.

2. Friedman 2000, 61 : « a demonstration not of what the efficient rule is but of how one goes about finding it. »

3. Calabresi/Melamed 1972, 1092; Friedman 2000, 57-62, 151.

4. Friedman 2000, 151.

ger la possibilité de correction par les tribunaux, qui pèsent alors les usages des deux parties et peuvent moduler les règles de responsabilité en conséquence¹. Il faut cependant concéder que la cour ne peut respecter la valeur subjective que les parties attachent à leurs biens aussi fidèlement qu'elles ne le feraient elles-mêmes. La consigne est donc d'accorder une protection par des règles d'exclusivité, sauf si des raisons précises (coûts de transaction élevés) indiquent le contraire.

□ 2 LA NATURE DES COÛTS DE TRANSACTION

726 Dans la démonstration du théorème de Coase, il est apparent que les coûts de transaction jouent un rôle essentiel dans la structuration du droit. Ce qui l'est moins est le sens qu'il faut donner à ce terme. On lui a reproché que tout peut être rationalisé moyennant l'adoption de la définition convenable des coûts de transaction². Le sens importe aussi pour déterminer la traduction française à adopter, l'expression « coûts de transaction » étant manifestement un calque de l'anglais, comme l'a fait remarquer Morissette dans son introduction à la traduction française des articles clé de Coase³. Sauf dans les opérations financières, où elle s'entend de tout marché commercial, le terme transaction a le sens étroit de l'accord mettant fin à un litige, ce qui est très loin du sens large qu'il a en anglais. Il faut néanmoins admettre que l'expression *coûts de transaction* s'est imposée dans l'usage et nous proposons de la maintenir pour cette raison.

727 Pour retracer le sens du terme, voyons à quelle fin il est employé par Coase et d'autres juristes-économistes. Pour Coase, les coûts de transaction sont ce qui empêche deux personnes d'arriver à une entente en apparence profitable pour elles. En l'absence de coûts de transaction, aucune externalité ne pourrait survenir car tout serait internalisé par contrat. Mais, comme le fait remarquer Dahlman, l'absence de coûts de transaction impliquerait de même l'absence de coûts de transfert et de coûts résultant de l'information incomplète au sujet des aspects du contrat⁴. Toute réattribution des ressources vers des utilisations plus productives serait instamment réalisée; on se trouverait dans un monde idéal, un Nirvana, pour employer le terme de Demsetz⁵.

728 Il est clair que l'étude d'un tel monde sans friction ne peut être qu'un pas préliminaire pour fixer les idées et que la phase véritablement intéressante consiste à comparer des situations où les coûts de transaction sont significatifs mais variables d'un arrangement à l'autre. C'est bien sur cette voie que s'était déjà lancé Coase dans son article, également classique, de 1937, en s'interrogeant sur les raisons qui font que certaines productions complexes

1. Règles énoncées dans Calabresi/Melamed 1972, 1106 et suiv. – voir citation dans Cooter/Ulen 2004, 105; Friedman 2000, 58; Posner 2003, 67 et suiv.; Kaplow/Shavell 1996.

2. Fischer 1977, 322, cité par Williamson 1979, 233.

3. Morissette 2000, 21.

4. Dahlman 1979 [1988, 233].

5. Demsetz 1979 [2002, 107].

supplémentaire des dépenses liées à l'organisation au sein d'une entreprise

sont réalisées par contrat entre opérateurs indépendants dans le marché, alors que d'autres le sont au sein d'une entreprise structurée généralement de manière hiérarchique. La théorie économique semblait pourtant tenir pour acquis que la réalisation par le marché serait la formule la plus performante. La réponse de Coase est qu'il y a des coûts – de transaction – à utiliser le marché; symétriquement, il faut admettre cependant qu'il y a également des coûts à se servir de l'organisation hiérarchique. Ces constats nous engagent à une étude comparative pour expliquer jusqu'où telle approche plutôt que telle autre est adoptée pour un problème donné.

729 Le point à relever ici porte sur ce que l'on devrait alors comparer. Ce sont les coûts afférents à organiser la production de telle façon ou de telle autre. Dans le marché, cela se fait par contrat et on utiliserait donc à juste titre – du moins en anglais – le terme *coûts de transaction*. Mais les opérations au sein d'une hiérarchie peuvent difficilement être analysées comme des contrats, sauf à dénaturer substantiellement ce terme. Et lorsque les études comparatives nous amènent à envisager une prise en charge ou une régulation de la production de certains biens par l'État par opposition à une production privée, les coûts propres à ce mode d'organisation se prêtent encore moins bien à l'application générale des termes de contrat et de coûts de transaction. Pourtant pour comparer ces modes de gouvernance, nous cherchons un terme général pour désigner le coût des opérations nécessaires pour coordonner les actions de différents acteurs dans une production complexe, faisant intervenir plusieurs personnes. On pourrait parler de coûts d'organisation¹, ou de coût du contrôle social², mais ces termes ne sont pas non plus intuitivement transparents. La moins mauvaise solution paraît alors de continuer l'usage du terme *coûts de transaction*, qui s'est imposé dans la littérature.

730 Pour poursuivre l'analyse du sens à donner à ce terme, il est bon de revenir au contexte envisagé dans l'article de Coase sur les coûts sociaux. L'entente en apparence profitable peut ne pas se concrétiser parce que les parties disposent d'une information insuffisante sur les possibilités de conclure des marchés, sur des partenaires potentiels, sur la qualité de l'objet éventuel du marché, sur les conditions de ce marché, et qu'elles ne peuvent à bon compte compléter cette information. Appelons ceci les coûts de la recherche, sous-entendu que, pour l'information dont on dispose déjà, le coût de recherche est nul.

731 À supposer cependant qu'une information suffisante soit disponible, encore faut-il s'entendre. Les difficultés qui peuvent se poser à ce stade tiennent, d'une part, au nombre des intervenants avec qui il faudrait s'entendre et, d'autre part, à la nature de la négociation. Pour ce qui est du premier volet, il faut localiser et contacter toutes les personnes pour entamer des négociations. Lorsque le nombre de participants augmente, cela peut représenter un coût significatif – même prohibitif – par rapport aux enjeux de l'entente. L'autre volet, la négociation proprement dite, soulève le problème de la découverte des

1. Gomez 1996, 105. Cheung propose, se réclamant de l'accord de Coase lui-même, le terme « coût des institutions » Cheung 1998, 515.

2. Eggertson 2005, 27.

préférences et les soucis des intervenants, ce qui laisse voir la marge d'entente. Cette phase peut donner lieu à des comportements stratégiques, d'autant plus que le nombre d'intervenants augmente (comportement de bastion (*hold-out*), par exemple), sur lesquels nous reviendrons ci-dessous. Le niveau de détail auquel on voudra spécifier le contrat intervenu fait partie des considérations de coût à cette phase : les contrats afférents à la construction du tunnel sous la Manche demandent plus de détail que celui qui gouverne la réfection de l'escalier à l'entrée de votre maison. On peut convenir du terme de coûts de négo-
ciation et de décision pour désigner les coûts liés à cette deuxième phase¹.

732 Une fois le contrat en place, il faut assurer son exécution régulière. Elle donne lieu à des coûts de surveillance et de sanction. Ces coûts peuvent avoir plusieurs ramifications, car on peut parfois se prémunir contre la mauvaise exécution en faisant des contrats plus détaillés ou en se créant une réputation de fiabilité (pour rendre le service) ou de sévérité (s'agissant de faire sanctionner la mauvaise exécution), par exemple. Les sanctions peuvent être organisées de différentes façons : par voie privée (médiation, arbitrage) au sein de communautés restreintes, ou par voie publique et à l'égard de tous, par les tribunaux, par exemple.

733 Cooter et Ulen, dans leur traité, énumèrent les facteurs suivants comme contribuant à des coûts de transaction élevés² : bien ou service unique; droits complexes ou incertains; grand nombre de participants; hostilité entre participants; participants qui ne se connaissent pas; comportements déraisonnables; échange décalé dans le temps; de nombreuses éventualités touchant l'exécution; frais de surveillance élevés; sanctions coûteuses.

734 Il est clair que, lorsqu'on envisage d'autres formes d'organisation, la nature des coûts de transaction sera différente. L'analyse doit alors, soutient Williamson, descendre sur le plan concret de la structuration de différentes industries (micro-analyse)³. À chaque fois, il faut aller à la recherche de coûts qui impliquent que la coordination des actions humaines par l'organisation en question n'est pas instantanée, sans friction, et entièrement conforme aux intentions des acteurs⁴.

735 Le recensement général des coûts de transaction ci-dessus inspire à Dahlman la conclusion que ces coûts sont des pertes dues à des problèmes d'information et de communication. Il faut toutefois préciser que les problèmes peuvent être de nature variable. Ils peuvent, en premier lieu, avoir un caractère technique, comparable au coût du transport⁶. Les avances dans les sciences et les moyens de communication les feront alors évoluer et peuvent faire changer une situation à hauts coûts de transaction en une situation qui a

1. Dahlman 1979 *Externality*, p. 217-218.

2. Cooter/Ulen 2004, 94 (Tableau 4.3).

3. Williamson 1979, 261.

4. Zerbe/McCurdy 1999, 562 définissent les coûts de transaction, en citant Allen 1991, 4, comme *les ressources nécessaires au transfert, à l'établissement et au maintien des droits de propriété* [pris au sens large des économistes].

5. Pour Dahlman 1979, 217, c'est tout ce qui importe.

6. Dahlman 1979, 213.

②
①
Williamson

de faibles coûts de transaction. Nous avons relevé les implications de politique juridique qui en découleraient.

736 Les coûts de transaction peuvent, deuxièmement, être d'une nature différente. Ils peuvent résulter de l'incertitude générale dans les marchés : les acteurs hésitent à s'engager s'ils prévoient que l'évolution de la conjoncture déjouera leurs plans. La réponse tient ici à la réduction de l'incertitude et, à défaut, à la façon d'absorber le risque, sujet traité au chapitre 4¹.

737 Les coûts de transaction peuvent, en troisième lieu, tenir aux comportements stratégiques ou opportunistes des acteurs les uns envers les autres. Cooter soutient que Coase se limite à étudier, dans son théorème, le versant optimiste de la nature humaine, celui où les acteurs de bonne volonté s'entendent sur ce qui leur procure un gain commun; mais la nature humaine est variable et peut aussi se situer de l'autre côté de l'échelle, là où la cupidité, la méfiance ou la jalousie empêchent la conclusion d'ententes pourtant en apparence profitables : le versant pessimiste ou, comme le dit Cooter, *hobbésien*².

738 Certains auteurs considèrent qu'en raison de la différence entre les coûts d'information et de communication, d'une part, et ceux de l'opportunisme, d'autre part, ceux-ci ne devraient pas être comptés parmi les coûts de transaction³. Tout en reconnaissant cette différence, il nous semble cependant que tous ces facteurs empêchent des accords en apparence profitables de se réaliser et appellent une réaction juridique visant à éviter ce résultat malencontreux.

739 L'opportunisme est un terme du vocabulaire général. Il a pris son envolée surtout dans l'usage de l'économiste. Nous en avons déjà rencontré plusieurs formes : le resquillage, le bastion (*hold-out*), le risque moral, l'antisélection, les problèmes d'*agency*⁴.

Behavioral
economics

740 La théorie économique classique s'est peu intéressée aux notions de coûts de transaction et d'opportunisme, préférant étudier des marchés comme si les transactions se réalisent en principe sans friction. Au contraire, chez les économistes dits « institutionnalistes », elle occupe une place centrale, souvent en référence justement au théorème de Coase. Si le concept de comportement opportuniste apparaît régulièrement dans le discours des économistes, il est moins facile d'en trouver une bonne définition⁵. Williamson, qui a beaucoup écrit pour mettre ce concept en évidence dans la pensée économique, le définit comme la recherche de l'intérêt personnel avec un élément de tromperie (*self-interest seeking with guile*)⁶. Il oppose l'opportunisme au rapport de confiance (*trust*) et l'associe à une divulgation sélective ou tronquée d'information et à des promesses que l'on ne croit pas soi-même (*self-disbelieved promises*) au

1. Voir Chapitre 4.

2. Cooter 1982, 18.

3. Bertrand 2002, 2003; Cooter 1982.

4. Ch. 2 de ce livre.

5. Cohen 1992, 954.

6. Williamson 1975, 26. La formule est reprise dans les ouvrages subséquents comme Williamson 1985 et 1996; la terminologie française est empruntée à Gomez 1996, 73, et à Lebreton 2002, 4 et 57.

sujet de sa conduite future. Dixit ajoute qu'il s'agit d'une classe d'actes qui tentent les individus, mais nuisent au groupe dans son ensemble¹.

741 Lebreton, dans une thèse de droit qui traite expressément de l'opportunisme, précise que « [d]e façon générale, ces comportements [opportunistes] se matérialisent par la divulgation d'informations incomplètes ou dénaturées, par des efforts calculés pour fourvoyer, dénaturer, déguiser, déconcerter ou semer la confusion lors de transactions commerciales; ils recèlent un manque évident de franchise, d'honnêteté, de loyauté. »² L'opportunisme se produit « lorsque l'un des cocontractants se comporte de manière contraire à la compréhension du contrat chez l'autre, sans nécessairement aller à l'encontre de la lettre de l'entente, mais d'une manière à effectuer un transfert de richesse au détriment de l'autre et à son propre profit »³. George Cohen définit l'opportunisme très largement comme « tout comportement, dans le cadre contractuel, par l'une des parties au contrat, qui va à l'encontre des attentes raisonnables que l'autre a formées sur la foi de l'entente, des normes contractuelles ou de la morale conventionnelle »⁴.

742 Williamson explique que ce type de comportement ne peut être pratiqué avec succès à l'égard de personnes qui ont de nombreux cocontractants potentiels et qui peuvent facilement changer de cocontractant. Ce sont justement les situations de très petits nombres d'intervenants ou celles où l'on est tenu de se fier sur des personnes précises qui créent les occasions pour l'opportunisme.

743 Les méfaits de l'opportunisme pourraient se produire, par exemple, dans la situation où deux parties, condamnées à travailler ensemble, faute d'autres partenaires potentiels (monopole bilatéral), s'obstineraient à vouloir arracher une part plus importante du gain conjoint, au point de faire échouer l'entente. Pour réduire ce type de coût de transaction, les parties elles-mêmes peuvent prendre des dispositions pour éviter de se retrouver dans des situations de monopole bilatéral, ce qui limite peut-être les options de contracter qui leur demeurent ouvertes. Alternativement, le droit peut circonscrire les moyens de pression ou menaces que les parties peuvent employer dans le cours de négociations, comme le fait par exemple le droit du travail, ou même imposer un partage décidé par un tiers considéré impartial. L'opportunisme peut également se réaliser aussi par des manœuvres déguisées. L'obligation de renseigner constitue alors un antidote possible.

744 Dans l'ensemble, on peut dire qu'une partie contractante agit de manière opportuniste lorsqu'elle cherche, par la ruse (moyens détournés) ou par la

1. Dixit 2004, 1.

2. Lebreton 2002, 4-5.

3. « A major problem occurs when a performing party behaves contrary to the other party's understanding of their contract, but not necessarily contrary to the agreement's explicit terms, leading to a transfer of wealth from the other party to the performer – a phenomenon that has come to be known as opportunistic behavior » Muris 1981, 521 (trad.).

4. Cohen 1992, 957 (trad.). « any contractual conduct by one party contrary to the other party's reasonable expectations based on the parties' agreement, contractual norms, or conventional morality ».

force, à modifier à son avantage et au détriment de l'autre la répartition des gains conjoints du contrat que chaque partie pouvait normalement envisager au moment de conclure le contrat. Elle tente d'obtenir « plus que sa part ». L'acte opportuniste consiste à exploiter significativement une asymétrie dans le rapport de personnes au détriment des autres participants. L'asymétrie peut exister au moment de la conclusion du contrat ou survenir en cours de son exécution, par suite de circonstances imprévues en présence d'un contrat – imparfait – qui ne comporte aucune précision à leur sujet. Souvent les difficultés de certains à s'informer ou à surveiller d'autres ouvrent la porte aux comportements opportunistes de ceux-ci. L'opportunisme consiste à faire conclure au cocontractant une entente qu'il n'aurait pas accepté de plein gré et parfaitement informé (opportunisme *ex ante*), soit de modifier en cours d'exécution la répartition implicitement convenue au moment de la conclusion du contrat (opportunisme *ex post*).

- 745 Certains auteurs proposent de réserver le terme « comportement stratégique » pour celui qui exploite une asymétrie de pouvoir de négociation, laissant pour le terme « comportement opportuniste » le champ des actions qui exploitent une asymétrie d'information¹. Dans le monde du contrat parfait, où l'information par hypothèse est complète, le deuxième type de comportement serait exclu, mais le premier type demeurerait possible. Mais dans ce bas monde, où les contrats sont forcément imparfaits et les informations des contractants forcément incomplètes, ne faut-il pas concevoir de la part de la victime potentielle la même réaction d'autoprotection devant les deux types de comportement ?
- 746 L'opportunisme peut prendre une infinité de formes. Ses variantes sont à la mesure des intérêts humains². Chaque développement important des techniques de communication – dernièrement Internet – apporte son lot de nouvelles possibilités d'opportunisme. Pour le contrer, il faut donc un arsenal ouvert car potentiellement aussi étendu de réponses, développées à mesure que de nouvelles formes d'opportunisme apparaissent.
- 747 La possibilité d'opportunisme qui empêche les parties d'arriver à un accord jette un doute sur la conclusion de Coase que les parties atteignent nécessairement la solution optimale de leur interaction (le versant efficacité du théorème)³. La démonstration du théorème serait alors compromise, du moins sur le plan théorique. Coase lui-même estime que cette éventualité n'est pas très probable en pratique et les études empiriques entreprises depuis l'article de Cooter tendent à démontrer que les gens réussissent, la plupart du temps, à réaliser les gains de coopération⁴. Parchomovsky relate même une histoire d'un village entier ayant été « acheté » par un producteur d'électricité, qui a réussi à surmonter le risque apparent de bastions⁵. On peut penser que l'une

1. Bertrand 2003, 320-321.

2. Jamet-Legas 1998, texte ad nt. 244.

3. Bertrand 2002, 2003 fait le survol de la littérature consacrée à cette objection.

4. Hoffman/Spitzer 1993 113; Plott/Zeiler 2005.

5. Parchomovsky 2004.

des missions du droit doit être de soutenir cette tendance « naturelle » en combattant l'opportunisme là où il pourrait se présenter. Cette idée sera traitée plus à fond dans le chapitre portant sur le droit des contrats.

748 Dans sa réflexion récente sur le théorème de Coase, Demsetz soutient que la notion même des coûts de transaction est spécieuse¹. À son avis, ces coûts ne jouent pas, dans la résolution du problème des externalités, un rôle différent de celui des (autres) coûts de production et de transport. La seule raison de les distinguer serait à ses yeux qu'on estime que le gouvernement a un avantage comparatif dans la réduction de ces coûts (par exemple, pour surmonter le resquillage par la contrainte) qu'il n'a pas à l'égard d'autres coûts de production². En attribuant la place centrale aux coûts de transaction plutôt qu'à la structuration des droits de propriété, Coase se serait laissé obnubiler par son analyse de 1937, qui cherchait à expliquer le choix entre l'entreprise et le marché.

749 De ces développements, il convient de retenir, à notre avis, que, si les coûts de transaction ne diffèrent pas foncièrement des coûts de production, ils concernent néanmoins spécialement le choix des institutions, question au centre des préoccupations des juristes. Pour cette raison, il paraît utile de conserver la notion.

CONCLUSION DU CHAPITRE

750 Le théorème de Coase est important comme point de départ de l'analyse économique du droit. Il propose aux juristes une conclusion qui heurte leur intuition, à savoir que les externalités ne sont un problème qu'en apparence et que la coordination des actions par les marchés s'en occupe, sans même que le droit impose une action en responsabilité à l'auteur de l'externalité. L'étude du théorème nous a démontré que cette conclusion doit être nuancée: l'attribution juste des droits et responsabilités importe d'autant plus que les coûts de transaction sont élevés.

751 Le théorème est un point de départ dans un sens conceptuel également. Il met en évidence l'importance de bien définir les droits pour faciliter la résolution de différends sur des usages concurrents qui ne manqueront pas de surgir à mesure que les découvertes et le mouvement des personnes modifient la rareté des choses de notre monde. L'analyse révèle l'effet incitatif de la propriété, sur lequel nous reviendrons dans le chapitre consacré à ce sujet. Le théorème ouvre aussi la porte du droit de la responsabilité, en soulignant son rôle dans la recherche de la solution la moins onéreuse des utilisations concurrentes. Le droit des obligations contractuelles trouve également sa place dans l'univers coaséen, en ce qu'on lui impute une mission de réduire les coûts de transaction, de manière à faciliter l'évolution des ressources vers leurs usages les plus productifs.

1. Demsetz 2003, 295-296.

2. Demsetz 2003, 299.

- 752 L'examen des coûts de transaction nous a fait découvrir qu'ils peuvent avoir un caractère technique et porter sur le coût auquel une partie à une interaction, plutôt que l'autre, peut s'occuper d'un problème; mais les coûts de transaction peuvent aussi provenir de comportements stratégiques, par exemple lorsque l'une des parties à un problème de coordination bloque l'entente dans l'espoir d'obtenir une part disproportionnée des gains conjoints résultant de la coopération. À travers le droit, on devrait trouver des règles ayant pour mission de circonscrire ce type d'opportunisme, tout en laissant par ailleurs aux intéressés la plus grande liberté d'action possible.
- 753 Plusieurs conclusions plus spécifiques se dégagent de la démonstration du théorème. Une conclusion frappante est que le locus de la responsabilité pour un type de préjudice n'a pas besoin de reposer nécessairement sur la personne la mieux placée pour entreprendre l'action correctrice (*cheapest cost avoider*); elle peut cibler un autre intervenant (*cheapest briber*) dans la chaîne contractuelle reliée à cette personne. C'est que les chaînes contractuelles entre acteurs ayant des rapports de longue durée constituent des univers à faibles coûts de transaction, où le fardeau de l'action correctrice peut être contractuellement déplacé vers la personne la mieux placée pour l'assumer.
- 754 La discussion à propos du théorème de Coase nous a fait découvrir la différence entre les droits assurés par une règle d'indemnisation et ceux qui le sont par une règle d'exclusivité. Le choix entre les deux modes devrait être fonction des coûts de transaction prévisibles. S'ils sont faibles, le déplacement des droits se fera sans trop de difficulté, là où l'attribution initiale n'est pas optimale, et on aura alors intérêt à choisir la protection par une règle d'exclusivité. Dans le cas contraire, on optera pour la protection par une règle d'indemnisation, ce qui permettra une correction par le juge mais abrègera la valorisation subjective des objets.
- 755 Dans l'ensemble, le théorème de Coase et la discussion qui a entouré sa démonstration ont mis l'accent sur la logique unifiée qui relie les différents champs du droit. En cela, il constitue une excellente introduction à l'analyse économique des institutions juridiques.

□ POUR ALLER PLUS LOIN

- 756 Le théorème de Coase lui-même et l'importante réponse de Coase à ses critiques sont accessibles en version française dans l'édition préparée par les soins de Morissette¹. Dans la littérature immense consacrée au théorème en langue anglaise, le texte de Parisi est particulièrement riche, en situant la contribution de Coase historiquement². Le texte récent de Demsetz est significatif en ce qu'il tente de pousser la logique du théorème jusqu'au bout. La thèse de Bertrand fait un survol très complet de la littérature sur le théorème de Coase, pour conclure qu'il existe plus d'une lecture du théorème et que l'interpréta-

1. Coase 2000.

2. Parisi 1999, 7-39.

oit

tion du théorème fait face au dilemme d'aboutir soit à une lecture circulaire, banalisant le théorème, soit à l'échec de la démonstration dans son volet d'efficacité¹. Le collectif réalisé sous la direction de Ménard commence par un vibrant hommage à Coase, avec des contributions notamment de North, lui aussi prix Nobel, d'Aoki et de Williamson, et un texte de Coase lui-même².

nt
te-
de
n-
ite
nt
ur
rs

lu
ur
ne
);
c-
rs
de
nt

é-
nt
c-
es
i-
é.
a-
on

sa
ts
se

i-
is
ie
n
e
r-
e,
i-

1. Bertrand 2003.
2. Ménard 2000.