



Synthèse

Analyse économique du droit et théories du droit : perspectives méthodologiques

Responsables du projet

**Bruno DEFFAINS (EconomiX-CNRS, Université de Paris Ouest – La Défense
Samuel FERREY (Beta-CNRS, UDS Nancy-Université)**

Janvier 2010

Université Nancy 2 Faculté de droit, Sciences économiques et Gestion)

Le présent document constitue la synthèse du rapport scientifique d'une recherche financée par le GIP Mission de recherche Droit & Justice. Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

L'analyse économique du droit est désormais traversée par un véritable pluralisme théorique et méthodologique. Cette variété ne tient pas uniquement à la diversité des objets juridiques étudiés – des régimes de responsabilité au droit pénal en passant par le droit du travail ou le droit des faillites – mais par une variété d'hypothèses, de modèles et de représentations économiques de la règle de droit (Deffains et Langlais (eds.), 2009).

Ainsi, derrière cet éclatement, se cachent en réalité des articulations alternatives, et à tous égards opposées, entre théorie économique et théorie du droit. C'est là où ce pluralisme devient bien plus qu'une curiosité épistémologique mais ouvre sur des questions méthodologiques fondamentales : quelle est la représentation implicite que les théories économiques se font du droit et, plus fondamentalement, ces représentations ont-elles un sens du point de vue de la théorie du droit ?

Conformément à la Convention de recherche n°27.10.10.12 en date du 10 octobre 2007, l'objet de cette recherche est de tenter de fournir une grille d'interprétation de l'économie du droit contemporaine mais d'un point de vue non pas purement théorique ou empirique mais méthodologique. Notre objectif est donc d'emblée interdisciplinaire et vise à faire dialoguer théorie du droit et analyse économique.

Pour ce faire, nous nous sommes appuyés sur une triple méthode. D'abord, nous avons effectué une typologie raisonnée des courants principaux en économie du droit. L'expertise de l'équipe du projet de recherche en économie du droit a permis d'identifier quatre écoles principales en économie du droit : l'école autrichienne, l'économie comportementale, l'économie des contrats et l'école de Chicago. Ensuite, chacun de ces courants a été analysé à travers l'œuvre d'un ou deux auteurs représentatifs présentant une œuvre d'économiste et de juriste à savoir Hayek, Posner, Sunstein et Tirole/Hart. Enfin, sur chaque corpus, notre perspective a d'abord été une critique interne, une reconstruction de la manière dont cet auteur envisageait lui-même les rapports entre théorie économique et théorie du droit.

Cette méthode permet alors de construire deux hypothèses de travail que nous avons fait fonctionner sur les corpus étudiés. La première consiste à montrer que l'on peut lire la naissance et le développement de l'économie du droit contemporaine comme le fruit d'une double révolution intellectuelle, historiquement datée et située : la révolution cognitive en économie et la révolution herméneutique en droit. Notre but est alors de montrer que ces deux ordres de considérations sont amenés à dialoguer entre eux en les étudiant d'un point de vue historique, théorique et méthodologique. Tout l'enjeu de notre recherche est de montrer que,

loin d'être le fruit du hasard, le positionnement des différents courants en *Law and Economics* obéit à une logique profonde : les hypothèses faites sur l'information et leur traitement en économie (signal, information parfaite ou non, capacités cognitives des agents, anticipations) trouvent leur contrepartie dans une certaine représentation de l'interprétation juridique. On dispose alors d'une grille de lecture extrêmement féconde puisqu'elle permet de décrire, d'un point de vue critique, les positions qui s'affrontent dans le champ de l'économie du droit et également de servir de clef pour préciser les apports et les limites de chaque corpus en économie et en droit.

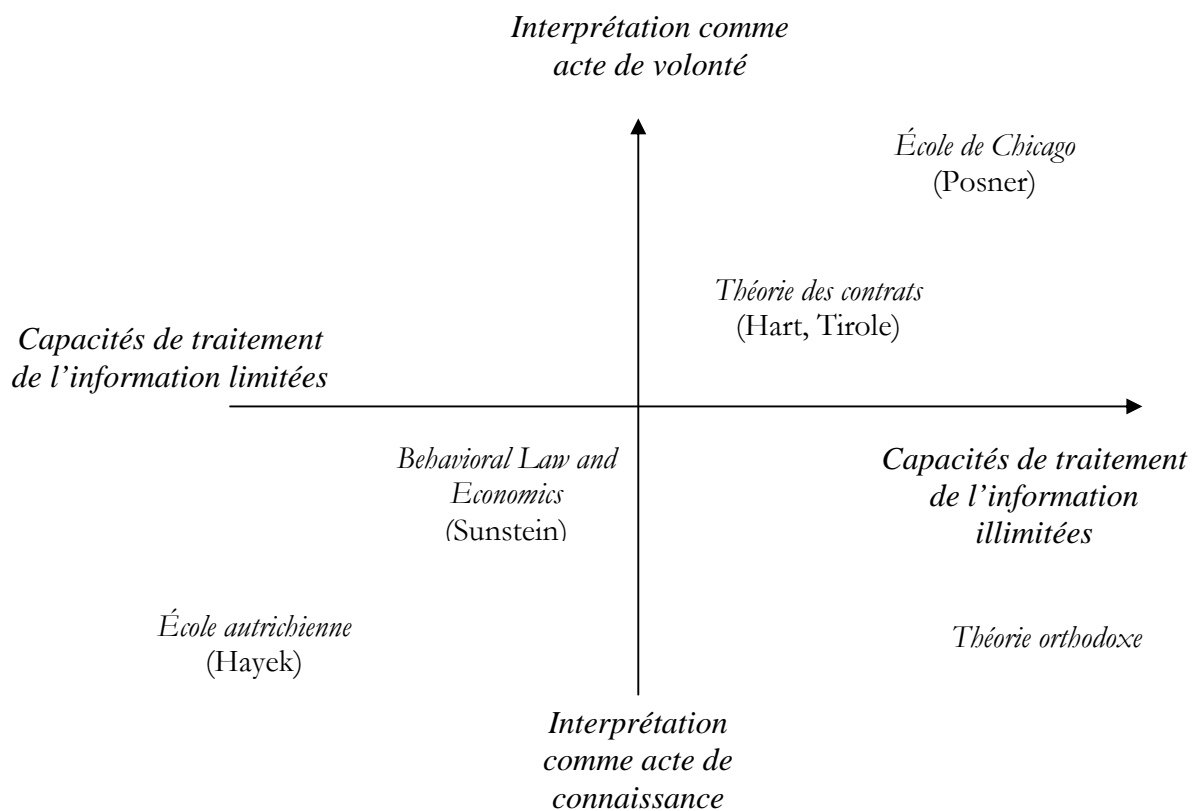
Les critères de notre typologie sont doubles. Le premier de ces critères de classification est de s'intéresser aux représentations des courants d'économie du droit du point de vue du droit, et plus précisément bien entendu, du point de vue de l'interprétation juridique. Conformément à la révolution réaliste, les théories de l'interprétation juridique peuvent, selon nous, être classées sur un axe connaissance/volonté. En effet, tous les auteurs en économie du droit reconnaissent que l'interprétation n'est jamais évidente et qu'elles présentent toujours un aspect de décision. Mais, ils n'insistent pas tous avec la même force sur les contraintes qui pèsent sur la volonté de l'interprète. Ainsi, sur l'axe 1, l'interprétation comme connaissance/l'interprétation comme volonté, on retrouve différentes positions qui vont de l'interprétation conçue comme un pur acte de connaissance à l'interprétation conçue comme un acte de pure volonté.

Le second des critères de classement est économique et porte sur les capacités de traitement de l'information des individus. Plus précisément, on peut là encore distinguer en économie du droit les courants qui mettent l'accent sur l'information parfaite des agents et sur leurs capacités illimitées à traiter l'information disponible au mieux de leurs intérêts : l'école de Chicago adopte par exemple une telle représentation. Mais parallèlement, on trouve également des courants qui remettent en cause plus ou moins partiellement cette hypothèse. Ainsi, au sein du courant des asymétries d'information, les agents ne disposent pas de toute l'information sociale pertinente pour prendre leur décision. De même, en économie du droit comportementale, la rationalité individuelle est conçue comme une rationalité limitée : les informations pertinentes ne sont pas toutes disponibles et, surtout, leur traitement par l'agent peut procéder non pas simplement par une délibération rationnelle mais également par d'autres procédés cognitifs (Kahneman et Tversky, 1982 ; Kahneman et Frederick, 2002 ; Sunstein, 2000). Ceci constituera notre second axe de classement.

Notre hypothèse est que les choix analytiques et méthodologiques sur ces deux points interprétation/information ne sont pas le fruit du hasard mais sont deux entrées d'une même

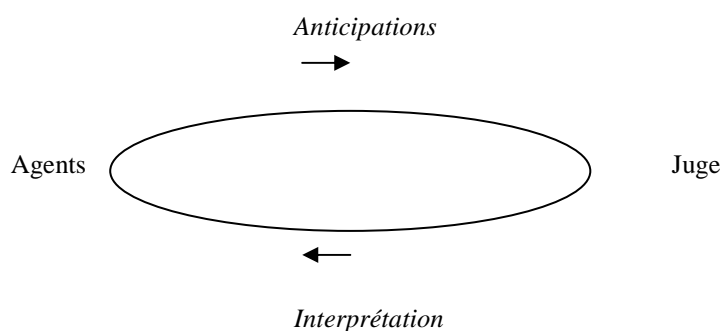
question, celle de la capacité informationnelle des règles de droit et des processus par lesquels elles dessinent un cadre informationnel dans lequel agissent les individus. Ce qui est en jeu, c'est la capacité des agents à extraire des informations déterminées sur le fondement des règles juridiques quant à leur droits, leurs obligations, leurs capacités d'agir, les décisions des autres *etc.* Or, cette information dépend bien évidemment de la manière dont les agents peuvent anticiper les décisions des juges, donc de leur manière d'interpréter les règles de droit.

Le cœur de notre typologie porte donc sur la capacité informationnelle des règles qu'elles soient considérées du point de vue de l'économiste ou du juriste. Dit autrement, on doit s'attendre à ce qu'il existe un lien entre la représentation que l'on se fait de l'information en économie et celle de l'interprétation en droit. C'est cette hypothèse que nous avons fait fonctionner sur les différents corpus choisis. Avant de préciser pour chaque courant comment s'articulent droit et économie autour de ce couple information/interprétation, nous présentons tout d'abord la carte générale du pluralisme contemporain en économie du droit. On peut dessiner une typologie de ce pluralisme de la manière suivante :



Cette typologie révèle alors comment s'articulent les rapports entre comportements économiques des agents d'une part et comportements interprétatifs des juges d'autre part. Ceci est le cas car, pour l'économie du droit, le comportement des acteurs économiques, les justiciables, dépend de ce qu'ils anticipent sur le comportement du juge tout comme le comportement du juge dépend de ce qu'il anticipe du comportement probable des acteurs.

On est donc face, en économie du droit, à une figure bien connue de l'économie : une boucle rétroaction. De la même manière que, pour la théorie microéconomique standard d'analyse du marché, les agents contribuent à faire émerger le prix d'équilibre sur le marché et que le marché détermine ces comportements, il nous semble que l'on a une figure symétrique en économie du droit. C'est le cas car le bouclage traditionnel des modèles économiques, à savoir le marché, est absent. Au contraire, les relations entre acteurs se font par le biais de dispositifs institutionnels non-marchands, juridiques. Pour autant, l'exigence de bouclage des modèles restent intacte autour de ce que nous proposons d'appeler, à titre liminaire, un équilibre interprétatif. En effet, chacune des théories fournit les conditions sous lesquelles cette co-détermination du droit par les acteurs et par les autorités habilitées à interpréter les normes s'effectue. Nous proposons de qualifier ces boucles de rétroaction sous le terme d'équilibre interprétatif. Le sens final d'une norme sera alors le résultat de cette co-détermination.



Selon les théories, ce sont des modalités alternatives de rétroaction qui sont mises en avant. Ainsi, chez Hayek, on montre que la boucle de rétroaction – souvent décrite par Hayek sous le terme d'ordre spontané – s'appuie sur une représentation de l'information comme opaque, décentralisée et difficile à synthétiser. Dès lors, les acteurs doivent, pour guider leurs actions, utiliser des règles de conduite et notamment des règles de droit. Ces règles leur

permettent de coordonner leur plan. Cependant, la condition pour que les règles de droit jouent efficacement leur rôle est que les agents interprètent de la même manière le sens des normes de droit. Dès lors, on comprend que Hayek doive défendre une théorie de l'interprétation comme un acte de connaissance, seule garante d'une coordination efficace. L'étude de la théorie du juge hayékienne confirme cette caractéristique.

Chez Posner, les choses s'inversent termes à termes. Hériter du réalisme américain, Posner défend une théorie de l'interprétation juridique comme acte de volonté. S'éloignant le plus souvent de la lettre des textes ou des précédents, le juge est considéré comme un acteur cherchant à maximiser le bien-être social. Dès lors, les acteurs ne peuvent se coordonner grâce au droit que s'ils sont considérés comme ayant une capacité forte à anticiper les décisions judiciaires. On montre que Posner utilise implicitement une hypothèse d'anticipation rationnelle. Ainsi, les agents économiques peuvent connaître le sens des règles car il utilise la théorie posnérienne comme théorie de l'interprétation. Le bouclage des modèles s'opèrent donc par le biais des anticipations rationnelles des acteurs.

On analyse ensuite deux cas intermédiaires, l'économie comportementale et la théorie des contrats. Pour le premier corpus, les acteurs sont représentés comme ayant une rationalité limitée. La pure décision rationnelle laisse alors place à d'autres mécanismes cognitifs pour prendre des décisions telles que des heuristiques. Intermédiaire du point de vue de ses hypothèses sur la rationalité, cette théorie développe alors une théorie, elle aussi intermédiaire, du juge. Reprenant l'héritage réaliste, Sunstein considère bien l'interprétation juridique comme possédant une dimension discrétionnaire, mais limitée par des éléments contraignant de connaissance. Dès lors, le bouclage des modèles se fait par la conceptualisation de jugements mi-rationnels/mi-heuristiques qui possèdent, selon les cas et les contextes, des caractères efficaces ou inefficaces. Enfin, pour la théorie des contrats, on montre que le pouvoir du juge d'interpréter les contrats constitue l'épine dorsale de l'analyse. C'est parce que le juge possède un caractère discrétionnaire que les acteurs signent des contrats complexes cherchant à préciser leurs obligations respectives.

A l'issue de cette analyse et de cette typologie, le rapport montre alors toute la fécondité d'une analyse à double entrée interprétation/information. Les termes utilisés par les théoriciens du droit et les économistes sont certes différents mais ils renvoient en réalité au même phénomène, à savoir les capacités informationnelles des règles de droit pour les acteurs économiques.