



CIRANO

*Allier savoir et décision*

# L'efficience comme valeur du droit civil : invitation à l'analyse économique du droit

EJAN MACKAAY

2020S-13  
CAHIER SCIENTIFIQUE



Les **cahiers de la série scientifique** visent à rendre accessibles les résultats des recherches effectuées par des chercheurs membres du CIRANO afin de susciter échanges et commentaires. Ces cahiers sont rédigés dans le style des publications scientifiques et n'engagent que leurs auteurs.

*The purpose of the Working Papers is to disseminate the results of research conducted by CIRANO research members in order to solicit exchanges and comments. These reports are written in the style of scientific publications. The ideas and opinions expressed in these documents are solely those of the authors.*

Le **CIRANO** est un organisme sans but lucratif constitué en vertu de la Loi des compagnies du Québec. Le financement de son infrastructure et de ses activités de recherche provient des cotisations de ses organisations-membres, d'une subvention d'infrastructure du gouvernement du Québec, de même que des subventions et mandats obtenus par ses équipes de recherche.

*CIRANO is a private non-profit organization incorporated under the Quebec Companies Act. Its infrastructure and research activities are funded through fees paid by member organizations, an infrastructure grant from the government of Quebec, and grants and research mandates obtained by its research teams.*

### **Les partenaires du CIRANO – CIRANO Partners**

#### **Partenaires corporatifs – Corporate Partners**

Autorité des marchés financiers  
Banque de développement du Canada  
Banque du Canada  
Banque Laurentienne du Canada  
Banque nationale du Canada  
Bell Canada  
BMO Groupe financier  
Caisse de dépôt et placement du Québec  
Énergir  
Hydro-Québec  
Innovation, Sciences et Développement économique Canada  
Intact Corporation Financière  
Investissements PSP  
Manuvie Canada  
Ministère de l'Économie, de la Science et de l'Innovation  
Ministère des finances du Québec  
Mouvement Desjardins  
Power Corporation du Canada  
Rio Tinto  
Ville de Montréal

#### **Partenaires universitaires – Academic Partners**

École de technologie supérieure  
École nationale d'administration publique  
HEC Montréal  
Institut national de la recherche scientifique  
Polytechnique Montréal  
Université Concordia  
Université de Montréal  
Université de Sherbrooke  
Université du Québec  
Université du Québec à Montréal  
Université Laval  
Université McGill

Le CIRANO collabore avec de nombreux centres et chaires de recherche universitaires dont on peut consulter la liste sur son site web. *CIRANO collaborates with many centers and university research chairs; list available on its website.*

© Mars 2020. Ejan Mackaay. Tous droits réservés. *All rights reserved.* Reproduction partielle permise avec citation du document source, incluant la notice ©. *Short sections may be quoted without explicit permission, if full credit, including © notice, is given to the source.*

Les idées et les opinions émises dans cette publication sont sous l'unique responsabilité des auteurs et ne représentent pas nécessairement les positions du CIRANO ou de ses partenaires. *The observations and viewpoints expressed in this publication are the sole responsibility of the authors; they do not necessarily represent the positions of CIRANO or its partners.*

# L'efficience comme valeur du droit civil : invitation à l'analyse économique du droit \*

Ejan Mackaay †

## Résumé

Le terme *efficience* est employé ici au sens qu'il a chez les économistes. C'est l'analyse économique du droit qui a introduit ce terme dans le discours du juriste.

L'analyse économique du droit a été découverte un peu par hasard par des économistes s'aventurant hors de leur champ d'études habituel et portant le regard sur des institutions juridiques. Leurs démarches ont conduit à une découverte saisissante, à savoir que la plupart des institutions du droit privé paraissent formulées comme si leur objectif était d'atteindre des solutions efficaces aux interactions humaines. Ce qui a pu intéresser les juristes est la découverte que la solution efficace correspond souvent à ce que le juriste ressent comme la solution juste. L'analyse économique du droit donne ainsi prise sur la notion de justice notoirement fugace pour les juristes.

Si l'analyse économique du droit peut fournir des perspectives éclairantes et souvent surprenantes à travers les différents champs du droit, elle n'a pas vocation à remplacer la science autonome du droit, qui porte sur la formulation, la structuration et l'interprétation des textes. Au contraire, des considérations économiques soulignent la parcimonie (relative) de tabler sur des textes écrits. L'analyse économique du droit est complémentaire au savoir du juriste : elle montre les effets des règles et permet de rassembler celles qui paraissent viser des buts semblables ; elle permet d'alerter le juriste aux règles dont les effets sont sérieusement décalés par rapport aux besoins de la société.

À l'expérience, l'analyse économique du droit s'avère un précieux outil de doctrine pour montrer la cohésion des champs du droit, pour préparer les réformes et pour structurer des sujets de thèse de doctorat. À ces titres, elle devrait faire partie de la formation de tout juriste.

**Mot-clé :** Économie du droit

**Code JEL :** K00

## Abstract

The term *efficiency* is used here in the sense it has in economic discourse. It is the economic analysis of law that has introduced it in the language of lawyers.

The economic analysis of law was discovered somewhat fortuitously by economists venturing outside their usual turf and looking at legal institutions. Their ventures led to a striking discovery, to wit that most of the classical private law institutions looked framed as if their purpose was to propose efficient solutions to frictions arising in human interaction. Of particular interest to lawyers was the complementary discovery that the efficient solution often corresponds to what lawyers intuitively sense to be the just or fair solution. The economic analysis of law thus seemed to offer a grip on lawyers' notoriously fleeting concept of justice. Whilst the economic analysis of law offers clarifying and sometimes surprising insights throughout the different fields of the law, it is not meant to replace legal reasoning or undermine the autonomy of the law, as these bear on the framing, structuring and interpretation of law texts. On the contrary, economic considerations underscore the (relative) parsimony of relying on written texts in dealing with the problems of human interaction. The economic analysis of law complements legal reasoning: it points to the impact of legal rules and allows rules that appear to be aimed at similar purposes to be grouped together; it draws lawyers' attention to rules whose effects are seriously out of tune with the needs of society.

Experience accumulated over the past half-century shows the economic analysis of law to be a precious tool for scholarly work, as it allows one to see how texts 'hang together', how reforms of the law could be planned and how to structure a proliferation of ideas, rules and material for a doctoral thesis. On all these accounts, it should be part and parcel of a proper legal education.

**Keyword:** Law and Economics

**JEL Code:** K00

---

\* Conférence prononcée le 21 février 2019, à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, dans le cadre du Cycle portant sur les grandes valeurs du droit civil, organisé par la Chaire Jean-Louis Baudouin. Mes remerciements à Claude Fabien, à Alain Parent et à Serge Pichette, pour leurs observations critiques, qui ont permis d'améliorer le texte.

† Fellow, CIRANO ; Professeur émérite, Université de Montréal ; ejan.mackaay@umontreal.ca

## INTRODUCTION

Le terme d'efficience, dont nous allons nous entretenir ici, demande quelques explications. Le Petit Robert de 1991 en admet le sens philosophique, selon lequel on traite d'une cause efficiente par opposition à la cause finale. Il ne sera pas question de cela ici. Le Petit Robert admet, en outre, en le qualifiant d'anglicisme abusif, le terme « efficient » pour dire efficace ou dynamique. Presque 20 ans plus tard, le Grand Robert-Collins de 2008 l'admet sans plus comme traduction du terme anglais de même forme, qui, lui, est rendu en français par *efficace*, *d'un bon rendement*. Plusieurs auteurs<sup>2</sup> et les économistes que j'ai pu consulter admettent le terme « efficience » comme traduction du terme anglais « efficiency ».

En ce sens, économique, l'efficience désigne la configuration de ressources qui donnera lieu à la contribution maximale au bien-être collectif, ou celle qui, pour une contribution donnée, nécessitera le moins de ressources pour l'atteindre<sup>3</sup>. L'efficience est la valeur d'orientation dans l'analyse économique, celle qu'il faut maximiser. Elle est entrée dans le vocabulaire des juristes par l'analyse économique du droit. C'est l'analyse économique du droit – AED – et son rapport avec l'efficience qui feront l'objet de cette présentation.

Le terme « analyse économique » pourrait suggérer une approche voisine du droit des affaires, s'intéressant à la monnaie, aux banques, à la concurrence et à la réglementation. Cette désignation serait trop restreinte et couvrirait plutôt le « droit économique »<sup>4</sup>. L'analyse économique du droit est plus vaste. Empruntant des outils à l'analyse économique, elle s'intéresse à tout comportement humain soumis à une règle de droit. Elle vise à ouvrir la voie à une science du comportement humain, intégrant les apports des différentes sciences sociales, en vue de comprendre les réactions des humains devant des règles juridiques qui leur sont appliquées, donc l'effet des règles. Elle touche le droit des personnes et de la famille, le droit civil patrimonial, la propriété intellectuelle, les droits fondamentaux, le droit constitutionnel et administratif, autant que le droit des affaires.

Les premiers articles en français sur l'AED remontent à la fin des années 1970<sup>5</sup>. Quarante ans plus tard, il est temps de prendre du recul et de faire l'inventaire de ce qu'apporte l'AED au savoir du juriste. Dans l'intervalle, certains ont exprimé des

---

<sup>2</sup> Sibony 2008, p. 88, nt 184 ; Royer 2009, p. 26 s., n° 17.

<sup>3</sup> Sur la façon de déterminer le bien-être collectif et la question de savoir s'il est licite d'additionner les gains des uns et les pertes des autres, il y a un long débat parmi les économistes. Voir Mackaay 2008, n<sup>os</sup> 2131-2133, pp. 593-595.

<sup>4</sup> Farjat 2004.

<sup>5</sup> Voir Mackaay 1979 et le survol dans Mackaay 1986.

craintes d'un impérialisme de l'approche économique, qui aurait l'ambition de remplacer le savoir du juriste. Le rapport 2004 de la Banque Mondiale, sous le titre de *Doing Business*, a qualifié le droit français de peu propice aux affaires, attisant ces craintes<sup>6</sup>. Devant ces développements, trois questions nous semblent pertinentes :

I. Si l'idée de lier économie et droit n'est pas nouvelle, comment est-on arrivé au lien précis que représente l'AED actuellement ?

II. Comment raisonne-t-on en AED sur les règles juridiques ou leur application concrète, et comment cela se distingue-t-il du raisonnement juridique ?

III. Qu'apporte l'AED aux juristes et à la science juridique, et quel est au juste son rapport avec leur savoir traditionnel ?

---

<sup>6</sup> Les rapports *Doing Business* sont disponibles ici : <https://francais.doingbusiness.org/fr/reports/global-reports/doing-business-2019> . Le premier rapport, paru en 2004, en anglais seulement, est ici : <https://www.doingbusiness.org/en/reports/global-reports/doing-business-2004>. Pour un résumé des réactions françaises, lire Gaudreault-Desbiens 2010, Mackaay 2009, Muir Watt 2009, Valcke 2010.

## **I. COMMENT SOMMES-NOUS ARRIVÉS À L'AED ?**

### **A. L'autonomie du droit**

Depuis l'antiquité, la formulation, l'interprétation et l'application du droit ont été confiées à des juristes formant un ordre réglementé, mais néanmoins autonome<sup>7</sup>. Dans l'histoire anglaise, cette autonomie a pu être invoquée à l'encontre de l'autorité du roi, pour mieux assurer les droits des citoyens contre l'ingérence politique<sup>8</sup>. Jusqu'à récemment, il y avait généralement consensus que la société était bien servie en confiant la gestion du droit à une classe de personnes formées en droit et en rien d'autre.

On admettait que le droit avait une vocation sociale et que, pour bien le gérer, il fallait un certain savoir sur la société régie par le droit. Ce savoir était jugé accessible à une personne intelligente ayant une bonne formation générale et du gros bon sens, et il pouvait se raffiner par l'étude des textes juridiques (comme fenêtres sur les pratiques sociales) et par quelques années de pratique du droit<sup>9</sup>.

Cette confortable confiance en l'autonomie du droit a été ébranlée, aux États-Unis, au cours de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, par quelques échecs retentissants. Posner cite comme exemples la réforme juridique dans le domaine de la faillite, l'extension démesurée de la responsabilité extracontractuelle et de la responsabilité sans égard à la faute, le divorce sans égard à la faute, la réglementation envahissante en matière de protection de l'environnement<sup>10</sup>. Implicitement, cela créa une demande pour des apports des sciences sociales pouvant améliorer la conception et la mise en œuvre des réformes du droit qui s'imposent.

### **B. L'offre provenant des économistes**

À partir de la fin des années 1950, se dessinait aux États-Unis un mouvement soutenant que les sciences sociales, et notamment l'économie, avaient bien des idées intéressantes à offrir sur le fonctionnement du droit. C'est Gary Becker en particulier qui a ouvert cette voie, comme le souligne la justification du Prix Nobel qui lui a été accordé en 1992<sup>11</sup>, en étendant l'approche économique à des comportements non

---

<sup>7</sup> Boyer Chamard 1976, 20 s.; l'entrée Lawyer – History dans Wikipedia (<https://en.wikipedia.org/wiki/Lawyer#History> ).

<sup>8</sup> Posner 1987, p. 762, citant un argument de Sir Edward Coke en 1608.

<sup>9</sup> Posner 1987, 763.

<sup>10</sup> Posner 1987, 771.

<sup>11</sup> <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1992/press-release/> ; voir aussi la conférence Nobel (Becker 1993).

marchands, comme le capital humain, la famille, la discrimination, la criminalité.

Auparavant, les économistes avaient étudié le fonctionnement du marché en focalisant sur des facteurs « économiques » affectant sa performance : l'échange et la spécialisation, la concurrence, l'innovation, la monnaie et le système bancaire. Ils reconnaissaient bien l'importance des institutions que sont les droits de propriété, le droit des contrats, la responsabilité civile et pénale, le droit de sociétés commerciales et des valeurs mobilières et la réglementation de diverses natures. Mais dans la conception alors admise, ces éléments étaient considérés comme fixés en dehors du champ de l'économie ; ils étaient établis pour des considérations propres au droit (autonomie du droit !), sans rapport avec la performance économique optimale.

À partir de la fin des années 1950, sous l'impulsion de Becker notamment, on s'est mis à explorer l'hypothèse selon laquelle ces institutions juridiques de fond n'étaient pas forcément fixées une fois pour toutes en dehors du système économique, que leur qualité pouvait varier et que les variations pouvaient avoir des conséquences économiques perceptibles. Les institutions juridiques pouvaient-elles être modulées en fonction de considérations liées à la performance économique ou encore leur forme pouvait-elle s'expliquer par de telles considérations ?

Ces explorations partaient de quelques prémisses simples. Les règles juridiques, en attachant une peine ou récompense au comportement des individus, modifient leurs incitations à agir. Les individus adaptent leurs comportements de manière rationnelle et prévisible. La prévisibilité de ces réponses rend les effets des règles prévisibles. On peut alors déterminer si les effets prévisibles poussent dans le sens de l'augmentation du bien-être collectif (*efficience* économique).

Les premières explorations de ces idées, dans différents champs du droit, donnaient des résultats plutôt encourageants. Coase, dans un article devenu l'un des plus commentés dans la littérature économique, a prouvé qu'une allocation erronée (*inefficiente*) de droits de propriété serait corrigée par les intéressés, sauf si des coûts de transaction les en empêchaient<sup>12</sup>. Demsetz a montré que les humains créent des droits de propriété pour mettre fin à des conflits qui surgissent lorsque des ressources deviennent rares. La rareté se manifeste lorsque plusieurs personnes envisagent de faire, d'une même ressource, des usages incompatibles entre eux et possiblement sources de conflit. Il illustre cette thèse à l'aide de comportements observés chez des tribus amérindiennes dans le Labrador, lorsque la demande accrue pour des fourrures

---

<sup>12</sup> Coase 1960.

de la part des Européens rendait rares les animaux à fourrure<sup>13</sup>. Les tribus ont alors procédé à la reconnaissance de terres exclusives de chasse (droits de propriété collectifs) aux différentes tribus, les lignes de démarcation étant marquées par des arbres brûlés. La reconnaissance des terres exclusives de chasse est une solution *efficente* aux conflits entre les tribus.

Dans le domaine de la responsabilité civile, c'est le juriste et économiste Calabresi qui a ouvert la piste. Plutôt que de voir la responsabilité civile comme seulement un moyen d'indemniser les victimes d'accidents, il a proposé d'y voir en même temps une façon d'inciter les auteurs de dommages potentiels à autrui à prendre des mesures de précaution pour éviter des accidents dans la mesure où celles-ci sont moins onéreuses que ne l'auraient été les accidents ainsi évités<sup>14</sup>.

Dans le domaine du droit des sociétés commerciales, c'est Manne qui a provoqué ce qui a été appelé une véritable révolution<sup>15</sup>, en proposant une analyse sensée de la responsabilité limitée des actionnaires. Loin d'être un mauvais tour joué aux créanciers ordinaires, elle devait faciliter l'accès au capital externe pour les entrepreneurs, en permettant aux investisseurs de diminuer le fardeau des risques par la diversification, et donc d'investir davantage. Les créanciers, connaissant le risque de déconfiture, peuvent incorporer la prime d'assurance implicite dans les prix des biens ou services livrés<sup>16</sup>. Tout le monde profite du niveau accru d'activités innovatrices ainsi financées.

Ces premiers résultats, prometteurs, ouvraient un vaste agenda de recherche visant à déterminer pour toutes les institutions juridiques si leurs effets économiques étaient *efficients* au sens des économistes et permettaient de les comprendre. Toutefois, si ces découvertes pouvaient paraître fort prometteuses pour les économistes, cela n'aurait pas suffi à convaincre les juristes de s'y intéresser. Pour cela, il fallait deux découvertes cardinales :

1) L'étude économique de l'ensemble des règles juridiques de la *common law* classique aboutissait à la conclusion que la plupart d'elles avaient été formulées comme si le but était de promouvoir l'efficience économique ;

2) En même temps, les règles juridiques ayant cette caractéristique d'efficience paraissent aux juristes comme étant justes ou équitables. Cette deuxième découverte donnerait prise sur le concept notoirement fugace de la justice !

Il a fallu un juriste pour expliquer ces découvertes aux juristes et pour montrer

---

<sup>13</sup> Demsetz 1967. McManus 1972 formule un bémol quant à l'exactitude des faits sur lesquels se base Demsetz.

<sup>14</sup> Calabresi 1961 et 1970.

<sup>15</sup> Romano 2005.

<sup>16</sup> Manne 1967.

qu'elles étaient valables dans tous les différents champs du droit. Ce juriste a été Richard Posner<sup>17</sup>.

Posner formula la première découverte comme la thèse de l'*efficience* de la common law américaine traditionnelle, thèse qu'il a maintenue dans les différentes éditions de son traité<sup>18</sup>. En privé, il aurait admis qu'il y avait là une part d'exagération<sup>19</sup>.

Dans la 8<sup>e</sup> édition de son traité, Posner y ajoute la thèse portant que « l'économie constitue la structure profonde de la common law, alors que les doctrines du droit en forment la structure de surface. »<sup>20</sup> Si la thèse est juste, elle élargirait de façon remarquable l'agenda de recherche de l'analyse économique du droit !

---

<sup>17</sup> Posner 1972.

<sup>18</sup> Posner 1972, 98 ; 2011, 320.

<sup>19</sup> Priest 2012, 222.

<sup>20</sup> Posner 2011, 315 : « l'économie constitue la structure profonde de la common law, les doctrines du droit en forment la structure de surface. »

## II. L'EFFICIENCE OU COMMENT RAISONNE-T-ON EN AED ?

### **A. Un premier exemple – les ours polaires**

Imaginons que, il y a un demi-siècle, vous aviez formé le projet d'aller photographier et filmer des ours polaires – en danger appréhendé d'extinction – au nord de la province de l'Ontario, au Canada. Un magazine, souhaitant publier un photoreportage sur la question, parraine le projet financièrement, moyennant votre engagement à leur fournir en exclusivité toutes les photos et les entrevues.

Vous réunissez votre équipe. Vous vous faites transporter, avec votre équipement, au nord de l'Ontario. L'expédition est une réussite et vous prenez beaucoup de photos. Au retour, vous confiez le développement des films à une boutique de développement. La boutique fait une bétise, en gâtant les photos de façon irrémédiable.

La question juridique est de savoir qui doit assumer la perte. Admettons qu'aucune stipulation particulière dans le contrat ne régit la question et que le problème doit être résolu suivant les règles du droit commun dans le Code civil.

Pour le juriste, il peut paraître injuste d'imposer la perte entière à la boutique, vu qu'elle s'occupe normalement de matériel de valeur moindre et ne pouvait prévoir des dommages si importants. L'article 1613 du Code civil du Québec énonce :

**1613.** En matière contractuelle, le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir au moment où l'obligation a été contractée, lorsque ce n'est point par sa faute intentionnelle ou par sa faute lourde qu'elle n'est point exécutée; même alors, les dommages-intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution<sup>21</sup>.

Les dommages prévisibles devraient alors se limiter à peu près au coût du film gâché, bien en deçà du coût de l'ensemble de l'expédition.

Qu'en dit l'analyse économique du droit ? Elle regarde les effets incitatifs résultant de la décision dans un sens et dans l'autre. Si la boutique est responsable et doit rembourser le coût de l'expédition à titre de dommages-intérêts, elle envisagera plus de précautions, plus de personnel ou des machines plus sophistiquées. Ou elle peut souscrire une assurance supplémentaire couvrant les dommages exceptionnels. Pour la plupart des clients (en présumant que la boutique ne peut les distinguer), toutes ces dépenses, incorporées dans le coût des services, sont superflues. Ce régime

---

<sup>21</sup> Le Code civil français, à l'article 1231-3, va dans le même sens : *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.*

n'encourage en rien l'organisateur de l'expédition chez les ours polaires à une prudence particulière.

Si le client ne peut recouvrer qu'une infime partie du coût de l'expédition à la boutique (et le sait à l'avance), il est encouragé à prendre lui-même les précautions utiles : double équipement ; plusieurs clichés de chaque scène ; développement dans plusieurs boutiques (pour diversifier le risque) ; faire affaire avec des boutiques spécialisées ; souscrire une police d'assurance couvrant ce type de risque. Les mesures de précaution sont alors ajustées précisément aux enjeux de l'expédition ; elles sont, pourrait-on dire, *internalisées* à la source et n'affectent pas d'autres personnes.

En comparant les solutions, la dernière est manifestement préférable, car la moins coûteuse, et donc l'efficente. Pour encourager la boutique à un minimum de prudence, il est néanmoins opportun de lui imputer une certaine obligation de dédommagement. C'est justement ce que fait la règle des dommages prévisibles du Code civil.

En mettant ensemble le droit et l'économie dans ce problème, on peut formuler la conclusion lapidaire :

*solution juste = solution efficiente = solution du Code*

Bien entendu, en pratique, les boutiques vont s'informer de la valeur de l'enjeu avant d'accepter la charge ; elles vont adopter des contrats standard avec limitation de leur responsabilité, offrir la possibilité d'une assurance particulière (moyennant augmentation du prix de développement), confier le développement à un sous-traitant spécialisé ou encore envoyer le client à une boutique spécialisée.

## **B. La responsabilité civile**

La responsabilité civile est un champ du droit où l'AED, depuis les premiers travaux de Calabresi, en 1961, a paru particulièrement convaincante<sup>22</sup>. La doctrine civiliste estime généralement que ce droit vise surtout à indemniser les victimes d'actes fautifs. L'AED ajoute que l'obligation d'indemniser envoie forcément un signal aux fautifs, les amenant à considérer si la prévention de l'accident ne coûte pas moins cher que l'indemnisation et s'ils ne devraient pas la préférer à l'avenir. On minimiserait ainsi la somme du coût des accidents et des précautions visant à les éviter (Calabresi 1970), une solution *efficiente*.

La responsabilité civile aurait donc aussi une fonction incitative (à la prudence). Les composantes de la responsabilité s'expliquent alors aisément. La faute consiste

---

<sup>22</sup> Calabresi 1961 et 1970.

à laisser se produire un accident qui pouvait être évité, ou dont on pouvait réduire la gravité, à bon compte. Les dommages prouvés en cour et que le fautif devra payer lui servent de barème pour déterminer les précautions justifiables qu'il aurait dû prendre. On comprend dès lors l'intérêt de la maxime : *tout le dommage, rien que le dommage*. Le calibrage entre le préjudice et les précautions est efficient. La causalité restreint la portée du signal des mesures de précaution à envisager aux personnes qui ont une prise effective sur l'événement dommageable. Il serait futile d'envoyer ce signal à des personnes qui ne peuvent influencer le cours des événements menant à l'accident : ils le traiteraient comme un fardeau aléatoire et tenteraient éventuellement de s'assurer contre ce fardeau. L'exigence de la faculté de discernement, enfin, évite d'envoyer ce signal à des personnes – des enfants en bas âge, des personnes qui ne sont pas saines d'esprit – qui n'y sont pas sensibles. Mais le problème n'est pas alors traité comme un problème d'assurance sociale : le signal est au contraire envoyé à une personne proche de l'auteur direct, qui, elle, y est bien sensible et qui peut influencer le cours des événements : le parent, l'éducateur, le tuteur et même l'employeur.

Qu'en est-il des effets réels du droit de la responsabilité civile ? Une massive étude de terrain, à travers le monde, sur les effets réels de la responsabilité civile (torts) a été publiée en 1996. Elle conclut que la responsabilité extracontractuelle est trop aléatoire dans sa fonction réparatrice, qu'elle réussit un peu mieux sa fonction incitative, mais que les points d'inaptitude sont les meilleures incitations à la prudence<sup>23</sup>.

Ce cadre théorique établi se prête à de multiples extensions. Qu'arrive-t-il si la victime peut, elle aussi, prendre des précautions permettant de réduire la gravité des accidents ou même de les éviter complètement ? Est-ce que la faute de la victime dédouane l'auteur des dommages ? C'est la solution de la common law traditionnelle. Vaut-il mieux répartir le fardeau du dommage entre les deux fautifs, en proportion de leurs fautes respectives ? L'AED permet de montrer qu'aucun des systèmes évoqués ni d'autres, voisins, ne parviennent à produire les incitations optimales (pour la minimisation du coût des accidents et de leur prévention) dans toutes circonstances envisageables<sup>24</sup>.

Le cadre théorique permet aussi d'étudier la question de la responsabilité sans égard à la faute (par exemple pour les fabricants ou pour les erreurs médicales,

---

<sup>23</sup> Dewees 1996.

<sup>24</sup> Mackaay 2008, pp. 344-346.

comme le Collège de médecins du Québec l'a préconisé récemment<sup>25</sup><sup>26</sup>. Aura-t-on des produits plus sécuritaires ? Regardons de plus près. Même en étant responsable d'accidents sans égard à la faute, le fabricant continue, rationnellement, à faire l'arbitrage entre les accidents pouvant être prévenus à bon compte et ceux qu'il coûterait trop cher de prévenir et qu'il vaut mieux assumer, sous forme d'indemnisation accordée à la victime. L'indemnisation que le fabricant verse aux victimes équivaut à une assurance obligatoire, dont le coût de prime est refilé au prix d'achat de l'objet fabriqué et ainsi assumé par les acheteurs.

Il faut cependant raffiner l'analyse, car les considérations évoquées présupposent que tout accident « fautif » mène à une condamnation du fabricant et sera ainsi *internalisé*. Dans les faits, les procès sont coûteux et la preuve d'une faute n'est pas toujours facile à rapporter, surtout pour des objets technologiquement complexes. Il en résulte que le fabricant ne ressent pas forcément le fardeau de toutes les fautes commises, car seulement une fraction des fautes mène à des procès avec condamnation.

La responsabilité sans égard à la faute, en simplifiant radicalement le fardeau de la preuve pour les victimes, tend à rétablir ce fardeau à un niveau plus réaliste. Cela aura pour effet de corriger l'arbitrage que le fabricant fera entre la prévention des accidents (par une meilleure conception, fabrication ou livraison des objets fabriqués) et l'indemnisation de ceux qui ne méritent pas d'être prévenus. Au-delà de cet effet immédiat, l'obligation d'indemniser peut constituer un stimulant pour la recherche et l'innovation conduisant à des améliorations qui rendraient évitables les accidents traités jusqu'alors comme inévitables.

Le cadre théorique que fournit l'AED permet une discussion intelligente sur bien d'autres questions d'actualité dans ce domaine, comme l'effet des dommages exemplaires et ceux de l'action collective<sup>27</sup>.

### **C. Le don du sang<sup>28</sup>**

Comme troisième exemple, je voudrais aborder, un peu plus en détail, une question où la prise de l'AED et de la notion d'efficience pourrait, à première vue,

<sup>25</sup> La Presse+ du 12 septembre (<https://www.lapresse.ca/actualites/sante/201909/11/01-5240860-accidents-medicaux-le-college-des-medecins-reclame-linstauration-dun-no-fault.php>). Voir aussi la chronique *Un système injuste, à jeter* d'Yves Boisvert dans La Presse+ du 13 septembre 2019 (<https://www.lapresse.ca/actualites/201909/12/01-5241027-un-systeme-injuste-a-jeter.php>).

<sup>26</sup> Mackaay 2008, pp. 346-348.

<sup>27</sup> Voir Mackaay 2018.

<sup>28</sup> Cette section s'appuie sur Mackaay 2013.

paraître moins évidente : le don du sang.

Le Code civil du Québec édicte, en son article 25, comme le font la plupart des codes civils, que le don du sang, comme d'autres produits du corps humain, ne peut être qu'à titre gratuit<sup>29</sup>. On observe que les pays adoptant ce régime ne sont pas autonomes en matière d'approvisionnement en sang et importent des produits sanguins dont le système médical moderne a besoin de manière toujours croissante<sup>30</sup>. Ce sang, faut-il présumer, est acheté dans des pays qui n'en interdisent pas la vente et qui en ont un surplus.

En apparence, il y a là un problème d'éthique<sup>31</sup>. Est-il hypocrite d'accepter d'importer du sang qui a dû être acheté, alors que l'on interdit aux citoyens du pays de le vendre ? Un étudiant travaillant dans l'importante équipe de recherche biogénétique au CRDP<sup>32</sup> a été invité à clarifier cette question dans sa thèse de doctorat.

Par où fallait-il aborder le problème ? L'étudiant semblait perplexe devant l'apparente complexité de la tâche. Par un concours de circonstances, il a assisté à un séminaire organisé par des étudiants au doctorat exposant le potentiel de l'analyse économique du droit comme aide à la conception de la thèse doctorale. Peu après, il a cherché à explorer comment cette approche pouvait l'aider avec sa problématique.

Ce qui frappe d'emblée l'observateur qui pose un regard « économique » sur la problématique est la disparité entre la quantité offerte de sang et la quantité demandée. Dans un marché ordinaire – il faut bien admettre que le transfert de choses rares comme le sang peut être analysé comme un marché – l'offre et la demande tendent à s'équilibrer par le truchement du mouvement des prix, ce qui est *efficent*. Si cet équilibrage n'a pas lieu, l'économiste va à la recherche de ce qui empêche le marché de faire son oeuvre. Cela peut être une forme d'« imperfection du marché » ou l'absence d'un prérequis pour l'apparition même d'un marché. Dans le cas présent, il ne s'agit pas d'une imperfection de marché comme le monopole, les effets externes,

---

<sup>29</sup> Art. 25. L'aliénation que fait une personne d'une partie ou de produits de son corps doit être gratuite; elle ne peut être répétée si elle présente un risque pour la santé.

<sup>30</sup> Le site de la Société canadienne du sang rapporte que « À l'heure actuelle (2019 - EM), la quantité de plasma que nous recueillons ne nous permet de répondre qu'à seulement 13 à 14 % des besoins pour la production d'immunoglobulines (Ig), l'une des protéines plasmatiques les plus en demande. Les produits finis que nous achetons sont fabriqués à partir de plasma provenant de donneurs rémunérés aux États-Unis. » ; <https://blood.ca/fr/nouvelles-et-evenements/ressources-pour-les-medias/reserves-de-plasma> .

<sup>31</sup> L'étudiant s'appuyait sur l'affirmation suivante : « Therefore, this country has a de facto mixed blood plasma system consisting of gratis contributors from Canada and gainful foreign contributors. This is an ethical paradox because of its inconsistency with the Canadian principle of gratuity. » *Bayer Advisory Council on Bioethics, Plasma product supply in Canada: a bioethical analysis*, May 2, 2000, aux pp. 18-19. [www.bayer-bioethics.org](http://www.bayer-bioethics.org). ».

<sup>32</sup> Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

les biens collectifs ou encore l'information asymétrique. Le mauvais fonctionnement du marché devrait être dû à l'imperfection du droit de propriété sur le sang. Certes, on a sur son sang un droit exclusif, en ce sens qu'il nous appartient de décider de le donner ou non, mais l'interdiction de vendre crée une propriété incomplète et amenuise les incitations à rendre le sang disponible à d'autres de façon optimale.

Si cette hypothèse est juste, il est pertinent d'aller voir s'il y a des pays qui ne connaissent pas ou ne connaissent plus l'interdiction de vendre son sang et, le cas échéant, d'y examiner la situation d'approvisionnement du sang. L'étudiant a effectué cette recherche comparative et a découvert que les États-Unis, qui connaissaient, aux années 1970, une interdiction générale de vendre son sang, l'ont progressivement levée, État par État. En 1989, le *New York Times*, dans sa livraison du 5 septembre, rapporta que les États-Unis importaient du sang provenant de donateurs en Europe. En 2011, selon un rapport de l'Organisation mondiale de la Santé, les États-Unis étaient devenus les premiers exportateurs de produits sanguins au monde<sup>33</sup>.

D'où vient l'interdiction actuelle de vendre son sang ? Elle n'a pas toujours existé, comme le fait bien voir Marie-Angèle Hermitte<sup>34</sup>. L'origine doit probablement être recherchée dans les écrits de Titmuss dans les années 1970<sup>35</sup>. Titmuss a vécu la Deuxième Guerre mondiale en Grande-Bretagne, période pendant laquelle le don de sang était sans doute considéré comme un devoir civique faisant partie de l'effort de guerre. Aux yeux de Titmuss, trois dangers guettent la vente du sang :

- 1- Le sang des donateurs rémunérés est moins sécuritaire pour les récipiendaires que celui provenant de donations altruistes, car la rémunération attire des groupes socio-économiques défavorisés, souvent touchés par des maladies infectieuses ;
- 2- Il est moins sécuritaire pour les donateurs
- 3- Le système de marché exploitera les groupes socio-économiques défavorisés, découragera les dons altruistes et mènera à terme à une pénurie de sang<sup>36</sup>.

Or, si les États-Unis sont devenus les premiers exportateurs mondiaux de produits sanguins, il est difficile de soutenir qu'on assiste là à une simple exploitation des

---

<sup>33</sup> WHO Blood Safety – Key global facts and figures 2011 ; [http://www.who.int/worldblooddonorday/media/who\\_blood\\_safety\\_factsheet\\_2011.pdf](http://www.who.int/worldblooddonorday/media/who_blood_safety_factsheet_2011.pdf) (en anglais seulement). Dans les rapports plus récents, l'OMS ne rapporte plus ces données comparatives. Voir par exemple, pour 2017, <https://www.who.int/fr/news-room/factsheets/detail/blood-safety-and-availability> .

<sup>34</sup> Hermitte 1996, 71, aux pp. 95-105.

<sup>35</sup> Titmuss 1971. Hermitte 1996, à la p. 99, observe, elle aussi, un « élan vers le bénévolat » résultant de la Deuxième Guerre mondiale.

<sup>36</sup> Titmuss 1971, à la p. 157.

pauvres du monde. Quant à la question de savoir si le don payé chasse le don bénévole, on observe aux États-Unis la coexistence des collectes de sang donné (*blood drives*), très courues dans les collèges et universités, et des achats de sang par des hôpitaux et autres agences médicales auprès de listes de donneurs potentiels qu'ils paient selon les conditions de rareté.

Qu'en est-il des deux premiers dangers évoqués par Titmuss ? On connaît les épouvantables scandales du sang contaminé qui ont frappé plusieurs pays développés, dont la France et le Canada, en Ontario<sup>37</sup>. Dans plusieurs cas, les précautions prévues n'ont pas été respectées, avec des conséquences catastrophiques. On sait maintenant qu'aux États-Unis la contamination a pu résulter de la collecte de sang dans des quartiers pauvres et auprès des prisonniers, les deux groupes étant considérés plus à risque<sup>38</sup>. La FDA (*Federal Drug Administration*), qui avait mission de surveiller la collecte de sang<sup>39</sup>, a-t-elle failli à la tâche ? Il est certain que les connaissances au sujet des sources de contamination potentielle et les tests pour les dépister étaient moins raffinés dans les années 1980 et 1990 qu'ils ne le sont maintenant et ont pu, en outre, être appliqués avec un certain laxisme<sup>40</sup>.

Quoi qu'il en soit, à la suite des scandales, on a voulu mieux contrôler les risques. On a cherché à améliorer les tests. Comme ils n'étaient pas jugés totalement fiables, on a pris la précaution supplémentaire d'établir des registres nationaux des donneurs de sang, pour y consigner leur histoire personnelle relative aux facteurs considérés sources de risque (comme le VIH) et les dates auxquelles ils avaient déjà donné du sang, une trop grande fréquence étant jugée néfaste pour la santé du donneur, et par ricochet source de risque<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Voir Savard 1997. Voir plus généralement [http://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire\\_du\\_sang\\_contaminé](http://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire_du_sang_contaminé) et [http://en.wikipedia.org/wiki/Tainted\\_blood\\_scandal](http://en.wikipedia.org/wiki/Tainted_blood_scandal).

<sup>38</sup> La Commission Krever, au Canada, a découvert le scandale du sang contaminé recueilli auprès de prisonniers en Alabama : <http://publications.msss.gouv.qc.ca/msss/document-000414/>. (Rapport soumis au Parlement du Canada le 26 novembre 1997).

<sup>39</sup> Hermitte 1996, à la p. 103. [http://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire\\_du\\_sang\\_contaminé](http://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire_du_sang_contaminé).

<sup>40</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Contaminated\\_haemophilia\\_blood\\_products](http://en.wikipedia.org/wiki/Contaminated_haemophilia_blood_products).  
[http://fr.wikipedia.org/wiki/Don\\_de\\_sang](http://fr.wikipedia.org/wiki/Don_de_sang).

<sup>41</sup> [https://fr.wikipedia.org/wiki/Don\\_de\\_sang](https://fr.wikipedia.org/wiki/Don_de_sang) ; <https://blood.ca/en/blood/am-i-eligible>

If you are considering donating blood for the first time you must be:

- In good general health
- Able to perform your normal day-to-day activities
- At least 17 years old
- Meet our [height and weight requirements if you are between 17 and 23 years old](#).  
If you are a frequent donor, remember that the number of donation appointments you can make depends on the type of donation you are making. You can donate:
- Whole blood every 56 days for males, every 84 days for females.
- Plasma every seven days.

Ces bases de données offrent l'avantage inespéré de permettre d'observer l'assiduité des donneurs de sang, et notamment de comparer celle des donneurs bénévoles à celle des donneurs rémunérés dans les pays qui permettent les deux formules. Qu'observe-t-on ? Dans une série d'études récentes, on conclut que les donneurs à qui on a promis une rémunération reviennent plus souvent que ceux qui ont donné sur une base purement bénévole. Les études nord-américaines concluent que les donneurs se laissent bien tenter par la rémunération et d'autant plus qu'elle est importante<sup>42</sup>. Une étude européenne observe également une sensibilité à la rémunération, mais conclut que les donneurs sont peu portés sur la rémunération monétaire pour le don du sang, appréciant cependant la rémunération non monétaire. Aux yeux des auteurs, ce constat est compatible avec l'idée que l'argent chasse l'altruisme, mais que la rémunération non monétaire ne le fait pas<sup>43</sup>. Une autre étude européenne révèle cependant un effet stimulateur net d'une incitation financière sous forme d'un billet de loterie<sup>44</sup>.

Entre temps, plusieurs pays, dont la France et l'Allemagne, ont établi par règlement des rémunérations fixes pour le don de sang<sup>45</sup>. Ils laissent par là entendre que l'altruisme pur ne suffit pas pour atteindre l'autonomie en fourniture du sang et que les donneurs sont sensibles à la récompense, sans pour autant admettre que cette rémunération soit fixée selon les conditions du marché, ce qui donnerait aux donneurs un droit de propriété intégral. On a là une illustration de l'*effet incitatif* de la propriété que l'analyse économique du droit a identifié.

Le fait d'analyser le problème du don de sang comme une question de définition, éventuellement incomplète, de la propriété suggère d'autres questions de recherche. L'analyse économique du droit de la propriété pose que la propriété est une réponse à la rareté émergente et que le droit est parcimonieux, ne définissant la propriété que

- 
- Platelets every 14 days.

<sup>42</sup> Lacetera 2011, 2012, 2013, 2018a et b.

<sup>43</sup> Costa-Font 2011. Dans leur conclusion, les auteurs affirment : « Our results indicate that those who believe that monetary rewards should be given for blood donation are less likely to have donated blood, while those favouring non-monetary rewards instead are equally or more likely to have donated blood. These results suggest that offering monetary rewards for blood donation might indeed crowd out blood supply as the 'altruistic types' are not favouring monetary rewards. Nevertheless, the results indicate that there would be no supply displacement of this type if non-monetary rewards were lowered instead. » Voir aussi Goette 2011.

<sup>44</sup> Goette 2008.

<sup>45</sup> Pour la France ([http://fr.wikipedia.org/wiki/Don\\_de\\_sang](http://fr.wikipedia.org/wiki/Don_de_sang)) : « Chaque année le tarif de la poche de sang est fixé par l'État en fonction des besoins des hôpitaux. L'arrêté du 12 avril 2011 relatif au tarif de cession des produits sanguins labiles fixe le tarif de la poche de sang total à 111,16 € HT ».

là où il y a rareté émergente et dans les limites de cette rareté, c'est-à-dire là où il y a concurrence d'usages potentiels. Cela suggère que la question de la propriété ne se posera qu'au moment où le sang devient rare, se prête à plusieurs usages qui se font concurrence. Or, si des expériences de transfusion ont été tentées dès le 17<sup>e</sup> siècle<sup>46</sup>, c'est à partir des années 1970 seulement qu'il y a eu une explosion de la demande de produits sanguins résultant des avancées médicales et chirurgicales, jointes à des avancées du savoir sur leur conservation. C'est bien à cette époque que la discussion sur le don du sang a pris son envolée.

Sans doute, le sang a toujours été considéré essentiel à la vie et on lui a même – peut-être pour cette raison – accordé un caractère sacré. Certains en concluent qu'il doit demeurer hors du commerce. Cela soulève la question du paternalisme de l'État qui décrète le sang hors du commerce. Dans une conception libérale, on se demanderait de quel droit l'État peut se substituer au jugement de l'individu qui consent. On l'admettrait pour des atteintes à la santé ou à la dignité (exploitation) dont les individus auraient insuffisamment conscience. Fabre-Magnan a publié une réflexion percutante sur ces questions<sup>47</sup>.

En déclarant le sang hors du commerce, on empêche la formation d'un marché avec les conséquences qui ont été évoquées : écart entre l'offre et la demande ; l'offre inférieure à ce qu'elle pourrait être ; l'émergence éventuelle d'un marché noir. La valeur du caractère sacré du corps humain reçoit préséance sur la valeur de l'efficience dans la distribution des produits du corps. Mais l'ignorance de la valeur de l'efficience a un coût. Les inefficiences qui viennent d'être évoquées sont le prix à payer pour la sacralité du corps humain. En admettant de payer ce prix, on démarque implicitement la limite des phénomènes qu'on accepte de soumettre aux critères de l'efficience.

Qu'est-ce qui permettrait de corriger l'arbitrage entre ces deux valeurs ? L'intuition de l'économiste pointerait vers une procédure de découverte, dans laquelle certains acteurs peuvent « expérimenter » une conception différente et voir si cela leur apporte des gains tout en procurant en même temps des avantages pour la communauté. Dans les processus économiques habituels, la (mise en) concurrence joue ce rôle<sup>48</sup>. La concurrence donne aux acteurs économiques l'incitation à explorer des arrangements encore inconnus ou sous-exploités : ils pourraient gagner gros s'ils

---

<sup>46</sup> Tucker 2011 ; Hermitte 1996 ; <https://history.amedd.army.mil/booksdocs/wwii/blood/chapter1.htm> .

<sup>47</sup> Fabre-Magnan 2018 ; Mackaay 2008, n<sup>os</sup> 1426-1441, pp. 397-400.

<sup>48</sup> Voir par exemple Hayek 1978 ; Kirzner 1997.

visent juste, mais perdre leur chemise dans le cas contraire, ce qui donne une incitation à se tromper le moins possible.

Le changement progressif des règles en matière de don du sang aux États-Unis peut être considéré comme une procédure de découverte en ce sens. La catastrophe du sang contaminé s'y est certes déclarée, mais autant dans les pays qui interdisent la vente du sang que dans ceux qui la permettent. Le seul fait de rendre le sang négociable n'a pas en soi causé ces effets néfastes. Il a cependant eu l'effet désirable de rendre davantage de sang disponible. L'expérimentation « prudente » de la levée de l'interdiction de vendre son sang permet la révision de notre intuition morale voulant que le sang apparente rester hors du commerce.

Terminons ici l'exploration des voies qui se sont ouvertes au doctorant qui devait travailler sur le statut du sang. Ce qu'il nous importe de montrer est comment une conception de la problématique tablant sur des acquis de l'analyse économique du droit a été « structurante » pour l'étudiant. Une problématique qui paraissait au départ touffue et ouverte seulement à une discussion en termes de grands principes éthiques a révélé une « mécanique » subtile qui pointe vers un éventail de questions qui se prêtent à des recherches historiques, comparatives, empiriques. Elle confère à la problématique une profondeur jusque-là insoupçonnée et conduit à une lecture différente. N'est-ce pas là la noble mission de la recherche au doctorat ?

### III. LE TEXTE ET L'IMPACT – LE RAPPORT ENTRE L'AED ET LE DROIT

#### A. Les règles du hockey sur gazon

En 2012, ma femme et moi avons pu assister à certains événements aux Jeux olympiques de Londres. L'un des événements était un match de hockey sur gazon, sport que j'ai pratiqué moi-même dans ma jeunesse.

Le hockey sur gazon est un sport légèrement plus rapide que le foot et (aussi) agréable à jouer ainsi qu'à voir. J'ai remarqué que plusieurs règles du jeu avaient été modifiées, notamment<sup>49</sup> :

- Une balle sortie du terrain n'est plus rentrée en la roulant à la main, mais avec le bâton et le joueur peut la garder pour soi en la remettant au jeu
- Le corner long, pris du coin du terrain, a été aboli et remplacé par un simple coup franc.

Quel est l'intérêt de changer ces règles ? À la recherche d'une réponse, je me suis rappelé que tant le corner long que le roulement à la main de la balle ralentissaient sensiblement le jeu, sans donner un avantage notable à l'équipe qui devrait en profiter ; le corner long conduisait rarement à un but. En fait, ces règles donnaient un avantage à la partie défensive, qui avait le temps de se regrouper, tuant ainsi l'attaque. On pourrait les considérer comme inefficaces dans le cadre du jeu.

La modification de ces règles pouvait se comprendre dans l'optique de leur finalité : créer un jeu intéressant à jouer pour les joueurs et à regarder pour les spectateurs ; accélérer le jeu et augmenter les chances de marquer des buts. Les règles modifiées, pourrait-on dire, sont *plus efficaces*. D'autres règles pourraient se comprendre dans la même optique. La règle de l'avantage, par exemple : si une équipe commet une infraction, mais que la balle est déjà en possession de l'autre équipe, qui attaque, on n'interrompt pas le jeu pour un coup franc. Cette règle aurait pu apparaître, comme *efficace*, d'une pratique d'interprétation des règles existantes relatives aux coups francs *dans l'optique de leur finalité*.

Bon nombre de règles se comprennent à la lumière de la finalité du jeu. La finalité imbibe en quelque sorte les règles ; elle en est la trame sous-jacente uniforme, la structure profonde, si l'on ose dire. Dès qu'il est question de changer les règles, il faut

---

<sup>49</sup> Les règles actuelles (version 2017 ; en anglais) se trouvent ici : <http://www.fih.ch/inside-fih/our-official-documents/rules-of-hockey/> <http://www.fih.ch/media/12236728/fih-rules-of-hockey-2017.pdf>.

retrouver et s'inspirer de leur finalité et considérer les effets du changement.

Pourtant, il est utile d'écrire les règles. Pendant le jeu, elles doivent pouvoir être appliquées par les deux arbitres de manière rapide et routinière, sur la seule base du texte écrit. Les joueurs doivent savoir à quoi s'en tenir, sans longue cogitation ; ils doivent pouvoir planifier leurs stratégies en conséquence. Si les règles s'avèrent malgré tout sujettes à interprétation, celle-ci doit s'inspirer de leur finalité, mais cela demande peut-être du temps de réflexion.

## **B. L'affaire Piché**

Certains objecteront que la mise en lumière des effets des règles, de leur efficience et de leur raison d'être sous-jacente peut bien intéresser le législateur et les scientifiques du droit, mais ne touche guère les praticiens. Pour répondre à cette objection, je voudrais discuter brièvement de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Piché c. Fournier*<sup>50</sup>.

Voici, brièvement résumés, les faits. Mme Piché a un fils adulte schizophrène, Alain, dont elle s'occupe intensivement. Voulant assurer qu'on pourra s'occuper de lui lorsqu'elle ne sera plus là, elle le nomme héritier unique.

Dans un accès de rage total (*delirium*), Alain tue sa mère à coup de machette. Au procès pénal, sur la foi du témoignage d'experts psychiatres qui observent un « délire complexe », Alain est déclaré criminellement non responsable, vu que, délirant, il ne réalisait pas ce qu'il faisait.

Que va-t-il arriver sur le plan du droit civil ? Le Code civil du Québec prévoit :

621. Peut être déclaré indigne de succéder:

1° Celui qui a exercé des sévices sur le défunt ou a eu autrement envers lui un comportement hautement répréhensible; <sup>51</sup>

Le reste de la famille intente un recours visant à faire déclarer Alain indigne de succéder.

La question essentielle pour la justice est de savoir si les sévices présupposent l'intention de faire mal. Le plaideur pour la famille voudra faire appliquer l'article tel quel. Le texte de l'article 621 est présenté comme clair. Celui qui défend Alain plaidera que l'article vise à décourager le mal intentionnel et qu'il ne s'adresse pas aux

---

<sup>50</sup> [2010] QCCA 188  
(<https://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/2010/2010qcca188/2010qcca188.html?searchUrlHash=AAAAAQAgUGljaMOplGMuIEZvdXJuaWVvYlDIwMTAgUUNDQSxODgAAAAAQ> ).

<sup>51</sup> Correspondant à l'art. 726 du Code civil français, qui précise cependant que l'indigne doit avoir été condamné à une peine criminelle.

personnes incapables de former une telle intention. L'interprétation à donner à l'article 621 met en discussion la finalité de l'article et donc, implicitement, ses effets visés. Il serait, pourrait-on dire, *inefficient* de pénaliser la personne incapable de former l'intention de faire mal. Elle serait insensible au signal ainsi donné, pour les raisons évoquées pour les personnes dépourvues de faculté de discernement.

La cour de première instance donne raison à la famille en tablant sur une lecture littérale de l'article 621. La cour d'appel, dans une décision unanime, infirme cette décision et donne raison à Alain, en faisant valoir que l'intention doit compter et que la mère, bien au courant de la maladie de son fils, n'a pas jugé bon de modifier son testament.

## **CONCLUSION**

L'efficience doit-elle être reconnue comme une valeur du droit civil ? La lecture du droit civil qu'offre l'analyse économique du droit me semble permettre une réponse affirmative à cette question. Elle propose une gamme de perspectives nouvelles et éclairantes sur de grands pans du droit civil. La valeur que représente l'efficience rencontre cependant ses limites au contact avec d'autres valeurs qui fondent le droit civil, comme nous avons pu l'illustrer dans l'exemple du don du sang.

Bien qu'elles fournissent plein de perspectives éclairantes sur le droit, l'AED et l'efficience, qu'elle met en lumière, ne sont pas en soi une théorie du droit – elles ne disent pas ce qui est du droit et ce qui n'en est pas. Elles sont une méthode pour saisir les principaux effets (impact) des règles juridiques et, par là, fournissent des éléments pour juger du caractère souhaitable des règles.

Dans le droit, le texte et l'impact sont intimement liés. Pour l'application courante, l'aspect texte domine. Cela est parcimonieux (*efficient*), d'un point de vue économique. L'informatisation des textes renforce – certains diraient exacerbe – cet effet de dominance (et peut même causer de l'inflation normative ...). Ultimement, cependant, le droit est accepté pour ses effets sociaux souhaitables.

Désormais, le juriste peut disposer d'un outil plus sophistiqué que son intuition pour y accéder : l'analyse économique du droit. Convainquons les juristes d'y avoir recours, dès lors qu'il s'agit d'interprétation, de réforme, de régulation nouvelle. Et insérons-la dans la formation juridique à tous les niveaux.

## BIBLIOGRAPHIE

- Becker 1993** : Becker, Gary S., « Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior », (1993) 101 *Journal of Political Economy* 385-409
- Boyer Chammard 1976** : Boyer Chammard, Georges, *Les avocats*, Paris, Presses universitaires de France, 1976 (*Que sais-je*, no 1659)
- Calabresi 1961** : Calabresi, Guido, « Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts », (1961) 70 *Yale Law Journal* 499-553
- Calabresi 1970** : Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents – A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970
- Coase 1960** : Coase, Ronald H., « The Problem of Social Cost », (1960) 3 *Journal of Law and Economics* 1-44
- Costa-Font 2011** : Costa-Font, Joan, Mireia Jofre-Bonet et Steven T. Yen, *Not All Incentives Wash Out the Warm Glow: The Case of Blood Donation Revisited*, 2011, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1895302](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1895302)
- Demsetz 1967** : Demsetz, Harold, « Toward a Theory of Property Rights », (1967) 57 *American Economic Review* 347-359
- Deweese 1996** : Deweese, Donald N., David Duff et Michael J. Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law - Taking the Facts Seriously*, New York, Oxford University Press, 1996
- Fabre-Magnan 2018** : Fabre-Magnan, Muriel, *L'institution de la liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 2018
- Farjat 2004** : Farjat, Gérard, *Pour un droit économique*, Paris, Presses universitaires de France, 2004
- Gaudreault-Desbiens 2010** : Gaudreault-Desbiens, Jean-François, « La critique économiste de la tradition romano-germanique », (2010) 2010 *Revue trimestrielle de droit civil* 683-704
- Goette 2008** : Goette, Lorenz et Alois Stutzer, *Blood Donation and Incentives: Evidence from a Field Experiment*, 2008, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1158977](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1158977)
- Hayek 1978** : Friedrich A. Hayek, « Competition as a Discovery Procedure », dans F.A. Hayek, (dir.), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago, The University of Chicago Press, 1978, pp. 179-190
- Hermitte 1996** : Hermitte, Marie-Angèle, *Le Sang et le Droit : essai sur la transfusion sanguine*, Paris, Seuil, 1996
- Kirzner 1997** : Kirzner, Israel M., *How Markets Work - Disequilibrium, Entrepreneurship and Discovery*, London, Institute of Economic Affairs, 1997
- Lacetera 2011** : Lacetera, Nicola, Mario Macis et Robert Slonim, *Rewarding Altruism: A Natural Field Experiment*, National Bureau of Economic Research working paper w17636, 2011, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1969506](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1969506) <https://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/may2012-paris-lacetera-macis-slonim.pdf>
- Lacetera 2012** : Nicola Lacetera, Mario Macis et Robert Slonim, « Will There be Blood? Incentives and Displacement Effects in Pro-Social Behavior », (2012) 4 *American Economic Journal: Economic Policy* 186-223
- Lacetera 2013** : Lacetera, Nicola and Mario Macis, “Time for blood: The effect of paid leave legislation on altruistic behavior”, (2013) 29 *Journal of Law, Economics, and Organization* 1384-1420
- Lacetera 2018a** : Lacetera, Nicola and Mario Macis, “Moral NIMBY-ism? Understanding Societal Support for Monetary Compensation to Plasma Donors in Canada”, (2018) 81 *Law and Contemporary Problems* 83-105;
- Lacetera 2018b** : Lacetera, Nicola et Mario Macis, *Societal Support for Paying Plasma Donors in Canada*, Cato Research Briefs on Economic Policy no 127, 2018, <https://www.cato.org/publications/research-briefs-economic-policy/societal-support-paying-plasma-donors-canada> <https://www.cato.org/policy-report/novemberdecember-2018/cato-studies>
- Mackaay 1979** : Mackaay, Ejan, « Les notions floues ou l'économie de l'imprécision », (1979) 12 *Langages* 33–50
- Mackaay 1986** : Mackaay, Ejan, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste - une histoire stylisée du mouvement d'analyse économique du droit », (1986) 1 *Revue internationale de droit économique* 43-88 (<http://hdl.handle.net/1866/20840>).

## *Ejan Mackaay – L'efficience comme valeur du droit civil*

- Mackaay 2008** : Mackaay, Ejan et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris/Montréal, Dalloz-Sirey/Éditions Thémis, 2008, (2<sup>e</sup> éd.)
- Mackaay 2009** : Mackaay, Ejan, Est-il possible d'évaluer l'efficience d'un système juridique ?, dans : *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques*, Jean-François Gaudreault-Desbiens, Ejan Mackaay, Benoît Moore et Stéphane Rousseau (dir.), Montréal, Éditions Thémis, 2009, pp. 21-46
- Mackaay 2013** : Mackaay, Ejan et Alain Parent, "L'analyse économique du droit comme outil du raisonnement juridique", (2013) 54 *Cahiers de Droit* 283-300
- Mackaay 2018** : Mackaay, Ejan, Some Law and Economics of the Class Action, dans : *The Class Action Effect/ L'effet de l'action collective*, Catherine Piché (dir.), Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2018, pp. 205-228
- Manne 1967** : Manne, Henry G., « Our Two Corporate Systems: Law and Economics », (1967) 53 *Virginia Law Review* 259-284
- McManus 1972** : McManus, John, « An Economic Analysis of Indian Behavior in the North American Fur Trade », (1972) 32 *Journal of Economic History* 36-53
- Muir Watt 2009** : Muir Watt, Horatia, Les réactions françaises à "Doing Business", dans : *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques*, Jean-François Gaudreault-Desbiens, Ejan Mackaay, Benoît Moore et Stéphane Rousseau (dir.), Montréal, Éditions Thémis, 2009, pp. 67-76
- Posner 1987** : Posner, Richard A., « The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987 », (1987) 100 *Harvard Law Review* 761-780
- Posner 1972** : Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1972, (1<sup>e</sup> éd.)
- Posner 2011** : Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, (8<sup>e</sup> éd.)
- Priest 2012** : Priest, George L., « The Curious Treatment of Capitalism in Legal Education », (2012) 49 *Society* 216-222
- Romano 2005** : Romano, Roberta, « After the Revolution in Corporate Law », (2005) 55 *Journal of Legal Education* 342-359
- Royer 2009** : Royer, Guillaume, *L'efficience en droit pénal économique - Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2009
- Savard 1997** : Savard, Anne-Marie et Caroline Simard, « Analyse comparative de deux systèmes d'enquêtes publiques : l'affaire du sang contaminé (Canada-France) », (1997) 28 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 151-213
- Sibony 2008** : Sibony, Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2008
- Titmuss 1971** : Titmuss, Richard M., *The Gift Relationship - From Human Blood to Social Policy*, New York, Vintage Books, 1971
- Tucker 2011** : Tucker, Holly, *Blood Work: A Tale of Medicine and Murder in the Scientific Revolution*, New York, W.W. Norton, 2011
- Valcke 2010** : Valcke, Catherine, « The French Response to the World Bank's Doing Business Reports », (2010) 60 *University of Toronto Law Journal* 197-217