

Sabine Montagne

Analyse économique du Droit versus Institutionnalisme. Une comparaison « en situation »

Avertissement

Le contenu de ce site relève de la législation française sur la propriété intellectuelle et est la propriété exclusive de l'éditeur.

Les œuvres figurant sur ce site peuvent être consultées et reproduites sur un support papier ou numérique sous réserve qu'elles soient strictement réservées à un usage soit personnel, soit scientifique ou pédagogique excluant toute exploitation commerciale. La reproduction devra obligatoirement mentionner l'éditeur, le nom de la revue, l'auteur et la référence du document.

Toute autre reproduction est interdite sauf accord préalable de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.



Revues.org est un portail de revues en sciences humaines et sociales développé par le CLEO, Centre pour l'édition électronique ouverte (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

Référence électronique

Sabine Montagne, « Analyse économique du Droit versus Institutionnalisme. Une comparaison « en situation » », *Revue de la régulation* [En ligne], n°5 | 1er semestre 2009, mis en ligne le 11 juin 2009. URL : <http://regulation.revues.org/index7574.html>

DOI : en cours d'attribution

Éditeur : Association Recherche & Régulation

<http://regulation.revues.org>

<http://www.revues.org>

Document accessible en ligne à l'adresse suivante : <http://regulation.revues.org/index7574.html>

Document généré automatiquement le 29 septembre 2009.

© Tous droits réservés

Sabine Montagne

Analyse économique du Droit versus Institutionnalisme. Une comparaison « en situation »

- 1 Cet article compare la façon dont deux grilles d'analyse d'économie du droit, l'une issue de la théorie néoclassique et l'autre de l'institutionnalisme, entendu comme *old institutionalism*², appréhendent un *même* objet empirique.
- 2 Il s'agit de suivre, pas à pas, les raisonnements conduits par ces deux lectures et de saisir le déroulement de chacune des méthodes « en action », lorsqu'elles sont en train de construire un objet et d'en faire l'analyse³. Ce type de comparaison, mené *en situation*, c'est-à-dire lorsque les grilles théoriques sont effectivement mises en œuvre par les chercheurs pour analyser un fait économique donné, se distingue des travaux qui procèdent à un plus haut niveau d'abstraction et se focalisent sur les concepts voire les paradigmes⁴.
- 3 Adopter ce niveau « méthodologique » de comparaison modifie considérablement la donne, voire conduit à des résultats fort différents de ceux obtenus à un niveau plus abstrait et théorique. La comparaison à un niveau théorique abstrait, qui se fonde sur la prise en compte des philosophies politiques sous-jacentes et s'attache aux principaux concepts, tend en effet à attribuer à chaque camp des caractéristiques désormais convenues. À l'approche économique néoclassique seraient imputées une capacité de généralisation et une autonomie conceptuelle⁵, au prix parfois du réalisme. Appliquée au droit, cette posture a produit la Law & Economics qui, en négligeant les spécificités des droits nationaux, a été effectivement en mesure de s'exporter internationalement mais a conduit à des résultats d'une grande naïveté culturelle, incapables de rendre compte des complexités locales (Mattei, 2005). À l'approche institutionnaliste reviendrait une plus grande proximité au réalisme d'où un risque *d'ad hoc*⁶ et des difficultés de généralisation.
- 4 Leur rapport au politique, surtout, les opposerait radicalement. L'approche néoclassique occulterait le contexte social dans lequel vivent les objets dont elle traite. Elle opérerait ainsi une clôture garante de sa scientificité. Selon une conception séquentielle de la recherche scientifique, ses analyses pourraient *ensuite* déboucher sur des recommandations d'expert ayant une visée de nature politique. Mais leur statut originel serait « purement » scientifique puisqu'elles auraient été préalablement élaborées en amont à la sphère politique et à l'écart des pressions sociales. Si, récemment, la *New Political Economy* attribue au politique le statut de variable explicite dans l'analyse économique, c'est pour le saisir en tant que subordonné aux besoins du marché walrasien : assimilé à l'État, il doit veiller à empêcher les forces sociales (groupes d'intérêts) de distordre les mécanismes de marché (Lordon 2008, p. 312). L'approche néoclassique ne traite la dimension conflictuelle des rapports sociaux que sur le mode normatif du dysfonctionnement.
- 5 Tout au contraire, l'approche de type *old institutionalism* est d'emblée politique puisque les variables institutionnelles qu'elle prend en compte *contiennent* les rapports de pouvoir. Elle intègre la dimension conflictuelle des rapports sociaux comme fait observé, selon un mode descriptif. Au sein de la famille institutionnaliste, la Théorie de la régulation la saisit à un niveau plus fondamental encore puisqu'elle fait du conflit le « fond des rapports sociaux » (Lordon 2008). L'argumentation institutionnaliste est moins clôturée que celle néoclassique du fait du plus grand nombre et de la diversité de nature de ses variables ainsi que de la pluridisciplinarité de ses méthodes. Par ailleurs, la visée d'ingénierie sociale portée

par certains de ses illustres auteurs⁷ fait peser sur elle un soupçon de « partialité sociale » face à l'impartialité néoclassique.

- 6 La comparaison en situation, ici proposée, vise à montrer que les deux démarches sont tout autant parcourues par des préoccupations politiques. L'approche institutionnaliste, en introduisant le conflit comme hypothèse explicite supplémentaire, accroît son efficacité sémantique (meilleure explication des faits) voire décisionnelle (capacité prédictive, dans la mesure où le diagnostic émis quant aux rapports de pouvoir peut permettre d'émettre un pronostic sur leur évolution). A rebours des caractéristiques convenues, cet exemple montre que cette approche possède une capacité de généralisation supérieure à celle de l'approche néoclassique du fait même de cette hypothèse.
- 7 L'objet empirique est constitué par les dispositifs d'épargne salariée aux États-Unis, sur lesquels nous disposons de deux lectures aux problématiques voisines. La première analyse (A. Autenne 2005, 2006) porte sur les fonds d'épargne salariale américains ; elle développe la problématique de la *gouvernance* de ces dispositifs ; elle utilise un cadre de type néoclassique, centré sur la théorie contractualiste. La seconde analyse (Montagne 2005, 2006, 2008) porte sur les fonds de pension américains ; elle développe la problématique du *pouvoir des salariés* dans ces dispositifs ; elle utilise un cadre de type institutionnaliste, nourri par les travaux régulationnistes.
- 8 Ces deux approches illustrent chacune à leur façon, les postures méthodologiques propres à l'Analyse Economique du Droit d'une part, et à la Théorie de la Régulation d'autre part. Les comparer va permettre de montrer les oppositions majeures dans la construction des raisonnements, dans les implicites qui sont à l'œuvre, dans les enjeux de pouvoir auxquels ces deux approches se trouvent confrontées.
- 9 La comparaison fait apparaître trois oppositions. D'une part, l'approche juridico-économique néoclassique, de type nomologique-déductive, est capable d'intégrer le droit sur un mode instrumental (la règle de droit comme variable explicative) et selon une causalité déterministe (la règle de droit déontique) ; d'autre part, l'approche institutionnaliste, de type socio-historique et inductive, est capable d'intégrer le droit en terme de processus social poreux à l'activité économique. Dans la vision économique standard, le droit possède une signification pour l'action économique, dans un amont analytique à celle-ci. La règle de droit existe en soi, séparée de l'action économique, *sur laquelle* elle va s'appliquer. Par contraste, dans la vision institutionnaliste, le droit tire sa signification pour l'action économique, à la fois dans un amont historique (le sens de la règle de droit élaboré par sédimentation, au gré de la jurisprudence) et dans une contemporanéité propre à l'interprétation jurisprudentielle (la mobilité du sens de la règle de droit en fonction des transformations économiques). À cette double opposition « science nomologique/science de la réalité concrète » et « méthode déductive/inductive » s'ajoute la troisième opposition : le traitement du conflit comme symptôme d'un dysfonctionnement des règles de droit *versus* une prise en compte du conflit comme fondement des rapports sociaux et source de l'évolution du droit.
- 10 La première partie présente successivement la teneur de chacune des deux lectures. La deuxième partie précise les principaux écarts entre les deux types de modélisation. La troisième partie illustre la façon dont l'AED peut intégrer *implicitement* un changement des rapports de pouvoir lors d'une controverse juridique particulière. Par contraste, la quatrième partie expose la façon dont l'approche de type régulationniste a fait du changement des rapports de pouvoir *l'objet même* de l'enquête.

1. Les matériaux pour construire la comparaison

- 11 L'enquête comparatiste proposée est rendue possible dans le cas d'espèce car on dispose de deux lectures du même objet empirique, les dispositifs (organisationnels et juridiques) de l'épargne salariée. Cette dénomination regroupe les plans d'épargne dont les bénéficiaires

sont les salariés et qui sont constitués dans le cadre de la relation d'emploi et placés sous le contrôle de l'employeur : plans d'épargne retraite (fonds de pension) et plans d'épargne salariale (Esops).

1.1. La lecture « actionnariale »

- 12 Une interprétation critique de la lecture « *mainstream* » de ces dispositifs est proposée par A. Autenne (2005). L'auteure recourt à une étude empirique (analyse de la jurisprudence) pour mener une critique de la conception actionnariale de la gouvernance des fonds d'épargne salariale, produite par la théorie contractualiste néo-classique (théorie positive de l'agence – Jensen et Meckling ; théorie des droits de propriété- Alchian et Demsetz, Grossmann et Hart) et aujourd'hui dominante dans la jurisprudence.
- 13 La lecture de A. Autenne est exemplaire du raisonnement de la Law & Economics *mainstream* telle qu'unifiée par Posner. En effet, elle se fonde sur l'approche en termes de droits de propriété, qui, bien qu'ayant développé une vision économique différente de la signification juridique du terme « droit de propriété », a été finalement adoptée par la Law & Economics *mainstream* (Mackaay, 2000, p. 411). Il s'agit ici de partir de cette lecture pour illustrer la posture méthodologique de l'analyse économique du droit (AED dans la suite).
- 14 Le raisonnement propre à la vision contractualiste se construit en plusieurs étapes. Premièrement, cette vision réduit l'entreprise à un nœud de contrats et donc à un nœud de contractants. Deuxièmement, elle considère que, parmi l'ensemble des contractants, les actionnaires ont un statut privilégié en tant que porteurs du risque résiduel dans l'entreprise et que leurs intérêts doivent être satisfaits *en priorité*. Troisièmement, les salariés sont considérés comme des contractants *parmi d'autres*, i.e. sans spécificité. Quatrièmement, l'épargne salariale est un moyen d'*aligner* leurs intérêts sur ceux des actionnaires. Cette conception des relations de l'entreprise fait donc coller *exactement* l'identité d'actionnaire à celle du salarié-épargnant.
- 15 Il en découle que la vision contractualiste applique aux salariés-épargnants une conception actionnariale de leurs intérêts qui consiste à rechercher la maximisation de leur investissement financier. Les véhicules d'épargne concernés sont alors réduits à « un dispositif de nature purement contractuelle qui a pour objectif de piloter les comportements des travailleurs pour les orienter vers la création de valeur financière » (Autenne, 2005, p. 3). La gouvernance de ces plans est « actionnariale » au sens où le responsable du plan, *trustee*, doit interpréter son devoir fiduciaire de gestion prudente comme le devoir de maximiser le rendement des portefeuilles d'actifs financiers détenus par les bénéficiaires, conformément à la théorie financière.
- 16 Cette définition strictement financière exclut d'autres formes d'intérêts, par exemple celui du maintien de l'emploi sur un territoire donné ou au sein de l'entreprise même. Cette conception actionnariale ne permet donc pas d'articuler la pluralité des intérêts salariaux et ne facilite pas la coopération entre employeur et salariés, considérée par l'auteure comme nécessaire à une gouvernance d'entreprise adéquate.
- 17 A. Autenne mène ensuite une étude empirique qui vient contredire l'affirmation du statut actionnarial des salariés développée par la thèse contractualiste. Elle met en évidence un certain nombre de dysfonctionnements de ces dispositifs d'épargne salariale résultant de leur instrumentalisation par les employeurs au détriment des intérêts des salariés bénéficiaires. Certaines règles propres à ces dispositifs laissent jouer l'opportunisme managérial. Le spectre des configurations possibles est large, des cas exemplaires de fraude et de spoliation (Enron) jusqu'aux arrangements plus discrets tels que les dispositions qui visent à rendre l'entreprise non opérable.
- 18 Les résultats cette analyse jurisprudentielle témoignent donc de l'écart entre les situations empiriques recensées et la situation idéale construite en appliquant le modèle abstrait de l'actionnaire, muni de pouvoirs économiques théoriques et de droits juridiques définis par des textes. L'auteure déroule alors le raisonnement contractualiste afin de trouver une « solution »

théorique. Celle-ci consiste à considérer la passivité des salariés dans ces dispositifs comme un *dysfonctionnement* « technique » dû à un agencement des règles juridiques, auquel il convient de remédier par une réforme des dites règles.

19 Ce raisonnement est conforme à l'axiomatique utilitariste de l'AED : tout dispositif est conçu en vue d'une finalité fonctionnelle ; en particulier, les règles de droit doivent répondre à la finalité d'un agencement économique : les règles juridiques de l'épargne salariée doivent accompagner les finalités économiques de celle-ci. Lorsque la finalité assignée n'est pas atteinte, c'est qu'il y a un dysfonctionnement du réel⁸ ; lorsque les règles juridiques ne satisfont pas à la finalité manifestement attribuée par le modèle alors il convient de les changer de manière volontariste.

20 La situation particulière est ici jugée comme non optimale (bien que stable) parce que l'analyse la rapporte à un « modèle » théorique général, à la fois descriptif et normatif, des relations entre les différents acteurs économiques. Ainsi, puisque ce modèle de l'actionnaire suppose une certaine égalité des transactants sur le marché des droits de propriété mais que les salariés ne sont apparemment pas les égaux des actionnaires, il faut faire en sorte qu'ils le deviennent. À partir de ce diagnostic, une meilleure efficacité de ces dispositifs pourrait être obtenue en redistribuant les droits et devoirs ce qui permettrait d'atteindre un « équilibre » pareto-supérieur.

21 Finalement, l'adoption du modèle de l'actionnaire soutient un projet normatif nourri par un parti pris axiologique : le pouvoir des salariés y est évalué à l'aune de la figure de l'actionnaire, utilisée à la fois comme outil de description positive et enjeu normatif à atteindre. La passivité des salariés, constatée empiriquement, amène à considérer le dispositif juridique concerné comme inefficace. On notera que l'objet, l'épargne salariée, est resitué à un niveau plus englobant de la théorie, le marché financier, et saisi selon la problématique plus générale propre à cette théorie, le bon fonctionnement du marché.

1.2. La lecture « fiduciaire »

22 L'approche institutionnaliste (au sens de l'institutionnalisme économique de J. R. Commons (1924,1934) et de la *Théorie de la régulation*) constitue, quant à elle, la base sur laquelle développer une alternative à l'AED, plus conforme à la démarche des sciences sociales au sens où elle cherche à rendre compte du fait stylisé (la passivité des salariés) à partir de l'histoire des arrangements sociaux (négociés par les acteurs), conformément à une « théorie positive du réel » (Palombarini, 2001).

23 L'analyse institutionnaliste proposée (Montagne 2003, 2006) consiste dans une étude de la jurisprudence. Mais, contrairement à la démarche précédente, celle-ci ne cherche pas à valider ou invalider la réalité de la conception actionnariale importée de la théorie économique. Elle cherche à comprendre l'effet du dispositif juridique sur la forme des pouvoirs « actionnables » par les différents acteurs. Dans le cas des fonds salariaux, ce dispositif est le Trust. L'analyse va le prendre en tant qu'ensemble de règles qui canalisent les actions des agents économiques en leur conférant des droits et devoirs à la manière dont, par exemple, Commons dit que le droit affecte des droits et devoirs aux participants à une transaction.

24 Le Trust, en tant qu'il figure un schéma général de relations, constitue un « modèle ». Mais à la différence de l'approche AED, ce modèle est construit à partir des règles juridiques du trust telles qu'elles ont été *effectivement* « cristallisées » au fil de la sédimentation jurisprudentielle. Issues de principes très anciens, elles ont été réinterprétées par les agents économiques en fonction des usages qu'ils voulaient faire du trust. Ces agents - employeurs, salariés et leurs représentants syndicaux, législateur et juges, agences administratives (Securities Exchange Commission et Département du Travail, chargé de faire appliquer la loi sur les fonds d'épargne salariée) - ont reformulé les règles du trust par leurs actions économiques, législatives et judiciaires.

- 25 Les principes de régulation du trust sont les suivants. Premièrement, le trust fait intervenir trois protagonistes : 1) celui qui établit le trust et y transfère son patrimoine au profit d'un bénéficiaire, 2) le bénéficiaire, mineur juridique n'ayant aucun droit sur la gestion des actifs déposés dans le trust, 3) le *trustee*, gérant du trust pour le compte du bénéficiaire, et propriétaire légal des biens du trust. Dans le cas des fonds salariaux, ce sont donc trois acteurs (employeur, salariés, intermédiaires financiers) et non deux comme dans le modèle actionnarial. Deuxièmement, la faiblesse du bénéficiaire face à la position dominante du *trustee* a été « compensée » par la création d'une justice spécifique, l'*equity*, différente de la *Common Law*. Le mode de déroulement du procès et la spécificité des remèdes possibles ont été explicitement conçus pour protéger le bénéficiaire. Dans le cas des fonds salariaux, cette particularité a été maintenue: la loi fédérale ERISA⁹ est administrée par le Département du Travail et non par la SEC ; elle a la primauté sur toutes les autres législations et s'inspire du droit des trusts. Troisièmement, cette spécificité du régime juridique a eu des conséquences sur les règles d'investissement : *des règles de bonne gestion, propres aux trusts*, ont été progressivement définies par les tribunaux pour éviter les abus, en particulier l'accaparement des biens par les *trustees*. Le Département du Travail poursuit ce travail en émettant en permanence des règles visant à préciser en quoi consiste la « prudence d'investissement » des fonds de pension, rendue nécessaire par la situation spécifique des salariés par rapport aux autres investisseurs. Au total, ces trois caractéristiques (structure de pouvoir tripolaire, justice spécifique, réglementation d'investissement distincte) constituent un environnement institutionnel très différent de celui pris pour hypothèse par la lecture actionnariale.
- 26 Plus encore, le trust *explique* la passivité salariale. Il *dépossède* en effet le bénéficiaire de sa capacité de gestion et transfère cette capacité au *trustee* qui devient le gestionnaire de fait et en droit. L'histoire juridique montre que, en dépit de ses altérations au cours du temps, le trust a conservé ce principe fondamental d'asymétrie des pouvoirs. Le principe d'une mise sous tutelle du bénéficiaire a été maintenu grâce à des règles de fonctionnement des fonds salariaux qui ne placent pas les bénéficiaires salariés à l'égal du propriétaire-actionnaire (Montagne 2008). Bien au contraire, ces règles empêchent structurellement les bénéficiaires de définir leurs propres normes d'investissement. L'échec historique des salariés à élaborer leur propre cadre cognitif et relationnel, leur incapacité à mettre en œuvre une norme d'investissement financier qui leur soit collectivement favorable, sont donc directement imputables à l'utilisation du trust comme dispositif juridique régissant cette activité économique.
- 27 Contrairement à la lecture actionnariale, la passivité des salariés ne constitue pas un dysfonctionnement. Elle est inhérente à la structure des pouvoirs définie par le trust.
- 28 Il résulte de cette approche une conception de l'efficacité du droit très différente de celle de l'AED : comme toute institution, le trust fonctionne grâce à un compromis entre intérêts conflictuels (Amable, Palombarini 2005) ; il ne vise pas un but unique mais autant d'objectifs que d'intérêts différenciés¹⁰. Aussi, tout diagnostic établissant un dysfonctionnement ne peut être aussi net que dans l'AED. En particulier, il n'est pas absolu, il ne peut être appréhendé que par rapport à un point de vue situé, un groupe porteur d'intérêts, une classe sociale.
- 29 Plus encore, même attestée, la passivité du groupe « salariés » ne permet pas de préjuger d'une forme d'inefficacité globale du dispositif. Contrairement à la vision AED, le marché financier concret observé par les institutionnalistes est construit sur des asymétries de pouvoirs. Aussi, d'un point de vue strictement positif, la passivité des salariés dans les fonds d'épargne collectifs ne constitue pas en soi un dysfonctionnement du marché financier.
- 30 Dans ce cadre, l'épargne salariée *n'est pas* le lieu d'exercice pour les salariés de leur fonction d'actionnaire mais l'un des dispositifs organisationnels qui alimente la reproduction du rapport social (conflictuel et inégal) entre employeurs et salariés et du rapport financier entre entreprises et intermédiaires financiers. Elle est un des points d'application des forces

contradictoires propres à l'interaction de ces groupes. Chacun va tenter de l'utiliser de façon à satisfaire ses intérêts du moment.

31 Les changements juridiques constatés à un moment du temps « traduiront » dans la langue du droit le résultat momentané de la résolution de ces rapports conflictuels. Mais cette traduction n'est pas une réponse ponctuelle, « point par point » (Deakin, 2006), à un diagnostic clairement établi et daté.

32 Finalement, l'adoption du modèle du trust par le chercheur soutient un projet descriptif selon un parti pris historique : le pouvoir des salariés y est évalué à l'aune de la figure du bénéficiaire d'un trust. La passivité des salariés résulte d'un processus historique juridico-économique. On notera que l'objet, l'épargne salariée, est resitué à un niveau plus englobant de la théorie, le rapport salarial et le conflit capital/travail et saisi selon la problématique plus générale du primat du conflit et de la négociation de compromis institutionnalisés.

	Vision AED – théorie agence et théorie des droits de propriété	Vision <i>old institutionalism</i> et Théorie de la Régulation
« Modèle » d'interaction	Figure de l'actionnaire (origine économique)	Structure du Trust (origine juridique)
Corpus théorique	« La firme <u>contractualiste</u> »	« Les fondements juridiques du capitalisme » (JR Commons) Les institutions comme compromis politiques (Théorie Régulation)
Définition de l'objet « dispositif d'épargne salariale »	Lien d'exercice par les salariés de leur rôle d'actionnaire	Lien d'articulation entre rapport salarial et rapport financier
Conception du droit	Asservissement des règles juridiques à une finalité économique. Prééminence de l'économique : le droit comme outil technique réifié de sanction des pratiques	« Traduction » des rapports sociaux conflictuels Prééminence du politique : le droit comme processus social de sélection des pratiques
Qualification de l'écart entre le modèle et l'observation	Dysfonctionnement du réel réaction : réformer les règles juridiques	Insuffisance du modèle réaction : enrichir le modèle par correction inductive

2. Les principaux écarts entre les deux types de modélisation

33 Il s'agit maintenant de comparer ces deux types de modélisation, actionnarial et fiduciaire.

2.1. Quel type de modèle ? Idéaliste (la figure de l'actionnaire) vs. génétique (le trust)

34 L'opposition entre les deux types de modèle se décline en premier lieu sur le terrain du rapport au temps et à l'histoire. Seul, l'Institutionnalisme a fondamentalement une perspective historique : l'analyse donne une priorité à l'étude des conditions historiques d'engendrement de l'objet. Au contraire, l'économie néoclassique exclut l'histoire et « son incertitude radicale », condition nécessaire pour prétendre être un savoir nomologique et formalisé (Lordon, 2008, p. 306).

35 L'AED saisit les relations empiriques contemporaines à partir de l'application d'un schéma général et abstrait produit *ex ante*, conformément à sa méthode déductiviste. Les contours et le fonctionnement de l'objet sont décrits par référence à ce qu'ils devraient être selon un schéma analytique général, *conçu pour d'autres objets*.

- 36 En l'espèce, l'objet « épargne salariée » qui émerge dans les analyses académiques dans les années 1990, est analysé à l'aide du modèle de l'actionnaire, conçu dans les années 1960 pour rendre compte des relations entre investisseurs et dirigeants d'entreprise. L'application de ce modèle au cas particulier considéré, alors qu'il a été construit pour autre chose, est justifiée en raison d'une supposée parenté entre l'actionnaire et le salarié épargnant. Or, cette parenté ne serait fondée que si l'on supposait que la finalité des dispositifs d'épargne salariée est de promouvoir la propriété du capital chez les salariés (Autenne, 2006). Cette orientation du dispositif ferait alors d'eux des actionnaires potentiels.
- 37 Le problème réside dans l'assignation de cette finalité : les salariés n'ont pas revendiqué cette position et ce sont les employeurs qui ont proposé ces dispositifs en guise de forme de rémunération complémentaire et non dans le souci de faire jouer à leurs salariés le rôle d'investisseur averti. Ni dans les stratégies des salariés, ni dans celles des employeurs, le dispositif n'a eu pour fin de promouvoir ce rôle d'investisseur. Il s'agit là d'une reconstruction *a posteriori* du savant.
- 38 Pourtant cette parenté reste posée bien que non démontrée. D'emblée, les salariés bénéficiaires d'un plan d'épargne salariale sont *assimilés* comme relevant de la catégorie savante « actionnaire » proposée par la théorie. En particulier, les autres identités possibles, alternatives ou concomitantes, des salariés sont passées sous silence. L'analyse tente de faire coller le cas empirique à cette figure qui est l'*idéal relationnel dominant* proposé par cette théorie.
- 39 Par contraste, la méthode institutionnaliste « construit » l'objet à partir de ses occurrences historiques spécifiques. Elle peut également conduire à une modélisation, par exemple de type idéaltypique (Weber 1992), structuraliste (la « molécule de protection sociale », Théret 1996), régulationniste (« formes institutionnelles » et « régime », Boyer 1986) ou institutionnaliste (la « formule » au sens de Commons, cf. Théret, 2001). Cette modélisation se distingue de la précédente en ce qu'elle est construite par aller-retour entre l'empirie (sous forme de données statistiques, de données jurisprudentielles qualitatives ou d'enquêtes) et les concepts (Théret, 1997).
- 40 Le recours au droit est complètement différent de celui opéré par l'AED. En s'intéressant aux mécanismes économiques et aux règles juridiques qui ont contribué à l'émergence puis au développement de l'objet, la méthode considère le droit comme un outil de connaissance pour la science économique : le droit permet d'orienter l'enquête, de canaliser l'analyse et d'éviter un inductivisme éclectique nourri exclusivement des multiples occurrences sociales de l'objet. En l'espèce, les principes juridiques du trust fournissent une grille d'analyse pour dépasser la diversité des contrats réels et des arrangements informels passés entre employeurs et salariés. À partir du Trust considéré, de manière positive, comme le dispositif juridique qui organise les relations économiques, la méthode structurale peut définir le Trust comme outil de connaissance, « modèle » pour saisir le fonctionnement des dites relations (cf. encadré).

Encadré 1 : Le droit comme outil de connaissance - le Trust comme modèle structuraliste

Le Trust est un dispositif juridique à trois protagonistes (settlor, bénéficiaire, trustee) et dispose des règles précises pour régir leurs relations mutuelles. Les droits et devoirs juridiques de chacun sont documentés dans les matériaux juridiques du droit des trusts à partir desquels on peut établir une configuration des pouvoirs. Ainsi, le trustee gestionnaire endosse des devoirs de loyauté, de soin et de prudence à l'égard du bénéficiaire. Ce dernier a les droits juridiques correspondants qu'il peut faire valoir en justice. Partant de ces principes très simples, il s'agit d'analyser toutes les dispositions de la loi ERISA (héritière du droit des trusts) qui informent le travail des juges qui ont à traiter d'un litige énonçant une violation des devoirs du trustee.

Le chercheur établit ainsi l'architecture des responsabilités juridiques et construit une « structure » du trust, dont les règles sont les règles juridiques. Cette première étape permet ensuite d'aller étudier la division du travail propre aux fonds salariaux à l'aide de cette affectation première faite par le droit. Le triangle du trust est reproduit dans ces fonds selon trois relations : employeur-salarié, employeur-intermédiaire financier, salarié-intermédiaire financier, la qualité de trustee pouvant être imputée à l'employeur ou à l'intermédiaire financier selon les opérations. La teneur de ces relations économiques dépasse les seules caractéristiques juridiques et dépend des contraintes stratégiques et financières des employeurs, des intérêts multiples des salariés, des stratégies de développement des firmes financières qui sont prestataires. Le fonctionnement de ces fonds s'explique donc par

de nombreux facteurs économiques. Mais le fait d'avoir d'abord « mis à plat » la structure simple du trust, puis l'architecture plus complexe de la loi ERISA permet d'ordonner la compréhension des pratiques des différents types d'acteurs intervenant dans la division du travail financier. Cette utilisation du droit permet de complexifier progressivement le schéma des relations de ces fonds.

Cette structure des actions possibles se déforme au cours du temps en fonction des usages qu'en font les protagonistes, de leurs pouvoirs respectifs, et du changement des règles juridiques. Mais une certaine permanence des principes juridiques permet de conserver une « structure » voire d'anticiper ses évolutions, selon la méthode du structuralisme génétique (Théret, 1996, 1997, 2001, 2003).

- 41 Fonder l'analyse de l'épargne salariale sur la référence au trust présente donc un double avantage. D'une part, elle accroît le réalisme de l'analyse : elle permet de prendre en compte l'évolution historique des arrangements entre employeurs et salariés, repérable grâce aux transformations des règles juridiques du trust. Ce faisant, elle accroît la complexité de l'analyse par rapport à l'approche de l'AED. Mais simultanément, elle réduit cette complexité en « réduisant » les configurations historiques à un schéma unique de compréhension des relations, la *structure* du trust, conformément à la méthode structuraliste.

2.2. Quelles variables ? « Réductionnisme » vs. « pluralisme »

- 42 Les deux approches diffèrent également dans le fait de savoir ce qui doit être pris en compte, ce qui vaut pour l'analyse. L'AED aura tendance à circonscrire le plus possible les critères (paramètres, scénarios) à prendre en compte. L'Institutionnalisme aura tendance à englober un plus grand nombre de motivations (individuelles) ou configurations (organisationnelles, institutionnelles) en se souciant moins de la complexité de la combinatoire qui en résulte.
- 43 Cette divergence est exemplaire dans la manière dont chacune des deux approches traite l'intérêt du salarié, critère majeur pour la question du pouvoir des salariés dans les fonds d'épargne salariale. Le raisonnement de l'AED consiste à imputer à chaque type de protagoniste une fonction d'utilité simple (un seul objectif) qu'il convient de maximiser. Cette unicité d'objectif permet de traiter la rencontre des protagonistes en termes de conciliation ou de conflits d'intérêts. Ainsi, les salariés sont pensés comme cherchant à maximiser leur revenu monétaire immédiat. En position d'actionnaire-salarié, ils chercheront à se faire augmenter d'abord sous forme de salaire, donc au détriment d'autres stratégies d'investissement de l'entreprise. Ceci risque de mettre en péril l'avenir de l'entreprise elle-même et engendre, à tout le moins, un conflit avec les autres types d'actionnaires.
- 44 A. Autenne note l'emploi très sélectif de ce type d'argumentation : cette visée court termiste est toujours imputée aux seuls salariés et jamais aux actionnaires. Les horizons temporels courts des salariés sont dénoncés comme une preuve de rationalité économique faible (imprévoyance, myopie) tandis que ceux des investisseurs financiers sont valorisés au nom de la liquidité du marché. Le modèle actionnarial, même sous ses formes les plus « *pro-labor* » (puisqu'il s'agit d'intégrer les salariés dans le modèle), souffre ainsi d'une asymétrie que la théorie n'impose pourtant pas. L'interprétation péjorative des stratégies d'investissement des salariés tranche avec le traitement complaisant accordé à celles des institutions financières. Ce biais témoigne encore une fois à quel point le modèle de l'actionnaire sert une vision normative du marché financier.
- 45 Le détour par l'histoire jurisprudentielle témoigne que d'autres conceptions de l'intérêt du salarié ont existé. L'analyse de la jurisprudence des fonds de pension montre combien les juges ont interprété la responsabilité fiduciaire des trustees et l'intérêt des bénéficiaires dans un sens beaucoup plus large. Un exemple particulièrement illustratif est celui de la définition de l'intérêt du bénéficiaire lorsqu'une OPA est lancée sur l'entreprise employeur. Avant la loi fédérale ERISA de 1974, les juges admettent que l'intérêt du bénéficiaire est aussi bien constitué par l'optimisation du portefeuille financier du fonds de pension que par la sauvegarde de l'emploi dudit bénéficiaire, qui est aussi et surtout un salarié. En conséquence, face à une OPA hostile qui risque d'engendrer des restructurations drastiques, comme ce fut le cas au

cours des années 1980, il peut être justifié que le fonds de pension de l'entreprise n'apporte pas ses titres à l'OPA dans le but de contrer celle-ci et, par conséquent, de maintenir l'emploi. Cette décision privilégie délibérément l'intérêt à moyen terme du salarié (le maintien de l'emploi) sur l'intérêt financier à court terme de l'actionnaire (la plus value sur les titres). Dans ce raisonnement, la multiplicité des intérêts du salarié est reconnue et il est affirmé que l'un d'eux est prioritaire.

46 Cette conception plurielle des intérêts salariaux a été appliquée concrètement lors des OPA hostiles des années 1980, qui ont suscité une alliance temporaire entre employeurs, salariés et politiciens locaux contre les raiders de Wall Street (Roe 1996). Le réductionnisme opéré par le modèle de l'actionnaire fait donc l'impasse sur cette histoire en repartant d'un point zéro de l'histoire des arrangements entre salariés, employeurs et financiers.

2.3. Quelle portée de généralisation ?

47 Les conséquences de ce réductionnisme pour l'appréhension de l'objet « épargne salariale » sont immédiatement rédhitoires pour la suite de l'analyse. En dépit de sa prétention à la généralisation, voire à l'universalisme, l'AED échoue à capturer, *dans la durée*, la réalité des rapports économiques propres aux dispositifs d'épargne salariale avec le seul modèle de l'actionnaire. Elle est alors contrainte de recourir à la notion de dysfonctionnement.

48 On a vu en effet que l'AED identifie *a priori* les salariés à des actionnaires, mais l'analyse attentive de A. Autenne doit immédiatement revenir sur cette qualification : « Paradoxalement, alors que leur participation à un plan d'actionnariat salarié confère aux salariés un statut d'actionnaire, leur qualité simultanée de 'bénéficiaire d'un plan de pension' fait en sorte qu'ils ne peuvent pas exercer l'ensemble des droits classiquement attachés à ce statut » (Autenne, 2005, p. 129). La formulation laisse ici voir le sens du raisonnement. Pour l'AED, de toute évidence, les salariés sont des actionnaires parce que quelque chose leur confère objectivement ce statut, c'est-à-dire le leur octroie de manière légale. L'AED ne *suppose* donc pas le statut d'actionnaire au sens où elle ferait une hypothèse pour ensuite dérouler une démonstration et éventuellement infirmer l'hypothèse. Elle suppose acquis ce statut au nom de l'application du modèle idéal, le modèle de l'actionnaire, imputé *d'abord* à cet objet empirique. Si la seconde partie de la phrase convient qu'il n'en est rien, ce n'est pas tant pour remettre en cause fondamentalement l'hypothèse¹¹ que pour développer la notion de dysfonctionnement : le statut d'actionnaire dans ces dispositifs ne fonctionne pas correctement. La réalité n'est pas conforme aux attendus du modèle.

49 L'approche néoclassique se refuse à envisager l'hypothèse selon laquelle le modèle de l'actionnaire n'est tout simplement *pas assez général* pour être appliqué à l'épargne salariale.
50 Au contraire, la perspective institutionnaliste va s'intéresser aux conditions historiques dans lesquelles se sont développées ces relations entre employeurs et salariés : pourquoi et comment de tels arrangements sont-ils conclus ? Les droits, obligations et pouvoirs des protagonistes ne vont pas être imputés au nom d'un modèle préétabli et atemporel (les relations d'actionnaires) comme le fait l'AED mais en prenant en compte les différents rôles des protagonistes au sein des fonds de pension : les rôles de salariés et employeurs dans la relation d'emploi ; les rôles de bénéficiaires, *trustees* et *settlers* dans les relations du trust; les rôles d'investisseurs et gestionnaires financiers dans la relation de prestation d'investissement. Cette perspective juridique et historique met en lumière les caractéristiques premières de ces dispositifs : créés à l'initiative des employeurs, dans le cadre de la relation d'emploi, et exclusivement contrôlés par eux, ils organisent juridiquement la passivité des salariés. En retraçant les configurations historiques de cette passivité, cette histoire permet de suivre les fluctuations des pouvoirs entre les protagonistes et de développer ainsi une compréhension de l'objet d'un point de vue proprement *politique*.

51 On constate finalement que, dans le cas d'espèce, la vision AED est beaucoup moins générale que celle de l'institutionnalisme. Le modèle d'actionnaire salarié n'apparaît que récemment

et n'est qu'un épiphénomène du point de vue de la dynamique longue de l'histoire de ces arrangements entre employeurs, salariés et intermédiaires financiers. L'histoire de ces dispositifs montre que le modèle actionnarial est situé dans le temps. En faire la base d'un schéma analytique général, comme le prétend l'approche AED, c'est faire preuve d'une myopie institutionnelle.

52 Au contraire, l'approche par le trust, en recensant l'histoire de ces arrangements, fait émerger un modèle de relations qui conserve une certaine permanence au cours du temps tout en étant capable de rendre compte de la situation contemporaine. Le trust constitue donc un cadre plus complet par rapport au modèle de l'actionnaire¹².

3. Le moment de réintroduction du conflit dans le modèle de l'AED

53 En dépit de ses limites, l'AED a progressivement supplanté les autres supports théoriques utilisés par l'interprétation judiciaire. Il ne s'agit pas ici de faire la sociologie de cette domination,¹³ mais d'étudier dans quels termes, au sein même du champ académique, se produit la prise en compte du conflit.

54 L'analyse d'une controverse académique¹⁴ autour de notre objet empirique va nous conduire à constater combien l'AED est ainsi profondément tributaire de l'actualité économique environnante pour la définition de son cadre théorique. Il ressort en effet que le salarié *doit* être un actionnaire non pas tant parce que le modèle actionnarial le prévoit (au sens d'une forme de performativité de la science économique sur la sphère juridique) que parce que les chercheurs académiques cherchent à intégrer dans le corpus conceptuel juridique la nouvelle contrainte créée par les mutations socio-économiques : le transfert du risque financier sur les seuls salariés. Le travail académique va, de fait, consister à trouver comment intégrer cette transformation dans une nouvelle modélisation (juridique) de la situation¹⁵.

55 La controverse porte sur la nature contractuelle des relations fiduciaires. Elle s'est engagée au cours des années 1990 dans la littérature académique. L'enjeu était d'assimiler le type de situations créées par le trust à un cas particulier de la théorie de l'agence, en prétendant que les relations fiduciaires n'étaient que des relations contractuelles d'un type particulier.

56 Cette dispute ne révèle pas seulement un enjeu intellectuel circonscrit au monde académique ou une lutte concurrentielle au sein du champ des juristes pour imposer une représentation légitime¹⁶. Elle montre l'enjeu politique que la « science » juridique sert lorsqu'elle modifie ses catégories en interaction avec la sphère économique. La dispute prend en effet forme au moment où le fonctionnement des fonds de pension se transforme : à partir des années 1980, les employeurs abandonnent leurs engagements de retraite vis-à-vis de leurs salariés et laissent ceux-ci s'exposer seuls aux risques des marchés financiers. La disparition des garanties tutélaires propres au trust, qui étaient assumées par l'employeur, appelle une compensation sous la forme de garanties d'un autre type, qui viendraient remplacer les sécurités antérieures¹⁷. Le contrat est un candidat idéal.

57 Ce qui nous amène à penser que le contrat peut être considéré comme la « solution » technique c'est la concomitance de la controverse juridique et de la transformation économique. Le contrat possède les « bonnes » caractéristiques pour se substituer au trust, *compte tenu* du nouveau type de relations entre salariés, employeurs et intermédiaires financiers. Prétendre qu'il était déjà dans le trust, à l'état latent, comme le font certains juristes, présente l'avantage d'une apparente continuité. Pour l'introniser comme principal régulateur des relations au sein des fonds de pension, il est stratégiquement fructueux de définir ces relations comme étant, par essence, *déjà* des relations contractuelles.

58 Mais, d'un point de vue politique, c'est aussi nier la rupture conceptuelle qu'il faudrait faire pour passer de la protection traditionnelle du bénéficiaire d'un trust à la protection financière de l'investisseur averti (pour une analyse de cette rupture cf. Stabile 2002). L'antériorité du

contrat dans le trust, si elle était admise, contribuerait à forger une interprétation qui minimise les conséquences pour les salariés de cette transformation de leur protection.

59 Le débat sur la qualification contractuelle de la relation fiduciaire joue donc un rôle dans le processus d'évolution libérale de l'épargne salariée. Replacée dans son contexte économique et historique, cette controverse, en apparence très pointue, est un outil de transformation de la réalité socio-économique : elle contribue à rendre acceptable un changement (socio-économique) dans la configuration de la prise des risques en proposant une *lecture* des concepts juridiques qui « naturalise » la nouvelle situation socio-économique.

60 Reprenons les termes du débat. La thèse contractualiste tente d'abolir la distinction entre trust et contrat en définissant des équivalents fonctionnels entre les deux domaines (Langbein, 1995). La relation fiduciaire serait une relation contractuelle caractérisée par des coûts de spécification et de surveillance inhabituellement élevés compte tenu de l'incomplétude du contrat entre le mandant et le mandataire (Easterbrook & Fischel, 1993). Le devoir de loyauté imposé à l'agent par le droit des trusts remplacerait alors les termes contractuels précis impossibles à formuler au moment du contrat. Ce devoir de loyauté ne serait finalement qu'une des formes prises par le devoir de bonne foi, développé par le droit contractuel à partir du milieu du XX^e siècle. Il aurait pour objet d'approcher les termes qu'auraient négociés les parties si elles avaient pu prévoir les circonstances.

61 Les tenants de la spécificité de la relation fiduciaire plaident, au contraire, pour l'irréductibilité de cette relation au contrat. Les fondements moraux des devoirs fiduciaires constitueraient un élément de différenciation essentiel par rapport au contrat qui ne reconnaît pas ces notions. Mais c'est surtout la pratique judiciaire qui permet de distinguer les deux domaines, fiduciaire et contractuel. Les tenants de la thèse contractualiste reconnaissent d'ailleurs l'importance spéciale de l'intervention judiciaire dans le processus fiduciaire : ce sont les cours de justice qui doivent donner chair aux principes en prescrivant les actions que les parties auraient effectuées en l'absence de coûts de transaction (Easterbrook & Fischel). Le dictionnaire Palgrave confirme que la spécificité de la relation fiduciaire réside dans une pratique judiciaire différente : les tribunaux interviennent beaucoup plus pour définir les devoirs des parties qu'ils ne le feraient dans le strict cadre de la *contract law* (Frankel, 1998).

62 Il existe un autre élément qui empêche d'assimiler relation fiduciaire et relation contractuelle : la définition même du contrat. Celui-ci présente la double caractéristique d'être le produit d'un consensus (accord entre les parties contractantes) qui lui-même suppose l'autonomie des parties contractantes (Langbein, 1995). Le problème est que, dans le trust, le bénéficiaire ne dispose d'aucune autonomie (puisque'il est mis sous tutelle) et qu'il n'a pu établir aucun consensus avec les autres parties, *trustee* ou *settlor*. Le bénéficiaire se trouve dans une position singulière : il ne témoigne d'aucune volonté, n'est pas partie au contrat, mais dispose pourtant du pouvoir de faire exécuter l'arrangement. Or, le contrat, classiquement, ne prévoit pas d'octroyer un tel pouvoir à un tiers. Il est donc incapable de rendre compte de la présence du bénéficiaire dans le trust, à la fois sans volonté autonome mais dotée d'un pouvoir d'exécution¹⁸.

63 L'issue de la dispute n'est pas tranchée et la controverse continuera d'être nourrie par les juristes. Au-delà des termes précis dans lesquelles elle se déploie, on a voulu montrer son rôle dans la transformation économique des fonds de pension. L'enjeu est bien de définir le salarié comme un actionnaire et c'est le contrat qui va lui donner ce statut. C'est ainsi le préparer à devoir assumer la prise de risque propre à n'importe quel investisseur financier. La qualification contractuelle permet ainsi de modifier le statut du salarié, qui, de bénéficiaire sous tutelle d'un trust, devient, par la grâce du contrat, investisseur informé et responsable.

64 Cette controverse constitue un des moments au cours duquel le champ juridique académique reformule ses catégories de pensée *en lien avec* l'évolution des rapports de pouvoir dans le monde économique. En réinterprétant ces catégories, la controverse produit un déplacement

du sens et ceci quelle qu'en soit l'issue : le simple fait d'avoir formulé une question et d'avoir réussi à la mettre à l'agenda des discussions du collectif académique est un point de départ à partir duquel les juges pourront progressivement altérer leurs interprétations jurisprudentielles et finalement contribuer au déplacement des rapports de pouvoir économiques.

4. L'Enquête historique au cœur du modèle institutionnaliste

65 La non-neutralité axiologique de l'AED se donne à voir dans ces moments de construction sociale des principes théoriques. Par contraste, les concepts institutionnalistes sont, quant à eux, toujours forgés par une lecture de l'histoire et une saisie des rapports de pouvoir. Il s'agit ici de voir en quoi la méthode discipline cette saisie pour en faire un produit scientifique, le mot « méthode » étant entendu au sens de restitution d'une pratique de recherche elle-même constitutive d'un habitus institutionnaliste¹⁹.

4.1. Un niveau intermédiaire d'abstraction : comportements économiques stylisés et standards juridiques

66 La démarche de type institutionnaliste s'attache à repérer les objets institutionnels pertinents pour l'analyse. La *Théorie de la régulation* s'est en particulier interrogée sur le niveau intermédiaire d'abstraction nécessaire pour décrire les phénomènes en conservant un certain réalisme des observations empiriques tout en conceptualisant les transformations historiques.

67 L'attention qu'elle porte aux travaux menés dans les autres disciplines, histoire et sociologie, lui suggère de définir des unités (de temps ou de lieu) intermédiaires (entre l'économie nationale et l'agent individuel), des notions intermédiaires (entre champ et acteurs). Il s'agirait pour l'économiste de s'appuyer sur les travaux des autres sciences sociales dont « [l']objectif de clôture et d'intégration autour d'un objet intermédiaire » permet de constituer des ensembles qui pourraient être utilisés comme base de la formalisation (Boyer, 1989).

68 Confronté aux problèmes posés par la comparaison internationale, B Théret a proposé de s'inspirer des théories de *middle range*. La *Théorie de la régulation* « s'attache à la construction de catégories théoriques permettant de saisir à la fois ce qui est comparable et ce qui est incomparable entre différentes périodes historiques et différents espaces politico-économiques », et peut, grâce à la méthode du structuralisme génétique, produire des concepts intermédiaires qui injectent une dimension déductive au cœur de la démarche historico-comparative (Théret, 1997).

69 On peut également rapprocher cette notion de niveau intermédiaire d'abstraction de celle développée par Passeron (1991): la modélisation ainsi opérée relève du « raisonnement sociologique » en ce qu'elle engendre des concepts socio-historiques de « moyenne portée », qui restent toujours *attachés à l'objet empirique et à la méthodologie qui les ont fait naître*.

70 Typiquement, le recours au trust permet de « réduire » la diversité des situations de l'épargne salariée au fonctionnement *général* du trust. C'est là un exemple de ce travail à un niveau intermédiaire d'abstraction. Mais, pour aboutir, il nécessite de « traiter » des informations empiriques. Ainsi, en deçà des règles générales du trust, la passivité des salariés a été examinée à l'aune des qualifications judiciaires présentes dans la jurisprudence²⁰ et des normes d'évaluation financière adoptées par les gestionnaires des fonds d'épargne salariée (L'évolution des pratiques a été retracée à partir de différentes enquêtes américaines, cf. Montagne, 2006). Il s'est ensuite agi de « remonter » en abstraction les cas particuliers tirés des arrêts jurisprudentiels et des interviews, et de « descendre » en abstraction les principes de la doctrine du droit des trusts et de la théorie financière.

71 Les objets ainsi manipulés, normes d'investissement et standards juridiques, sont de niveau intermédiaire. Ils ne se situent pas au niveau abstrait des concepts véhiculés par la théorie

financière ou par la doctrine juridique. Ils ne se situent pas non plus au niveau sociographique ou ethnographique car ils ont été « généralisés » sous forme de « comportements stylisés » économiques et de « standards » juridiques

72 Dans le cas d'espèce considéré, c'est l'histoire de l'objet qui va nous permettre de délimiter *quels* sont les comportements stylisés et les standards *pertinents* qu'il convient d'étudier pour travailler la problématique de la passivité des salariés dans les fonds d'épargne salariale.

73 La solution à cette problématique a consisté, dans le cadre néoclassique, à souhaiter donner aux salariés les *mêmes* droits que ceux accordés aux actionnaires. Dans la mesure où le modèle du Trust a pour *hypothèse constitutive* la spécificité de son bénéficiaire par rapport à un actionnaire, la solution logique consiste non pas à essayer de *singer* les capacités de l'actionnaire mais à poser la question de la *singularité* du pouvoir salarial. Comment imaginer une forme concrète de ce pouvoir ? L'histoire des fonds d'épargne suggère une piste. Les expériences d'investissement des années 1950 et 1960 montrent que la pluralité des intérêts salariés y était reconnue. Ce pouvoir singulier des salariés-bénéficiaires doit donc consister dans la *capacité à définir leur propre norme d'investissement*. La problématique de la passivité des salariés se précise donc, dans le cadre institutionnaliste, *au vu de l'histoire du dispositif* : c'est l'autonomie normative en matière d'investissement financier qui doit être étudiée.

74 Il s'agit alors d'étudier les comportements stylisés d'investissement et les standards juridiques qui traitent de la décision d'investissement. Les lectures actionnariale et fiduciaire diffèrent largement à ce sujet. Au vu du seul texte législatif ERISA, on ne peut certes pas parler d'une *absence* d'autonomie des salariés dans ces fonds, au sens d'une *privation* de liberté de choix individuel puisque ce texte leur confère des options pour agir individuellement. La lecture actionnariale peut donc se satisfaire du contenu du texte. En revanche, l'analyse institutionnaliste s'intéresse au fait que la *capacité* collective à mener des investissements favorables aux salariés a été réduite après ERISA. Si on analyse en effet la transformation des conditions d'exercice de ce choix d'investissement (Montagne, 2006), on est frappé par le contraste entre le contexte idéologique, social et juridique des années 1950-60 et le contemporain. Comme on l'a vu précédemment avec le cas des OPA dans les années 1980, les interprétations judiciaires sont passées d'une conception plurielle du « bon » investissement à une conception strictement financière, unique, élaborée par l'Académie, mise en œuvre par les gestionnaires financiers spécialisés et sanctionnée par la loi et les tribunaux (Montagne, 2005).

4.2. Observer les déplacements

75 On peut maintenant reprendre cette lecture politique de l'évolution de la passivité salariale avec les outils de niveau intermédiaire, comportements stylisés et standards juridiques. Dans la sphère économique, les années 1970-80 voient changer les principes d'investissement des fonds de pension, sous l'effet des transformations du marché financier (changements dans l'organisation interne et sectorielle des firmes, « professionnalisation », nouvelle rationalité savante avec la théorie financière, innovations en matière de produits financiers). Dans la sphère juridique, le standard de prudence d'investissement passe d'une conception fondée sur la figure de l'homme prudent (qui gère en bon père de famille la fortune d'autrui comme il le ferait avec ses propres biens) à celle du professionnel prudent (*prudent expert*) (intermédiaire financier qui gère selon les pratiques d'une « communauté financière » formée à la rationalité savante de la théorie financière). Ce passage s'opère par une réinterprétation radicale et volontariste du standard juridique prévalant antérieurement (Montagne, 2005, 2006).

76 Le rapprochement de ces deux registres d'analyse, économique et juridique, permet alors de définir « l'investisseur prudent » comme une forme idéaltypique de l'investisseur de fonds de pension qui prend successivement la forme de l'homme prudent puis du professionnel prudent. Celui-ci est « réduit » à un comportement d'investissement stylisé qui a été construit par l'analyse à partir des transformations (économiques) des normes d'investissement et des modifications (juridiques) du standard de prudence.

- 77 On notera que la corrélation entre les transformations économiques et juridiques est ici saisie *en dynamique*, au fil de l'histoire d'un dispositif particulier. La démarche historique est essentielle car elle seule permet de repérer les éléments de ce niveau intermédiaire d'abstraction que l'on va pouvoir apparier. Ce sont les *déplacements* des catégories juridiques dans le temps, comparés aux *transformations* des pratiques économiques, qui permettent d'identifier la norme d'investissement prudent comme *variable pertinente* pour rendre compte de la passivité des salariés, non pas à un niveau doctrinal mais au niveau stylisé.
- 78 C'est l'étude du différentiel des pouvoirs au cours du temps qui donne un contenu à la notion de pouvoir salarial et non l'idéalisation obtenue à partir du modèle atemporel de l'actionnaire.
- 79 On pourrait donc résumer la méthode en disant qu'elle doit mener une double analyse, diachronique et synchronique, sur une double enquête, celle des catégories juridiques et celle des usages économiques.

Conclusion

- 80 En suivant pas à pas l'application des deux méthodes au même objet, on a pu mettre en évidence les écarts produits sur la définition de l'objet, sur le diagnostic émis quant à l'efficacité des règles de droit, sur la place du conflit dans l'analyse.
- 81 Selon une perspective normative, la démarche inspirée de l'AED poursuit un objectif politique : celui de la réduction de l'identité salariale à celle d'actionnaire, par extension des pratiques des marchés financiers à la sphère de l'épargne salariée. Lorsqu'elle rencontre une contradiction par rapport à cet objectif, elle conclut au dysfonctionnement de la sphère de l'épargne salariée. Cette lecture académique s'inscrit dans une dynamique sociale dans laquelle le gouvernement, les universitaires et les juges retravaillent les catégories juridiques au moyen de la législation, l'élaboration doctrinale, la jurisprudence.
- 82 Selon une perspective explicative d'enquête historique et juridique, la démarche inspirée de l'institutionnaliste reconnaît les différences de fonctionnement de l'épargne salariale par rapport aux autres types de gestion financière mais les rapportent à ses origines institutionnelles. Elle constate qu'une convergence partielle est provoquée par les instances politiques à partir des années 1970 avec la loi ERISA et ses interprétations ultérieures. Cette situation que l'AED qualifie de dysfonctionnement est également problématique pour l'institutionnalisme mais pour des raisons inverses : au vu de l'histoire, ce n'est pas la difficulté des salariés à être des actionnaires qui doit être expliquée ; c'est leur difficulté à définir leurs propres normes d'investissement, en opposition à celles des autres acteurs financiers, qui doit être examinée.
- 83 La démarche de type néoclassique est donc « localement » déductive au sens où l'application de la théorie au cas d'espèce s'opère de manière déductive sans remontée inductive (la contradiction avec les faits observés ne remet pas en cause le modèle lui-même ou ses hypothèses). Chaque chercheur individuel développe sa recherche sur le mode d'une relative autonomie par rapport au contexte politique, selon une posture qui le conduit à saisir d'emblée abstraitement les objets. En particulier, il est amené à considérer les règles juridiques dans la perspective de leur adéquation à une finalité économique instrumentale, sans avoir à en percevoir l'éventuelle adéquation politique.
- 84 En revanche, le travail collectif de conception du cadre théorique, qui passe notamment par les controverses académiques, est pénétré d'un projet politique, en l'espèce celui d'aligner l'identité salariale sur l'identité actionnariale. Cette démarche qui vise à intégrer sous une « forme » cohérente avec le corpus conceptuel (juridique et économique) les mutations socio-économiques est donc éminemment inductive. Mais cette induction n'est pas déployée dans le raisonnement local, mené sur un cas particulier. Elle est dispersée sur différentes scènes, administratives, académiques et judiciaires et passe ainsi par le détour de la construction sociale de la théorie. La prise en compte du politique est ainsi manifeste à ce niveau mais peut rester à l'état d'impensé au niveau individuel.

- 85 Une telle division du travail, qui circonscrit autant le travail au niveau individuel, constitue sans doute un atout pour la réussite institutionnelle de l'analyse économique du droit. Elle a permis à certains agents, équipés avec la théorie économique néoclassique, de prendre le pas sur d'autres, au sein du champ juridique académique. Ce phénomène peut être comparé au rôle joué par les mathématiques dans l'établissement d'un champ de l'économie néoclassique : dans un espace académique devenu très concurrentiel, les mathématiques ont servi d'instruments pour mesurer les performances des modèles et ont ainsi permis d'établir des classements des chercheurs, renforçant ainsi la compétition (Dezalay 1998). « Le succès des mathématiques serait ainsi indissociable de la compétition exacerbée sur laquelle repose l'essor de cette discipline » (id. p. 8). De façon similaire, l'absence de prise en compte du conflit dans l'analyse économique du droit, au niveau individuel, est une condition pour fabriquer des produits de recherche aisément comparables donc susceptibles de classement. Selon Ian Macneil (2000, p. 714), la méthode de l'analyse économique du droit (*theoretical law and economics*) possède un avantage décisif sur la recherche sur la jurisprudence (*case-law research*) : elle peut être menée beaucoup plus rapidement et avec un effort moindre et permet d'écrire plus d'articles, critère d'évaluation des universitaires dans les *law schools*.
- 86 Le présent exercice, qui a consisté à confronter « en situation » deux grilles d'analyse, n'autorise pas de généralisation à propos des théories elles-mêmes. Utilisé en tant que contre-exemple, ce cas particulier permet cependant d'identifier des propriétés très différentes de celles établies au niveau des comparaisons conceptuelles. Ainsi, la dimension politique de la méthode néoclassique appliquée au droit apparaît *a contrario* de sa revendication d'autonomie par rapport au contexte. La méthode institutionnaliste témoigne, quant à elle, d'une capacité de généralisation *du fait même* de sa dépendance au contexte.

Bibliographie

- Amable B., Palombarini S., 2005, *L'économie politique n'est pas une science morale*, Raisons d'agir.
- Amable B., Boyer R, Lordon F., 1995, « L'ad hoc en économie : la paille et la poutre », dans A. d'Autumne, J. Cartelier (Eds), *L'économie devient-elle une science dure ?* Economica, Paris, pp. 267-290.
- Autenne A., 2005, *Analyse économique du droit de l'actionnariat salarié. Apports et limites des approches contractualiste, néo-institutionnaliste et comparativiste de la gouvernance d'entreprise*, Bruylant.
- Autenne A., 2006, "The Governance of Esops in United States: Limits of and Alternatives to the Patrimonial Model", *The Journal of Corporate Law Studies*, 6, p.467-490.
- Bazzoli L., 1999, *L'économie politique de John R. Commons, Essai sur l'institutionnalisme en sciences sociales*, L'Harmattan.
- Bazzoli L., Kirat Th., 1997, "Deux regards non hayekiens sur l'efficacité et la sélection des règles juridiques: l'économie institutionnaliste et l'analyse économique du droit", *Archives de philosophie du droit*, Tome 42 , pp . 257-283.
- Bazzoli L., Kirat Th., 1999, « La relation entre le droit et l'économie dans les traditions institutionnaliste et post-coasienne : enjeux pour l'analyse de l'évolution », *Economies et Sociétés*, HS N°5, pp .69-90
- Bazzoli L., Kirat Th., 2003, « À propos du réalisme en économie des institutions et ses implications sur l'analyse des fondements juridiques des transactions économiques : Commons versus Williamson », *Economie Appliquée*, tome LVI – 3, pp .171-209.
- Berle & Means , 1991 [1934], *The Modern Corporation and Private Property*, Transaction Publishers.
- Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), 2000, *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics* , Cheltenham, Edward Elgar.
- Bourdieu P., Chamboredon JC., Passeron JC, 1973, *Le métier de sociologue*, Mouton Editeur.
- Bourdieu P., 2001, *Science de la science et réflexivité*, Paris, Editions Raisons d'agir.

- Boyer R., 1986, *La théorie de la régulation, une analyse critique*, Agalma La Découverte.
- Boyer R., 1989, « Economie et Histoire : Vers de nouvelles alliances », *Annales ESC*, n°6, Novembre-Décembre, pp. 1397-1426.
- Boyer R., 1999, « Le politique à l'ère de la mondialisation et de la finance : le point sur quelques recherches régulationnistes », *L'Année de la Régulation* n°3, p.13-75, Paris, La découverte, pp.13-75.
- Chavance B., 2007, *L'économie institutionnelle*, Repères La Découverte.
- Commons JR., 1990 [1934], *Institutional Economics, its Place in Political Economy*, Transaction Publishers, New Brunswick.
- Commons JR., 1995 [1924], *Legal foundations of capitalism*, Macmillan Company.
- Deakin S., 2006, « Les conventions du marché du travail et l'évolution du droit » in Eymard Duvernay, Favereau, Orléan, Salais (dir.) *L'économie des conventions, méthodes et résultats*, La découverte, pp. 231-247.
- Dezalay Y., Garth B., 1998, « Le *Washington Consensus*. Contribution à une sociologie de l'hégémonie du néolibéralisme », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 121, pp. 3-22.
- Easterbrook F. H., Fischel D. R., 1993 : « Contract and fiduciary duty ». *Journal of Law and Economics*, volume XXXVI, April.
- Frankel T., 1998 : « Fiduciary Duties » in P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Law and Economics*, Macmillan. Londres.
- Grise J.B., 2002, « Les deux faces de l'argumentation, l'inférence et la déduction », in M. de Fornel, JC Passeron, *L'argumentation, preuve et persuasion*, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, pp. 13-27.
- Hansmann H. , Mattei U., 1998 : « The Functions of Trust Law : a Comparative Legal and Economic Analysis », *New York University Law Review*, Vol. 73, pp. 667-479.
- Kirat T., 1999 : *Economie du droit*, La Découverte, Repères.
- Langbein JH., 1995 : « The Contractarian Basis of the Law of Trusts », *The Yale Law Journal*, Vol.105, pp. 625-675.
- Lordon F., 2008, « Qu'est-ce qu'une économie politique hétérodoxe ? » in F. Lordon (dir.) *Conflits et pouvoirs dans les institutions du capitalisme*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Gouvernances, p.302-339.
- MacKaay E., 2000, « Schools : General » in Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), 2000, *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 402-415
- Macneil I.R., 2000, "Other sociological Approaches" in Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), 2000, *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 694-718
- Mattei U., 2005, "The Rise and Fall of Law and Economics: An Essay for Judge Guido Calabresi", *Maryland Law Review*.
- Medema, Mercurio, Samuels, 2000, "Institutional Law and Economics" in Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), 2000, *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, p. 418-454.
- Montagne S., 2003, *Les métamorphoses du Trust, les fonds de pension américains entre protection et spéculation*, Thèse de doctorat en sciences économiques, Université ParisX-Nanterre, soutenue le 3 décembre 2003.
- Montagne S., 2005, « Pouvoir financier contre pouvoir salarial dans les fonds de pension : contribution du droit à la légitimité financière », *Annales HSS*, n° 6, pp ; 1299-1325.
- Montagne S., 2006, *Les fonds de pension entre protection sociale et spéculation financière*, Odile Jacob.
- Montagne S., 2008, « Le trust, fondement juridique du capitalisme patrimonial », in F. Lordon (dir.) *Conflits et pouvoirs dans les institutions du capitalisme*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, pp. 221-250.

- Palombarini S., 2001, *La rupture du compromis social italien. Un essai de macro-économie politique*, CNRS Editions
- Passeron JC., 2006 [1991], *Le raisonnement sociologique*, Editions Albin Michel.
- Passeron JC., 1995, « Weber et Pareto : la rencontre de la rationalité dans l'analyse sociologique » in Gérard-Varet et Passeron (dir.), *Le modèle et l'enquête : les usages du principe de rationalité dans les sciences sociales*, Paris, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, pp. 37-137.
- Roe M., 1996, *Strong Managers, Weak Owners. The Political Roots of American Corporate Finance*, Princeton University Press.
- Stabile S., 2002, "Freedom to Choose Unwisely: Congress' Misguided Decision to leave 401(k) Plan Participants to their own devices", *Cornell Journal of Law and Public Policy* 11(2), pp. 361-402.
- Serverin E., 2004, "Qualifier l'accident dans la jurisprudence du XIXe siècle en France", Conférence au Collège de France, 9 février 2004.
- Théret B., 1996, « De la comparabilité des systèmes nationaux de protection sociale dans les sociétés salariales : essai d'analyse structurale », in *Comparer les systèmes de protection sociale en Europe*, Rencontres de Berlin, volume 2, Mire, Paris, pp. 439-503.
- Théret B., 1997, « Méthodologie des comparaisons internationales, approches de l'effet sociétal et de la régulation : fondements pour une lecture structuraliste des systèmes nationaux de protection sociale », *L'Année de la Régulation*, Vol. 1, La Découverte, Paris, pp. 163-228.
- Théret B., 2000, « Institutions et Institutionnalismes. Vers une convergence des conceptions de l'institution ? », in M. Tallard, B. Théret, D. Uri (eds), *Innovations institutionnelles et territoires*, Paris L'Harmattan, pp. 25-68.
- Théret B., 2001, « Saisir les faits économiques : une lecture structuraliste génétique de la méthode Commons », *Cahiers d'économie Politique* 40-41, Lectures de John R. Commons, pp. 79-137.
- Théret B., 2003, « Institutionnalismes et Structuralismes : oppositions, substitutions ou affinités électives ? », *Cahiers d'économie politique*, n° 44 *Qu'a-t-on appris sur les institutions?*, L'Harmattan, pp. 51-78.
- Vauchez A., 2001, « Entre droit et sciences sociales. Retour sur l'histoire du mouvement *Law and Society* », *Genèses* 45, p. 134-149.
- Weber M., 1992 [1918], *Essai sur la théorie de la science*, Plon Agora.

Notes

- 1 Je remercie pour leurs commentaires sur une version précédente de ce texte : Thierry Kirat, Paul Lagneau-Ymonet, Pierre André Mangolte, Bruno Théret ainsi que les rapporteurs anonymes.
- 2 Le vocable « institutionnalisme » fait ici référence à l' *old institutionalism* et pas au nouvel institutionnalisme ou au néo-institutionnalisme que l'on considère comme intégrés au paradigme néo-classique. Pour une telle posture cf. Théret, 2000, Chavance 2007.
- 3 Cette évaluation des théories à partir « de leur mise en œuvre pour déterminer ce qu'elles font aux objets et les objets qu'elles font » doit s'ajouter à l'évaluation en termes d'efficacité et de rigueur formelle (Bourdieu, Chamboredon, Passeron, 1973, p. 24) Je suis ces auteurs dans leur application d'une épistémologie bachelardienne qui ambitionne de « restituer la vérité de la pratique scientifique en associant intimement les « valeurs de cohérence » et la « fidélité au réel » » (p. 92) selon la formule de Bachelard : « c'est donc bien à la croisée des chemins que doit se tenir l'épistémologue, entre le réalisme et le rationalisme (Bachelard, cité p. 92).
- 4 Pour de telles comparaisons, voir les travaux de Bazzoli & Kirat, 1997, 1999, 2003, Kirat 1999 ainsi que Bouckaert, Boudewijn, De Geest, Gerrit, 2000.
- 5 Au sens de Passeron 1995
- 6 Pour une discussion du caractère *ad hoc* de la théorie néoclassique elle-même voir Amable, Boyer, Lordon, 1995
- 7 L'objectif de contribuer à une réforme sociale du capitalisme est présent, au moins à certains moments de leur carrière, aussi bien chez JR Commons que chez les juristes réalistes tels que Pound, même si

Commons par exemple reste très prudent sur le rôle de l'expert académique dans les transformations sociales (cf. Bazzoli, 1999, p. 171).

8 On peut remarquer que cette notion de dysfonctionnement est au dispositif juridique ce que la notion de défaillance est au marché.

9 ERISA (*Employee Retirement Income Security Act*) est la loi fédérale qui s'applique aux fonds de pension et aux plans d'épargne salariale des entreprises privées.

10 La *Law and economics* institutionnaliste met moins l'accent sur la pluralité des intérêts différenciés représentés que sur la pluralité des objectifs de maximisation et par conséquent sur la non unicité de l'efficacité. Sans précision de la distribution de richesse visée, la notion d'efficacité est vide (Medema, Mercurio, Samuels, 2000, p. 441). Vouloir déterminer une solution efficace impose au préalable un choix normatif quant aux intérêts qui seront pris en compte.

11 Ce statut de l'hypothèse comme postulat provient du fait que, dans une *démonstration*, les prémisses « sont reçues comme des axiomes ou acceptées en guise d'hypothèses » alors qu'elles « sont reçues comme des faits dans une *argumentation* ». « Ce qui signifie qu'à leur tour, elles devront éventuellement être argumentées » (Grise, 2002 p. 15)

12 On remarquera que la pertinence d'une explication par le trust est non seulement valable pour l'objet étudié, l'épargne salariale, mais également pour les relations actionnaires-dirigeants puisque l'histoire juridique confirme que ces dernières sont d'abord des relations fiduciaires qui ont été progressivement spécifiées au cours du XIXe siècle (Berle et Means, 1934).

13 Cette domination théorique a été construite par des actes politiques. La loi ERISA a d'abord imposé les concepts de théorie financière et la figure de l'actionnaire dans les fonds de pension. Le Ministère du Travail, chargé de faire appliquer la loi, a ensuite produit des interprétations destinées à éclairer les juges et a lui-même contribué à créer une jurisprudence. Enfin, les juges eux-mêmes ont progressivement adopté cette conception. De façon plus générale, l'analyse néo-classique du droit a bénéficié, dans les universités, du soutien financier de fondations *pro-market*, dans les années 1960 (Macneil 2000). Elle est devenue la principale référence universitaire des décisions judiciaires du fait de la nomination, dans les cours et agences fédérales, d'universitaires issus de ce courant, lors des administrations Reagan et Bush (Vauchez, 2001).

14 La mise en scène de controverses est un moyen stratégique pour imposer la représentation légitime au sein du champ académique cf. Dezalay, 1998.

15 Cette recherche de la « bonne forme » est tout autant un travail d'élaboration cognitive des catégories qu'un travail de négociation entre les parties. « Le travail de construction des catégories s'effectue au sein de ce véritable laboratoire d'essais que constitue la jurisprudence des cours suprêmes [...]. Au fil des arrêts, les différentes catégories juridiques sont « testées » avant que soit trouvée « la bonne forme » qui constituera un compromis acceptable pour toutes les parties » (Serverin 2004).

16 Une approche en terme de sociologie des champs (Bourdieu 2001) permettrait de positionner les leaders de la controverse et de comprendre ce qui les fait s'opposer sur cette question. De ce point de vue, il est utile de mentionner que Easterbrook, l'un des auteurs majeurs qui nie la spécificité des relations fiduciaires, est l'un des disciples de Posner, passé par l'Université de Chicago, base de la *Law & Economics* néoclassique. Juge à la cour d'appel du 7e circuit, il recourt plus systématiquement et plus précisément que la plupart des juges aux notions de théorie financière dans ses argumentaires judiciaires. Particulièrement acharné à défendre l'idée du marché autorégulateur, il s'est opposé, début 2009, à Posner lui-même en refusant le principe d'un contrôle judiciaire sur les rémunérations des intermédiaires financiers.

17 Le fait que la disparition des garanties anciennes soit explicitement constituée en « problème » par les juristes mériterait d'être étudié. De même, le fait qu'ils aient conscience de l'intérêt stratégique du contrat comme substitut au trust. Toutefois, pour qu'un changement juridique se produise, il n'est pas nécessaire que les juristes construisent consciemment une réponse au besoin de la sphère économique. Comme cité précédemment, le droit ne traduit pas « point par point » (Deakin, 2006) les préoccupations de la sphère économique.

18 Toutefois, ce raisonnement ne serait valable qu'en droit anglais car en droit américain, il existe un type de contrat conférant le pouvoir d'exécution à un tiers (Hansmann, Mattei, 1998) : il s'agit du contrat prévoyant une tierce partie bénéficiaire (*third party beneficiary rule*).

19 Bourdieu réfute l'idée que le principe des pratiques scientifiques soit « une conscience connaissant agissant conformément aux normes explicites de la logique et de la méthode expérimentale » (2004, p.78) et que le chercheur agisse « conformément à une méthode [...], par un acte psychologique d'adhésion consciente » (p. 83). L'activité scientifique relève plutôt du « métier », « c'est-à-dire un sens pratique des

problèmes à traiter, des manières adaptées de les traiter » (p.78), « en se laissant porter par un sens du jeu scientifique » (p.83), selon « un système de dispositions génératrices, pour une grande part inconscientes [...] (p. 85). Le chercheur institutionnaliste ne peut qu'adhérer à une telle analyse dans la mesure où il n'existe pas *une* méthode institutionnaliste qui lui proposerait la « bonne » procédure de recherche.

20 Ce travail a consisté dans une analyse de la jurisprudence de ERISA (Employee Retirement Income Security Act) de 1980 à 2000. L'échantillon d'arrêts étudiés a été constitué à partir des arrêts des cours d'appel fédérales et de la Cour Suprême. Sur une centaine de cas recensés, vingt-sept ont été extraits car ils traitent de la question de la décision d'investissement. Voir (Montagne 2003) pour le détail de cette analyse.

Pour citer cet article

Référence électronique

Sabine Montagne, « Analyse économique du Droit versus Institutionnalisme. Une comparaison « en situation » », *Revue de la régulation* [En ligne], n°5 | 1er semestre 2009, mis en ligne le 11 juin 2009. URL : <http://regulation.revues.org/index7574.html>

À propos de l'auteur

Sabine Montagne

CNRS- IRISSO, Dauphine

e-mail : sabine.montagne AT dauphine.fr

Droits d'auteur

© Tous droits réservés

Résumé / Abstract

Cet article propose de comparer deux lectures d'économie du droit portant sur un même objet empirique, l'épargne salariée états-unienne, mais menées respectivement dans le cadre de la Law & Economics néoclassique et dans le cadre de la Théorie de la régulation. Ces deux approches divergent quant à leur prise en compte du politique entendu au sens de la dimension conflictuelle des rapport sociaux. L'approche néoclassique permet de faire l'économie d'un traitement explicite du politique au niveau individuel du cas particulier. L'*habitus* institutionnaliste produit au contraire une construction d'emblée politique de son objet d'analyse. Cette comparaison « en situation » met en évidence une meilleure capacité de généralisation de la démarche institutionnaliste du fait même de sa dépendance au politique.

Mots clés : Théorie de la régulation, pouvoir, épargne salariale, fonds de pension, institutionnalisme, Law and Economics, conflit, analyse économique du droit

Economic Analysis of Law versus Institutionnalism. A “in situation” comparison

This paper compares two approaches of law economics concerning the same empirical object - the United States employees savings schemes – on one hand within the framework of mainstream Law and Economics and on the other within the framework of the Theory of the Regulation. These two approaches diverge as regards the way the take into account of politics, understood as conflicting social relationships. Mainstream approach allows avoiding an explicit treatment of politics at the individual level of the particular case. On the contrary, institutionalist *habitus* produces a political construction of its object of analysis. This "in

situation" comparison shows a better capacity of generalization of institutionalist method because of its very dependence in politics.

Keywords : employees savings schemes, conflict, economic analysis of law, Institutionalism, Law and Economics, pension funds, power, Regulation Theory

ndla : Code JEL : A12, B52, K19, K39, G23