

Droit et Société  
*Classics*

# Droit et régulation des activités économiques

Sous la direction de  
Christian Bessy  
Thierry Delpuech  
et Jérôme Pélisse

Préface de Michel Coutu



# **Droit et régulation des activités économiques**

Sous la direction de  
**Christian Bessy**  
**Thierry Delpuech**  
et **Jérôme Pélisse**

Préface de Michel Coudu



© 2022 Droit & Société

Série publiée par le Réseau Européen Droit et Société

Directeur de la collection Classics : Vincent SIMOULIN

Diffusion : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence,

Lextenso, 1, Parvis de La Défense

92044 Paris La Défense Cedex

[www.lgdj-editions.fr](http://www.lgdj-editions.fr) ISBN : 978-2-275-10920-6

## Préface ■

Michel COUTU\*

La nouvelle édition de l'ouvrage qui suit traitant des rapports entre droit, économie et sociologie dans la collection « classiques » à la LGDJ doit être vivement saluée : il s'agit en effet d'une publication importante, issue de dialogues croisés entre traditions disciplinaires, contextes culturels et paradigmes scientifiques distincts et parfois fort éloignés<sup>1</sup>. Le travail réalisé par les directeurs de publication doit être tout particulièrement souligné : Christian Bessy, Thierry Delpeuch et Jérôme Pélisse ont non seulement rédigé les riches introduction et conclusion de l'ouvrage, ils signent à tour de rôle le texte précédant chacune de ses trois parties (consacrées respectivement aux concepts et théories, aux porteurs spécialisés de l'intermédiation entre le droit et l'économie, enfin aux dispositifs d'interaction ou de « couplage » entre ces deux sphères), tout en contribuant en outre à son contenu. Par ailleurs, chacun d'eux a participé à la traduction d'auteurs américains réputés en sociologie du droit, tels Lauren B. Edelman, Mark C. Suchman et Robin Stryker, dont l'apport représente sans conteste l'un des points forts de l'ouvrage. Enfin, pour cette seconde édition, une riche postface, faisant état des publications récentes (en particulier en langue française), permet de faire le point sur l'avancement des connaissances scientifiques survenu dans l'intervalle (dix années).

Dans l'introduction consacrée aux rapports entre l'économie institutionnaliste et la sociologie du droit, Bessy, Delpeuch et Pélisse

---

\* Michel Coutu est professeur titulaire à l'École de relations industrielles, Université de Montréal. Préface rédigée le 24 juin 2021.

1. Nous avons rédigé une recension de la 1<sup>re</sup> édition de l'ouvrage, laquelle est parue dans la *Revue canadienne Droit et Société*, 29, 3, 2014, p. 423-432. Cette recension sert de base à notre préface, même si nous y intégrons des remarques sur la postface qui clôt cette réédition.

indiquent clairement vouloir porter un regard « endogène » sur les interactions entre le droit et l'économie. Cette perspective s'oppose en particulier à la vision du courant *Law and Economics* aux États-Unis, où l'influence du droit sur l'économie (abordée sous l'angle de la théorie néo-classique) est envisagée sur le mode de l'externalité : ce courant ne s'intéresse en effet qu'à l'efficacité économique, comme *norme d'évaluation* des règles formelles du droit étatique. Contre cette perspective, les auteurs se revendiquent de l'apport de l'économie institutionnaliste américaine et de la sociologie (économique) du droit. Les économistes institutionnalistes (avant tout John R. Commons) furent en effet très attentifs à « l'encastrement » – pour emprunter à Mark Granovetter et avant lui, à Karl Polanyi - du droit et de l'économie ; cette tradition, dans une certaine mesure, se voit reprise par le néo-institutionnalisme défendu par Oliver E. Williamson et Douglas C. North. L'attention portée à cette influence réciproque du droit et de l'économie fut également très présente chez les fondateurs de la sociologie, notamment chez Émile Durkheim, Werner Sombart et Max Weber. La sociologie du droit centra en outre son intérêt, davantage que l'institutionnalisme économique à notre avis, sur le rôle des acteurs, notamment des porteurs spécialisés (ou « intermédiaires » comme l'écrivent les auteurs) de l'interaction entre le droit et l'économie. Trois concepts sont à cet égard examinés par Bessy, Delpeuch et Pélisse : celui d'*endogénéité* du droit, d'*internormativité*, enfin de *régulation*.

L'endogénéité vise, à titre heuristique, la capacité des acteurs économiques à définir ou à mobiliser de manière autonome les règles juridiques sous-tendant leur activité. L'internormativité (terme introduit à notre connaissance par Jean Carbonnier) concerne les rapports entre normes juridiques et normes sociales, formelles ou informelles, dans l'interaction droit/économie : la question du *pluralisme juridique* – nous y reviendrons – se voit ainsi soulevée. Enfin, la notion de régulation peut être abordée sur deux plans : sur le plan sociologique (comme l'entend Jean-Daniel Reynaud), elle met l'accent sur le jeu des acteurs, ceux-ci modifiant sans cesse les règles juridiques, objets d'une constante reconstruction, dans la poursuite de leur activité économique. Sur le plan politique, toutefois, le concept de régulation, tout comme celui de « gouvernance », témoigne de la perte de centralité de l'État et du poids toujours accru des acteurs privés de l'économie.

La première partie de l'ouvrage traite des développements théoriques relatifs à l'imbrication du droit et de l'économie. Thierry Kirat analyse la contribution de l'institutionnalisme américain (chez John R. Commons) à l'étude des rapports entre l'ordre juridique et l'ordre économique, alors

que Claude Didry et Caroline Vincensini traitent de la fécondité du néo-institutionnalisme de D.C. North. Alessandro Stanziani aborde pour sa part dans une perspective historique et sous l'angle du droit de la concurrence, les transformations du concept de « spéculation » et Lauren B. Edelman s'attarde sur la notion même d'endogénéité du droit et en expose en particulier les fondements théoriques. Cette première partie de l'ouvrage est complétée par une étude de Christian Bessy et d'Olivier Favereau sur « l'incompréhension néo-libérale des faits et des règles ». Les auteurs décrivent la propagation en France d'une *approche individualiste du droit du travail*, laquelle cible la prétendue rigidité du marché de l'emploi.

La deuxième partie réunit des contributions analysant la fonction d'intermédiation entre droit et économie que remplissent certains professionnels. Le cas des juges consulaires du Tribunal de commerce de Paris fait l'objet d'une étude de Emmanuel Lazega, Lise Mounier et Ulrike Brandes. Thierry Delpuech et Margarita Vassileva abordent pour leur part le rôle des banques commerciales sous contrôle d'actionnaires occidentaux, en tant qu'agents « de restauration de la force du droit » dans la Bulgarie post-communiste, alors que Marc Lenglet étudie le rôle des déontologues professionnels, lesquels s'interposent entre la règle juridique et la pratique des marchés financiers. La fonction assumée aux États-Unis par les psychologues du travail dans la mise en œuvre du *Title VII* (loi anti-discrimination) du *Civil Rights Act* de 1967 fait l'objet d'une étude de Robin Stryker, suivi d'un texte d'Antoine Bernard de Raymond et de Francis Chateauraynaud lequel complète cette seconde partie, montrant l'importance de la *notion de gouvernance* pour la compréhension de la régulation dans le domaine de l'agroalimentaire.

La troisième partie de l'ouvrage décrit les « supports, dispositifs et équipements juridiques de l'activité économique ». Sont successivement abordés les contrats, les circulaires administratives, les standards juridiques et les normes comptables. Pour Mark C. Suchman, le contrat représente un « artéfact social », à la fois outil marchand et geste porteur de sens s'inscrivant dans un contexte social et économique donné. Les circulaires administratives font l'objet du chapitre subséquent rédigé par Didier Tornay : étudiant le cas spécifique des circulaires relatives à la gestion des risques dans les établissements de santé, l'auteur en démontre l'importance concrète, en dépit de la quasi-absence des professionnels du droit dans leur formulation et mise en œuvre. Reprenant l'idée d'endogénéité du droit défendue par Edelman, Sabine Montagne se penche de son côté sur un standard juridique présent en contexte de *common law*, celui de la prudence dans la gestion économique. La troisième partie se clôt sur deux chapitres consacrés aux normes comptables. Alors que Frédéric

Marty analyse la « nouvelle constitution financière » de l'État français s'arcbutant sur des référentiels de droit privé (le *New Public Management*), Ève Chiapello et Karim Medjad mettent en lumière des développements similaires au niveau des normes comptables européennes, soumises à un processus de privatisation de la normalisation que la crise économique et financière pourrait toutefois remettre en question, une histoire qu'ils actualisent dans le chapitre qu'ils réécrivent à l'occasion de la réédition de l'ouvrage.

En conclusion, Bessy, Delpuech et Pélisse rappellent l'objectif de l'ouvrage : analyser les *rappports de causalité entre droit et économie*. Proposant une synthèse des grands apports de l'ouvrage, ils en soulignent trois éléments-clés : la transformation de la norme juridique lorsqu'insérée dans un contexte spécifique d'action ; le rôle des intermédiaires du droit dans ce processus de réinterprétation de la norme ; enfin, l'effectivité du droit par rapport à l'activité économique et, inversement, l'impact de l'économie sur le droit. Les auteurs écartent – à juste titre – l'idée d'une détermination causale directe du comportement des acteurs économiques par la norme juridique : à cet égard, « la règle de droit est conçue comme une référence pour l'action plutôt que comme une prescription de conduite » (p. 255). Les « intermédiaires du droit » ou, pour employer une autre terminologie, les porteurs spécialisés de la rationalisation juridico-économique assument souvent un rôle capital dans la transformation de la norme lorsque mise en contexte. En fait, les acteurs de l'économie exercent une influence déterminante tant en amont, sur la production des normes juridiques qu'en aval, sur leur interprétation et application, en occupant en particulier l'espace laissé vacant par le désengagement (relatif) de l'État.

Par l'insistance mise sur le rôle des acteurs dans l'interaction entre le droit et l'économie, l'ouvrage dégage donc des conclusions largement convergentes avec une sociologie compréhensive du rapport entre ces deux sphères, de tradition wébérienne. Soulignons les efforts soutenus de mise en cohérence par Bessy, Delpuech et Pélisse des diverses contributions réunies dans l'ouvrage. Certains éléments de nature théorique appellent en effet une clarification pour pousser plus avant l'effort d'édification d'une telle sociologie économique du droit. Signalons ici trois de ces éléments :

1. *Le concept d'institution*. Par son titre même, l'ouvrage se revendique du courant institutionnaliste. Deux types de théories « institutionnalistes » sont discutées dans l'ouvrage : l'une, de nature économique, oscille entre hétérodoxie et perspective plus classique (recherche de l'efficience), l'autre, de nature sociologique, développe tantôt une

perspective endogène, tantôt exogène sur le rôle du droit dans la vie des organisations. On relèvera ici la fluidité du concept même « d'institution » : dépendamment des auteurs, il désigne exclusivement les normes juridiques « formelles », parfois s'étend également aux normes sociales « informelles », ou enfin inclut plutôt l'ensemble de ces éléments. Autrement dit, pour que le concept d'institution ne se révèle pas « sociologiquement amorphe », une définition précise en est souhaitable. À cet égard, l'institutionnalisme juridique peut certainement apporter une contribution intéressante, ne serait-ce qu'en obligeant, comme ce fut le cas chez Eugen Ehrlich, Maurice Hauriou, Santi Romano ou Georges Gurvitch, à prendre de front le problème de la pluralité du droit.

2. *La pluralité du droit.* En effet, même si la plupart des contributions sont assurément compatibles avec une conception pluraliste du droit, la notion de pluralisme juridique n'est guère évoquée dans l'ouvrage, sauf dans l'introduction, en référence aux grands travaux de Jean-Guy Belley. Par pluralisme juridique, comme on sait, on entend la présence dans un champ d'activité d'une pluralité d'ordres juridiques autonomes : c'est Gurvitch, à notre connaissance, qui a introduit la notion dans le cadre de ses travaux sur l'idée de droit social. Mais le paradigme de la pluralité du droit apparaît bien antérieur et fut commun à la plupart des initiateurs de la sociologie du droit, dont Ehrlich et Weber, en procédant directement de la distinction centrale entre le droit étatique et le droit extra-étatique. Une sociologie économique du droit qui ne fait pas sienne cette distinction apparaît dans cette perspective incomplète. Assurément, elle manquera de considérer – ne serait-ce qu'à titre heuristique – l'entreprise, unité de base de l'économie capitaliste, comme un ordre juridique autonome : seule cette perspective permet pourtant, à notre avis, de déployer toutes les ressources qu'offre une conception endogène du droit, pour reprendre la terminologie favorisée dans l'ouvrage.

3. *Les rapports entre normativité et empirie juridiques.* À cet égard, c'est un préjugé tenace de considérer que Weber ne s'est intéressé, à titre de sociologue, qu'aux normes « formelles » du droit étatique. Des travaux récents, ceux de Werner Gephard et Siegfried Hermes, de Hubert Treiber notamment<sup>2</sup>, montrent bien que l'on peut identifier chez Weber, avant la lettre, une authentique conception pluraliste du droit. Toutefois, à la distinction entre le droit étatique et le droit extra-étatique se surajoute chez Weber une différenciation tout aussi fondamentale : celle entre les ordres juridiques normatifs et empiriques, laquelle découle de l'opposition

---

2. Voir ainsi Hubert TREIBER, *Reading Max Weber's Sociology of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 21.

fondamentale mais trop souvent négligée entre *l'être* et le *devoir-être* du droit. La sociologie du droit s'oppose ainsi à la science normative ou dogmatique juridique, en ce qu'elle a pour objet spécifique l'étude des ordres juridiques empiriques. En outre, d'un point de vue sociologique, « l'État » ne constitue en rien un bloc monolithique mais plutôt un complexe d'interactions sociales, lesquelles demeurent en partie conditionnées par la présence – il s'agit bien sûr ici d'idéaux-types – d'une pluralité d'ordres juridiques empiriques au sein même de la sphère étatique. À tout événement, l'opposition entre le *Sein* et le *Sollen* juridiques, laquelle constitue à notre avis une précondition d'existence de la sociologie du droit, permet d'éviter nombre de confusions, par exemple la réduction du droit étatique aux normes formelles qu'étudie la dogmatique juridique.

Assurément, ces difficultés n'échappent pas aux rédacteurs de l'ouvrage. Celui-ci n'avait pas pour objet, au demeurant, d'opérer une synthèse théorique achevée mais plutôt de rendre compte de la diversité des perspectives susceptibles d'être développées à partir des notions d'institution, d'endogénéité et de pluralité du droit, le tout s'appuyant sur un nombre impressionnant d'études empiriques. En contribuant enfin à la connaissance chez les francophones d'auteurs marquants aux États-Unis, l'ouvrage marque sans conteste une étape importante dans l'édification d'une sociologie économique du droit qui tienne compte, à la fois, de l'évolution des contextes de *common law* et de droit civil.

Une riche postface complète cette seconde publication de l'ouvrage, rendant compte, comme mentionné, des progrès de la sociologie économique du droit ces dix dernières années, en particulier dans l'espace scientifique francophone. Sont successivement abordés l'ancrage historique de l'économie-droit, la managérialisation du droit et l'instrumentalisation de la justice, le rôle des acteurs et des intermédiaires du droit, l'apport d'une analyse des arrangements sociojuridiques en pleine transformation, et enfin ce que renouvent les questions de régulations transnationales du droit, relativement laissées de côté dans la première édition de l'ouvrage. La perspective historique, par exemple, concerne l'architecture juridique qui accompagne le développement du capitalisme dans ses diverses phases, au regard notamment de l'aménagement des rapports du travail ; de manière plus spécifique, l'ancrage historique vise également le sens économique des institutions juridiques que sont les notions de contrat, d'obligation ou de responsabilité, et l'imbrication du droit et de l'économie dans la propriété, le travail et la monnaie. Ce regard historique pose aussi la question du rôle changeant de l'État, celui « d'englobant » devenu « englobé ». Comme le

relèvent les auteurs, la mondialisation de l'économie et sa financiarisation demeuraient peu traitées dans l'ouvrage initial : or, ces questions ont fait l'objet depuis de nombreux travaux, remettant au goût du jour l'idée de pluralisme juridique (*infra*), vu l'emprise limitée de la sphère étatique sur leur régulation.

Par rapport aux trois questions que nous soulevons ci-dessus (concept d'institution, pluralité du droit, dimensions normatives et empiriques du droit), quel est l'apport de la recherche récente, saisie à la lumière de la postface des auteurs ? À notre avis, ces interrogations conservent toute leur pertinence.

La postface insiste en effet sur le retour de l'institutionnalisme économique, initié notamment par John R. Commons, impliquant la prise en compte, de manière centrale, du rôle du droit dans la structuration de la sphère économique. Encore faut-il se demander si l'on vise ici les manifestations du droit formel étatique, du droit vivant, du droit social, voire de l'ensemble de ces phénomènes ?<sup>3</sup> Davantage, à l'heure de la mondialisation, ne faut-il pas tenir compte des espaces-temps différenciés des diverses institutions (« l'État », le droit formel, l'entreprise multinationale, les marchés globalisés, etc.) à l'œuvre dans le champ économique ? Par ailleurs, les auteurs soulignent, en se référant à Jacques Commaille, l'intérêt accru manifesté, en sociologie du droit, au pluralisme juridique<sup>4</sup>. En effet, les approches pluralistes du droit foisonnent, au point où on peut se demander, avec Jean-Guy Belley, si l'on ne se trouve pas désormais face à une nouvelle orthodoxie juridique<sup>5</sup>. Certes, la pluralité du droit peut emprunter tant les voies de la théorie juridique critique, que celle d'une célébration, à saveur néo-libérale, du foisonnement des espaces de régulation extérieurs à la sphère étatique. Toutefois, une approche sociologique rigoureuse, sachant nettement distinguer entre *l'être* et le *devoir-être* du droit, sera en mesure de tirer pleinement profit du constat scientifique de la pluralité juridique.

Reste la question décisive, celle du rapport entre les dimensions normatives et empiriques du droit. La distinction qu'opère Lauren B. Edelman entre normes exogènes et normes endogènes nous paraît une autre manière d'aborder ce rapport, faisant écho à l'opposition tracée au début du XIX<sup>e</sup> siècle entre le droit formel (*law in the book*) et le droit vivant

- 
3. Voir Michel COUTU et Thierry KIRAT, « John R. Commons and Max Weber: The foundations of an economic sociology of law », dans *Journal of Law and Society*, 38, 4, 2011, p. 469-495.
  4. Jacques COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, Paris, 2015, p. 392 et s.
  5. Jean-Guy BELLEY, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », dans *Revue canadienne Droit et Société*, 26/2, 2011, p. 257-276.

(*law in action*) par la *Sociological Jurisprudence* américaine<sup>6</sup>. En termes wébériens, l'entreprise forme ainsi un ordre juridique empirique, où les normes du droit formel étatique sont fréquemment reconstruites en fonction de la logique interne de l'entreprise, avant tout de nature économique et managériale. Toutefois, aux processus d'internalisation et d'intermédiation que décrivent Edelman et d'autres auteurs, il faut aussi ajouter la production autonome du droit qui est celle de l'entreprise elle-même, souvent de son propre chef, fréquemment aussi sous la pression d'acteurs externes (ONG, agences gouvernementales, marchés) ou internes (notamment, en milieu syndiqué, les associations représentatives du personnel). L'interaction entre le droit étatique et le droit commun de l'organisation s'exerce sur le plan symbolique ou sur le plan substantiel, une distinction que Guy Rocher a contribué à développer dans la sphère francophone, au regard de la notion d'effectivité du droit<sup>7</sup>. Enfin, les relations de coordination, d'influence réciproque ou de domination entre les ordres juridiques internes et externes à l'organisation peuvent être utilement analysées à l'aide de la notion de champ organisationnel que propose Edelman, et dont Jean-Guy Belley illustre à notre avis la fécondité dans son étude classique du droit vivant dans le secteur de la grande industrie<sup>8</sup>.

- 
6. Voir dans le présent ouvrage Lauren B. EDELMAN, « L'endogénéité du droit », p. 56.
  7. Guy ROCHER, « L'effectivité du droit », dans Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Éditions Thémis, Montréal, 1998, p. 133-149.
  8. Jean-Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 1998. Belley se réfère pour sa part à la notion, assurément voisine, de champ social « semi-autonome » due à Sally F. Moore, mais le concept de champ organisationnel est peut-être préférable, car il n'oblige pas dès le départ à expliciter une telle « semi-autonomie ». Voir BELLEY, *ibid.*, p. 12, p. 244 et s. *Comp.* Sally Falk MOORE, "Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study", dans *Law & Society Review*, 7, 4, 1973, p. 719-746, en particulier p. 722 et s.

## **Introduction ■ Situer le droit par rapport à l'action économique.** Les apports croisés de l'économie institutionnaliste et de la sociologie du droit

Christian Bessy, Thierry Delpeuch et Jérôme Pélisse\*

Depuis la déflagration soudaine, à l'automne 2008, d'une crise financière, bancaire et économique qui couvait de façon plus ou moins souterraine, les appels à davantage de régulations se multiplient de la part d'acteurs divers et dans des instances variées, nationales, européennes et internationales. Après une phase de déréglementation continue et comme lors du *New Deal* des années 1930, la crise nourrit une demande croissante de droit dans le domaine économique. Comment expliquer les variations des discours, notamment politiques, sur la place du droit dans l'action économique ? Plus fondamentalement, comment situer la place du droit par rapport aux activités économiques ? C'est l'objet de cet ouvrage qui propose d'éclairer les mécanismes par lesquels le droit contribue à réguler les activités économiques et, inversement, qui vise à comprendre la manière dont les activités économiques, et les organisations qui les portent, configurent tout autant le droit qu'elles sont configurées par les règles juridiques. S'appuyant sur des travaux sociologiques et des approches institutionnalistes en économie, principalement américains et français, qu'il cherche à faire dialoguer, le livre se propose d'élaborer et d'illustrer un modèle dynamique rendant compte du processus d'endogénéisation du droit dans les activités économiques<sup>1</sup>.

---

\* Christian BESSY et Thierry DELPEUCH sont directeur et chargé de recherche CNRS, le premier en économie à l'IDHES (ENS Paris Saclay) et le second en sciences politiques au laboratoire Pacte (Grenoble). Jérôme PELISSE est professeur de sociologie à Sciences Po Paris, chercheur au Centre de sociologie des organisations (CSO).

1. Cet ouvrage s'inscrivait donc dans une perspective alors en plein développement en France, avec des références alors récentes comme SALLES (2007) ; SIMOULIN (2007) ; SEGRESTIN (2009) ; PELISSE (2011). La postface de l'ouvrage revient sur l'approfondissement des recherches qui ont suivi sa publication, dans la décennie qui s'est écoulée depuis sa première édition.

Les contributions rassemblées dans l'ouvrage permettent d'enrichir un certain nombre de réflexions classiques en sciences sociales concernant la régulation juridique de la vie économique. Dans la présente introduction, nous avons choisi de placer l'accent sur les apports des différents chapitres relativement à trois questions qui, depuis le début du xx<sup>e</sup> siècle, sont au cœur des travaux consacrés à la place et au rôle du droit dans la construction de l'ordre économique. La première interrogation concerne le caractère exogène ou, au contraire, endogène, de la régulation juridique de l'action économique. Les analyses présentées dans l'ensemble des chapitres confirment le constat, établi depuis longtemps par plusieurs traditions sociologiques, selon lequel il existe non pas un rapport d'extériorité et de subordination, mais des interactions complexes et intriquées entre droit et déploiement des activités économiques (Edelman et Stryker, 2005). Nous proposons ensuite des éléments de réflexion contenus dans les chapitres constituant l'ouvrage à propos de deux concepts – l'inter-normativité et la régulation.

### *Pour une conception endogène du droit*

De la conception exogène du droit chez les juristes et les économistes formalistes...

L'approche postulant l'extériorité du droit par rapport aux activités sociales fait écho à la façon bien particulière qu'ont la majorité des juristes positivistes, de tradition civiliste, de percevoir et d'appréhender les effets du droit sur les phénomènes sociaux. Le droit est conçu par eux comme un mécanisme de contrôle, de communication et d'intégration sociale « opérant de l'extérieur vers l'intérieur (plus ou moins conscient) des sujets » (Lascoumes et Serverin, 1988, p. 182). À l'exception d'une tradition de pensée attentive aux dynamiques de juridicisation des coutumes (voir par exemple Assier-Andrieu, 1996), la fonction du droit est de contribuer à la coordination et à l'efficacité de la vie sociale, ainsi qu'à l'orientation des comportements individuels vers l'accomplissement de modèles prédéterminés, qui sont présentés comme étant en adéquation avec l'intérêt général ou le bien commun.

Une telle vision d'un droit extérieur à l'économie est également sous-jacente à l'analyse économique du droit lorsqu'elle considère la règle juridique comme un prix incitatif ou un coût à s'engager dans des activités illégales. Cette approche suppose des acteurs dont l'unique préoccupation est de maximiser leur utilité et qui, dans ce but, choisissent rationnellement de respecter ou non la règle juridique aux termes d'un calcul

intégrant le coût d'application et la probabilité d'être sanctionné si une pratique irrégulière est adoptée. Particulièrement prégnante lorsqu'est assignée au droit une fonction de régulation de la sphère économique alignée sur un objectif d'efficience, cette posture est traditionnellement défendue depuis les années 1960 par le courant des *Law and Economics Studies*. Celui-ci affirme qu'il est possible de mesurer de façon « objective » et « scientifique », c'est-à-dire instrumentée par des modèles économétriques, l'effet des variations des règles sur le comportement des acteurs économiques. Un tel savoir permettrait aux producteurs de règles juridiques (juge, législateur...) d'en ajuster la teneur afin de modifier les incitations des acteurs à adopter telle ou telle conduite et de maximiser ainsi la « richesse » de la société. D'une manière générale, l'analyse économique du droit a tendance à considérer que les activités économiques sont déterminées au premier chef par le marché comme mécanisme autorégulateur d'ajustement de l'offre et de la demande, le droit occupant une position hors marché.

D'autres courants en économie, comme l'école américaine du *Public Choice* développée à partir des années 1970 (Stigler, 1971), ont également étudié les manières dont certains acteurs économiques cherchent, en amont, à influencer la production des lois et les processus législatifs. La production d'une réglementation économique est analysée dans ces travaux en référence à un jeu d'intérêts entre des groupes de pression et des acteurs politiques qui cherchent à s'adjoindre des électeurs potentiels. La plupart de ces travaux ne s'écartent pas du présupposé d'extériorité du droit, dans la mesure où ils considèrent plus ou moins explicitement qu'une fois votées, les lois s'imposent sans médiations à tous les acteurs du domaine économique en question et parviennent peu ou prou à infléchir leurs comportements dans le sens souhaité par le législateur, sans effet non voulu, ni coût imprévu.

La conception exogène et formaliste du droit a aussi été endossée par certaines traditions sociologiques. Ainsi, de nombreux travaux en sociologie des organisations et en sociologie économique s'en tiennent à l'idée selon laquelle les normes qui régissent l'action organisée sont nécessairement conformes au droit étatique. Les commandements émanant de la puissance publique sont présumés incontournables, sans ambiguïté et suffisamment explicites quant à la manière de les appliquer dans les situations concrètes. Par conséquent, la seule voie qui s'ouvre à une organisation économique faisant l'objet d'une contrainte juridique est de s'y soumettre et d'aligner son ordre interne sur l'ordre légal.

Ainsi que l'attestent les différentes analyses exposées dans l'ouvrage, de telles visions formalistes du droit produisent une perception erronée de

la façon dont les acteurs économiques se réfèrent aux règles juridiques. Les représentations forgées par le mouvement *Law and Economics* ont néanmoins une influence sur l'évolution du droit vers une conception individualiste, en affinité avec la pensée néo-libérale, qui fait que la règle de droit est de plus en plus conçue comme une contrainte incitative à optimiser par chacun. Ainsi, les modèles économiques, par exemple en matière de marché du travail, en viennent à influencer eux-mêmes à la fois le législateur et les tribunaux, comme on le développera en conclusion de cet ouvrage.

...à sa contestation par l'institutionnalisme...

L'idée selon laquelle le droit se situe, par rapport à l'économie, dans une position d'extériorité est contestée, depuis leurs débuts, tant par le mouvement institutionnaliste en économie que par la sociologie. Pour les institutionnalistes comme pour les sociologues, le droit apparaît moins comme une contrainte extérieure que comme un élément constitutif de la vie économique, qui influence les activités économiques en même temps qu'il est influencé par elles. Le droit est conçu comme participant à la « construction sociale » des pratiques économiques. En d'autres termes, le droit joue un rôle central dans l'émergence et dans le changement des institutions sociales qui structurent le fonctionnement de l'économie, mais il ne doit pas être confondu avec ces institutions, qui comportent bien d'autres éléments que du droit.

Le mouvement institutionnaliste, apparu aux États-Unis au début du <sup>xx</sup>e siècle, étudie l'action économique en ce qu'elle est conditionnée par l'environnement juridique au sein duquel elle se déploie. L'économie est conçue comme reposant sur des fondations juridiques car, dans les pays développés au plan économique, presque toutes les pratiques économiques s'inscrivent dans des cadres institutionnels à haute teneur en droit, comportant l'usage d'instruments juridiques. Dans ces sociétés, le droit définit en très grande partie les modalités selon lesquelles les acteurs peuvent participer à la vie économique, ainsi que les finalités qu'ils peuvent poursuivre. L'institutionnalisme s'est développé à partir d'un ensemble de travaux réalisés par des économistes hétérodoxes, ainsi que par des professeurs de droit appartenant au mouvement du réalisme juridique. Il connaît une résurgence actuelle dans plusieurs courants de recherche (auxquels on peut rattacher peu ou prou la plupart des chapitres de l'ouvrage) : la perspective néo-institutionnaliste en économie, l'école des conventions, la théorie de la régulation et le mouvement *Law and Organisations*.

Pour les institutionnalistes, le système juridique a pour fonction de contenir dans certaines limites et de canaliser les conflits d'intérêts inhérents aux activités économiques. Il assure la promotion de représentations et de valeurs communes. Il favorise l'élaboration de certains types de compromis entre les acteurs, qui peuvent porter sur les rémunérations, les tarifs, les prix, le niveau d'imposition... Il leur procure un cadre et des procédures pour harmoniser leurs prétentions et résoudre leurs différends, ainsi que pour réclamer la jouissance des droits qui leur ont été reconnus. Il rend ainsi possible la mise en place de formes de coopération, de coordination et d'association, en dépit des divergences d'intérêt. Bien évidemment, ces accords risquent constamment d'être remis en cause en raison des conflits structurels qui travaillent la société économique, mais le droit contribue à en accroître la solidité (Mercurio et Medema, 1997).

Les institutionnalistes considèrent en somme que le droit influe sur les processus les plus fondamentaux qui composent la vie économique. Les approches scientifiques qui prennent le parti d'assimiler les mécanismes économiques à des phénomènes naturels sont critiquées. Du point de vue de l'analyse institutionnaliste, tous les faits économiques, y compris le marché et les concurrences qui s'y déroulent, sont des construits historiques et sociaux dont les fondations sont constituées, pour une grande part, à base de droit. Les règles juridiques interviennent également dans la définition des préférences, objectifs et intérêts des acteurs économiques. Par exemple, dans la mesure où le droit de propriété fixe les usages qui peuvent être faits d'un bien économique sans encourir de sanction de la part de la puissance publique, il influe nécessairement sur les représentations que les acquéreurs potentiels de ce bien se font de son utilité en tant que moyen pour parvenir à certaines fins, donc influence la demande à son égard. En somme, le droit n'est pas seulement un instrument que les acteurs économiques peuvent employer pour essayer d'atteindre des objectifs économiques qu'ils se sont fixés (en dehors de toute considération juridique), il intervient dans la définition même de ces objectifs. Le droit est vu comme omniprésent dans l'économie, puisqu'il détermine partiellement l'ensemble des motifs et modalités de l'action économique. Pour reprendre les termes employés par T. Kirat dans cet ouvrage (chapitre 2), « il structure la rationalité de l'action économique individuelle et collective » et « fixe les présupposés sur lesquels l'ordre économique repose ». A. Bernard de Raymond et F. Chateauraynaud (chapitre 10) observent, pour leur part, que la norme juridique fait entrer les personnes et les objets dans un même « espace de calcul », dans la mesure où elle les dote d'un système de référence commun.

Puisque le droit est constitutif de l'action, pensent les institutionnalistes, il est impossible de séparer la dimension juridique d'une activité économique de sa dimension proprement économique. Le droit et l'économie ne sont pas conçus comme étant deux sphères sociales séparées, ayant entre elles un rapport d'autonomie relative, et dont on pourrait étudier les interrelations. Il s'agit, affirment les institutionnalistes, de deux aspects indissociablement entremêlés de l'action économique, de deux dimensions encastrées l'une dans l'autre. L'exemple du contrat permet d'illustrer cette thèse : dans la mesure où le contrat est à la fois le principal outil d'officialisation des transactions économiques et une institution juridique reposant sur un droit contractuel étatique et un système juridictionnel chargé d'en garantir l'exécution, il est incorrect d'opposer des « règles du jeu » spécifiquement économiques, qui seraient internes aux systèmes d'action économiques et un droit externe sous contrôle étatique.

La réflexion institutionnaliste sur les rapports entre droit et économie a été poursuivie par le courant dit du « nouvel institutionnalisme économique » qui s'est interrogé notamment sur les relations entre changement institutionnel et transformations économiques. Comme l'indiquent C. Didry et C. Vincensini (chapitre 3), les néo-institutionnalistes ont proposé une définition plus riche des institutions en les replaçant dans des dynamiques historiques complexes, ainsi qu'en voyant dans le droit à la fois un équipement de l'acteur économique et un déterminant causal de la vie économique.

...et sa critique par la sociologie

Comme l'institutionnalisme en économie, la sociologie s'est, dès son apparition, employée à critiquer les conceptions formalistes qui prédominent alors aussi bien dans la pensée juridique que dans la pensée économique. Contre les approches postulant l'extériorité du droit par rapport aux activités économiques, la sociologie a avancé une série d'arguments qui démontrent le caractère complexe et intriqué des relations entre le juridique et l'économique.

Tout d'abord, les sociologues rejoignent les institutionnalistes pour affirmer que le droit est constitutif des phénomènes économiques, c'est-à-dire contribue à la construction du soubassement de schèmes culturels et d'institutions sociales qui structure la vie économique. Ainsi, plusieurs auteurs parmi ceux qui ont posé les bases de la pensée sociologique ont vu dans l'évolution des règles juridiques une composante majeure du développement historique des systèmes économiques. Sombart, Simmel,

Durkheim, Weber ont montré que la formation et les mutations du capitalisme sont en grande partie le produit d'inventions et de transformations survenues, depuis le Moyen Âge, dans différents domaines du droit, en particulier le droit de la propriété et celui des contrats. Pour M. Weber, la rationalisation du droit – elle-même liée au processus d'émergence de l'État moderne en Europe – a favorisé la rationalisation des activités économiques en procurant un niveau élevé de prévisibilité et de sécurité aux relations entre les acteurs participant à une activité économique, mais aussi en contraignant ceux-ci à adopter des modes rationnels de calcul des coûts et des bénéfices de leurs actions économiques. K. Polanyi a montré que si le marché a pu s'imposer, au XIX<sup>e</sup> siècle, comme mécanisme autorégulateur échappant à l'emprise du pouvoir politique, c'est précisément grâce à des interventions volontaristes et coercitives des États nationaux, qui ont posé les bases juridiques des marchés et qui se sont donnés les moyens administratifs et judiciaires de les faire appliquer.

Ces mêmes auteurs classiques ont observé que, réciproquement, les évolutions des idées, institutions et intérêts économiques entraînent des changements dans les systèmes juridiques, car les acteurs économiques font pression sur les producteurs de droit pour que soient fabriquées des règles qui leur sont favorables. C'est à cette tradition que se réfèrent, par exemple, E. Lazega, L. Mounier et U. Brandes (chapitre 6) quand ils affirment que les milieux d'affaires ont toujours fait ce qui est en leur pouvoir pour participer aux décisions politiques, administratives et juridiques qui touchent à leurs entreprises et à leurs marchés. Cette volonté, manifestée par les entrepreneurs économiques, « d'organiser eux-mêmes leur propre milieu » et de « façonner eux-mêmes leurs structures d'opportunité » les pousse à se comporter en « entrepreneurs institutionnels », c'est-à-dire à déployer diverses stratégies d'influence pour amener les autorités publiques à négocier avec eux des solutions juridiques compatibles avec leurs intérêts et objectifs. De cette façon, le monde des affaires garde prise sur « la codification de ses usages et l'équipement juridique de ses marchés », ainsi que sur la construction et la gestion des dispositifs juridictionnels de résolution des conflits économiques.

La participation des intérêts privés au processus législatif et réglementaire peut alors revêtir plusieurs formes : « des groupes de travail, un lobbying actif, une expertise sollicitée » proposent È. Chiapello et K. Medjad (voir le chapitre 15). Les stratégies de lobbying visant à influencer le parlement, les administrations et les autorités de régulation sont à l'origine d'un changement juridique généralement incrémental,

dont le rythme, l'ampleur et la teneur sont déterminés par les groupes d'intérêt ayant le plus grand pouvoir de négociation, par la force des oppositions qu'ils rencontrent, ainsi que par la structure et le fonctionnement des institutions publiques qui canalisent les tractations entre intérêts concurrents. Concernant ce point, l'ouvrage montre comment, en France et en Grande-Bretagne, le droit de la concurrence s'est constitué à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle à partir de règles et de notions juridiques qui étaient auparavant employées pour discipliner les marchés vus comme spéculatifs (places boursières, marchés des produits à terme, marchés des marchandises virtuelles...). Différents lobbies économiques, tels que les producteurs agricoles, les petits commerçants, certaines branches industrielles, ou encore des associations de consommateurs, ont joué un rôle moteur dans ce processus en réclamant l'intervention de l'État et en s'efforçant d'obtenir du législateur une interdiction ou une régulation de la spéculation, considérée comme une cause d'instabilité des prix (voir le chapitre 1 de A. Stanziani). Dans le même ordre d'idées, C. Bessy et O. Favereau constatent que l'individualisation croissante du droit du travail français est en partie la conséquence de l'affaiblissement des syndicats et du déclin des mécanismes de négociation collective dans les branches économiques (voir le chapitre 5).

Mais l'ouvrage met aussi l'accent sur une autre forme d'influence des normes économiques sur la formation du droit : le processus par lequel les juges opèrent une sélection parmi les règles coutumières qui ont émergé dans un domaine d'activité économique en les officialisant dans la jurisprudence. Une telle sélection peut être effectuée au profit de groupes d'intérêts particuliers, par exemple quand les juges consulaires doivent leur nomination à des entreprises ou à des syndicats patronaux, comme c'est le cas dans les tribunaux de commerce français (voir chapitre 6 de E. Lazega, L. Mounier et U. Brandes), ou encore quand leur carrière est déterminée par le clientélisme politique et quand la corruption est systémique à l'intérieur du système judiciaire, comme c'est le cas dans les juridictions de certains pays (voir le chapitre 7 de T. Delpeuch et M. Vassileva). L. Edelman (chapitre 4), de même que E. Lazega et ses coauteurs qualifient ces phénomènes de « capture » d'instances de régulation par des intérêts économiques organisés. Plusieurs textes montrent d'ailleurs que la juridicisation de pratiques ayant cours dans la sphère économique s'opère souvent par le biais d'une « médiation scientifique » reprise par les juges. En effet, ces derniers font fréquemment appel à des expertises scientifiques pour les aider à qualifier juridiquement certains faits soumis à leur appréciation, ainsi que pour déterminer l'étendue de la responsabilité juridique imputable à un justiciable. Ils s'en