DEFFAINS Bruno et FEREY Samuel, *Agir et juger. Comment les économistes pensent le droit*, Paris : Panthéon-Assas, 2010, 123 p.

Compte rendu par Lionel ZEVOUNOU (Centre de théorie et analyse du droit [CTAD], Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense).

C'est sur le syncrétisme méthodologique évoqué à propos de l'essai de Kornhauser que se penche l'ouvrage de Bruno Deffains et Samuel Ferey[1]. Là encore, les auteurs ne sont pas inconnus. Ils travaillent activement à établir depuis quelques années des liens méthodologiques entre analyse économique et théorie du droit. À terme, ce programme se donne pour ambition de démontrer que l'économie du droit constitue une composante à part entière du champ de la théorie du droit et qu'elle prend au sérieux les problématiques des juristes ainsi que des acteurs du droit. Contrairement à Kornhauser, Deffains et Ferey admettent explicitement l'éclatement de l'économie du droit. Le corollaire de cette observation est qu'il est en pratique difficile d'assimiler d'un point de vue méthodologique les différents courants qui composent l'économie du droit. Les auteurs ne tiennent pas cependant à rester sur une telle aporie. Ils veulent aller plus loin ; c'est pourquoi ils choisissent d'interroger la « représentation implicite que les théories économiques se font du droit » : « ces représentations ont-elles un sens du point de vue de la théorie du droit ? » (p. 7) La démarche proposée consiste dès lors à exposer les thèses d'auteurs représentatifs des principaux courants de l'économie du droit à partir d'une « reconstruction rationnelle » (p. 9).

L'objectif est clair, il s'agit à travers cette démarche de proposer une articulation valide entre droit et économie. Cinq principaux auteurs sont analysés : Hayek, Posner, Sunstein, Tirole et Hart[2]. Chacun d'eux est censé être représentatif d'écoles de pensée différentes : l'Ecole autrichienne pour le premier, l'Ecole de Chicago pour le second, l'économie du droit comportementale et de la théorie des contrats pour les derniers. Le point d'ancrage choisi par les auteurs est celui du couple information/interprétation. Comme l'indiquent les auteurs : « 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 » (p. 19). À partir de cette typologie, les auteurs proposent un classement des différents courants d'économie du droit retenus. Dans une première partie, les auteurs apportent une justification à la typologie qu'ils proposent. Un premier chapitre traite du tournant informationnel en économie ; un second du tournant herméneutique en théorie du droit.

Il est bien connu depuis les années 1970 que l'analyse économique se penche sur le problème de l'asymétrie informationnelle. Dans l'idée de coller le plus possible à la réalité, Hayek, Keynes, Coase, Simon et d'autres se tournent vers un modèle d'acteur rationnel qui dispose d'une information imparfaite. C'est précisément cette imperfection qui explique l'apparition des institutions. Différentes approches en ont

1 Kornhauser Lewis, L'analyse économique du droit. Fondements juridiques de l'analyse économique du droit, Paris : Michel Houdiard, coll. « Les sens du droit », 2011, 199.p, in, *Droit et Société* n°78/2011, p.525-528.

2. Comme le précisent les auteurs, il s'agit de l'économiste Oliver Hart et non du juriste H.L.A Hart.

résulté. La première étudie la répartition de l'asymétrie informationnelle entre les agents. Tel est le cas du modèle Principal/Agent développé par la théorie des contrats. La seconde approche traite des « processus de décisions en situation d'incertitude » (p. 34). La troisième approche – à la différence des deux autres – postule de manière générale un modèle de rationalité imparfaite. On peut lire en ce sens (p. 35) : « Au modèle de la maximisation de l'utilité espérée, il faut préférer des modélisations alternatives qui prennent en compte les erreurs que peuvent faire les agents. Le modèle de *prospect* de Kahneman et Tversky est un exemple d'une modélisation alternative. » Dès lors, les réflexions sur l'information limitée débouchent nécessairement sur l'interprétation des règles. Ainsi, l'anticipation rationnelle conduit à une réflexion sur l'incohérence temporelle des règles. Ces dernières ne sont pas immuables et c'est pourquoi elles sont soumises à une activité d'interprétation. Le problème de l'information s'en trouve de fait déplacé de la règle vers le pouvoir discrétionnaire des interprètes.

Cette préoccupation rejoint à bien des égards nombre de débats contemporains en théorie du droit. Il s'agit principalement de la contestation par le « réalisme » – entendu dans un sens très large – d'un modèle d'interprétation considéré comme « formaliste ». Deffains et Ferey qualifient cette remise en cause de « tournant herméneutique » ou de « crise de l'interprétation » (p. 47-48). De là, les auteurs en viennent plus précisément au réalisme dans sa version développée par M. Troper. En effet, cet auteur pose que la validité d'une norme s'entend comme la signification objective d'un acte de volonté. Deux conséquences en résultent : (1) aucune norme ne préexiste à la signification qu'en donne l'interprète ; (2) ce dernier dispose d'un pouvoir discrétionnaire. De là, les auteurs déduisent que « toute réflexion sur l'interprétation peut être vue comme ayant des conséquences sur l'information des acteurs, car interpréter une règle c'est en extraire une information particulière, celle-là même qui est cruciale pour pouvoir agir » (p. 51) [3].

La seconde partie est consacrée aux représentations du droit développées respectivement par Hayek et Posner. Il s'agirait, si l'on se réfère à la typologie de départ information/interprétation, de deux cas opposés. En effet, tandis qu'Hayek adopte une représentation de la règle qui repose sur un modèle d'interprétation-connaissance, Posner développe une approche davantage « réaliste ». Dans le but de trouver une cohérence entre le réalisme posnérien et la théorie économique, Deffains et Ferey proposent de compléter le réalisme de Posner par l'hypothèse d'anticipation rationnelle (p. 78-81).

Laissant de côté les cas « polaires » abordés dans la seconde partie, la troisième partie met l'accent sur les cas « intermédiaires » (économie comportementale de Sunstein et théorie des contrats incomplets). Sunstein adopte un modèle de rationalité limitée composé d'heuristique (de représentativité, d'ancrage et de disponibilité, p. 91-94). Les auteurs qualifient sa posture « d'interprétation-connaissance *imparfaite* » (p. 97). La théorie des contrats est quant à elle analysée par la suite. En mettant l'accent sur le rôle du juge, la controverse entre la théorie des contrats complets

3. Indiquons toutefois que, pour les réalistes de tradition analytique, les énoncés sont interprétés afin d'en extraire des règles, le terme « règle » étant synonyme ici de celui de « norme ».

et celle des contrats incomplets repose une nouvelle fois sur la dialectique information/interprétation. La théorie des contrats incomplets s'interroge en effet sur le degré d'information du juge. « Ce dernier est moins parfait que dans la théorie posnérienne fondée sur la maximisation du bien-être. La décision du juge dans la théorie des contrats incomplets risque donc d'être plus arbitraire et c'est précisément contre cet arbitraire que les agents cherchent à se protéger par du design contractuel » (p. 110). En conclusion, les auteurs estiment que la typologie information/interprétation permettrait de redonner une cohérence au projet de l'économie du droit. L'opposition méthodologique entre analyse économique et théorie du droit se doit par conséquent d'être relativisée.

D'une grande clarté, cet ouvrage, fort accessible pour un juriste, informe sur les différents courants qui composent aujourd'hui l'économie du droit. Plus encore, il expose avec élégance et rigueur les différents présupposés méthodologiques de ces courants. La thèse proposée est du reste fort séduisante. Elle cherche en effet à établir des ponts entre analyse économique et théorie du droit à partir des concepts « d'interprétation » et « d'asymétrie d'information ». Par ce biais, les auteurs relancent avec succès une piste féconde de recherche en économie du droit dont le programme paraît bien immobile depuis quelques années. Pour autant, la thèse avancée n'est pas à l'abri de critiques. On pourrait croire qu'il s'agit en effet d'un ouvrage d'épistémologie. Or il n'en est rien ; les auteurs cherchent en fait à redonner une cohérence programmatique à l'économie du droit. Cette recherche de cohérence est sous-jacente à l'ensemble du propos. Ainsi l'exposé des différents courants mentionnés doit-il se comprendre à partir du critère proposé par les auteurs (information/interprétation) et non le contraire.

Cette démarche a ses revers. La recherche de cohérence pousse parfois les auteurs à déformer sensiblement certaines des théories qu'ils exposent. Par exemple, la « crise de l'interprétation » à laquelle ils se réfèrent est largement sujette à caution. La « crise » ne signifie nullement une crise des modes d'interprétation : les juges ne sont pas à court d'ingéniosité pour justifier leurs décisions. La « crise » ne signifie pas non plus sur le plan méthodologique l'absence de modèles permettant de comprendre et d'expliquer ce que font les interprètes. L'emploi du terme « crise » ne se justifie que si l'on présuppose – comme le font les auteurs – que le pouvoir discrétionnaire dont bénéficient les juges relève de « l'arbitraire ». N'est-ce pas la preuve d'un attachement à une représentation d'un système reposant, à l'instar du modèle d'équilibre, sur la complétude, comme si le pouvoir laissé à l'interprète relevait de l'ordre du « pathos » ?

Par ailleurs, l'emploi de certains concepts reste flou. Lorsque les auteurs mentionnent le « réalisme », ils ne prennent pas soin d'indiquer au préalable à quel courant ils se réfèrent. Cette ambiguïté rejaillit sur la validité de leur hypothèse de départ. En ce sens, il apparaît difficile de mettre sur le même plan le « réalisme » – parfois modéré – de Posner [4] et celui développé par M. Troper. Et l'on peut même dire qu'on ne voit pas très bien l'opposition entre Posner et Hayek dans la mesure où

4. Cette interprétation semble, en effet, s'imposer à la lecture d'un des derniers ouvrages de Richard A. POSNER, *How Judges Think*, Cambridge (Mass.), Londres : Harvard University Press, 2008.

ce dernier estime aussi que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire [5]. De même, le « réalisme modéré » dans lequel est rangé Sunstein est contestable à plus d'un titre. Sur ce point, les auteurs n'apportent pas de manière convaincante la preuve de leur affirmation. Sans doute est-ce la raison pour laquelle la posture de Sunstein est assimilée à une « interprétation-connaissance *imparfaite* ». On avouera ne pas avoir bien saisi la signification d'une telle expression. À l'évidence, les concepts de base (information/interprétation) sur lesquels repose la démonstration des auteurs mériteraient plus ample clarification. Ce travail analytique indispensable constituerait sans nul doute une piste de réflexion féconde sur les rapports entre analyse économique et théorie du droit.

5. Jean-Philippe FELDMAN, « Scholies sur l'interprétation du droit selon Hayek », *Droits*, 33, 2001, p. 181-191.