

1

HISTOIRE ET MÉTHODOLOGIE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT CONTEMPORAINE

Samuel FERÉY

1.1	De l'école de Chicago au pluralisme contemporain	12
1.2	Le droit sous le signe de l'économie : Becker et Coase	15
1.3	L'économie du droit positive	20
1.4	L'économie du droit normative	28

1.1 DE L'ÉCOLE DE CHICAGO AU PLURALISME CONTEMPORAIN

« Pour l'étude rationnelle du droit, l'homme de lettres est peut-être l'homme du présent, mais l'homme du futur est le statisticien et l'économiste. [...] tout juriste doit chercher à comprendre la science économique ».

Oliver W. HOLMES Jr., *The Path of Law*, 1897.

À l'échelle de l'histoire de la discipline économique, le développement du programme de recherche d'économie du droit est relativement récent. Non pas que le droit n'intéressât pas l'économiste – que l'on pense à Smith enseignant la jurisprudence ou à l'articulation entre équilibre et droits de propriété chez Walras – mais l'approfondissement de la discipline, dans sa forme standard en tout cas, passait davantage par l'exclusion de ce qui apparaissait extérieur au cœur des phénomènes économiques que par son inclusion.

Pourtant, il est désormais impossible d'étudier les phénomènes économiques dans des sociétés hautement complexes et différenciées sans prendre en compte le contexte institutionnel et juridique dans lesquels ils se développent. Ces nouvelles préoccupations des économistes sont largement dues aux renouvellements théoriques et empiriques qui ont vu le jour depuis une trentaine d'années.

Les années 1960 marquent de ce point de vue un tournant. La théorie économique se tourne vers des disciplines connexes (les sciences politiques, la sociologie, la théorie morale, le droit, l'histoire) et y cherche des nouveaux objets d'étude qui ne relevaient pas, de manière immédiate du moins, de l'économie¹. Perspective parfois présentée comme « impérialiste », ce mouvement de fond de la théorie économique a beaucoup contribué à sa fécondité en enrichissant l'analyse des phénomènes économiques par une prise en compte plus systématique des environnements informationnels, historiques, culturels et institutionnels dans lesquels les agents économiques prennent leur décision.

C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre la naissance et le développement de l'économie du droit. Portée initialement par des économistes et des juristes qui gravitaient autour de l'école de Chicago, elle s'est progressivement ouverte à d'autres méthodes, a diversifié ses approches et ses concepts et dépasse désormais très largement la seule école de Chicago.

D'un point de vue strictement factuel, la naissance de l'analyse économique du droit remonte au début des années 1960². Elle naît d'abord d'un contexte intellectuel d'après-guerre favorable aux réflexions sur l'importance des institutions politiques et juridiques dans le fonctionnement des économies³. Elle naît surtout de la conjugaison de deux

1. Citons par exemple les travaux de Becker (Prix Nobel, 1992) sur l'économie de la discrimination, sur l'économie de la famille ou encore sur l'économie du crime, de Buchanan (Prix Nobel, 1986) sur l'économie du politique ou encore de Fogel et de North (Prix Nobel, 1993) sur la nouvelle histoire économique.
2. Bien entendu, nous ne parlons que de l'approche contemporaine en économie du droit. En effet, il existe entre les deux guerres un courant *Law and Economics* porté des auteurs institutionnalistes comme Commons.
3. C'est initialement au sein de l'Université de Chicago et sous l'influence de A. Director que se développe l'économie du droit. En 1958, est créé le *Journal of Law and Economics*, des cours interdisciplinaires de droit et d'économie sont organisés et les recherches à la frontières de l'économie et des sciences politiques et juridiques comme celles de Hayek ou de Buchanan sont encouragées.

projets de recherche initialement distincts : l'application de la théorie de la décision rationnelle aux comportements non économiques de Becker et l'analyse des coûts de transaction de Coase. Limitée pendant les années 1960 à des recherches exploratoires sur des objets juridiques précis comme les régimes de propriété (Alchian et Demsetz, 1973) ou le droit pénal (Becker, 1968, in Febrero et Schwartz, 1995), l'analyse économique du droit prend réellement son essor dans les années 1970 sous l'influence de deux juristes, Guido Calabresi et Richard A. Posner. Elle le fait en généralisant l'approche coasienne et beckerienne à de multiples situations juridiques : droit de la responsabilité civile (Posner, 1973 ; Calabresi, 1970 ; Brown, 1973), droit des contrats, procédures et conflits juridiques, droit du travail (Posner, 1973), etc. Ces années sont aussi celles de la création d'un nouvel organe, le *Journal of Legal Studies*, du développement de formations spécifiques en *Law and Economics* à l'intention d'étudiants ou de professionnels du droit (Kitch, 1983 ; Ellickson, 1989).

À partir des années 1980, l'économie du droit se dégage cependant de l'influence principale qu'exerçait l'école de Chicago. À mesure que ses objets d'étude évoluent, ses outils et ses questionnements se diversifient. Située à la croisée de l'économie et des sciences juridiques, il est assez normal que l'évolution de l'analyse économique du droit reflète également les évolutions de fond qui traversent alors ces deux disciplines. Pour en rester au cadre de la théorie standard, on compte désormais une économie du droit inspirée de la théorie des jeux et de l'économie expérimentale, une économie du droit comportementale (*Behavioral Law and Economics*) mettant en avant les effets de la rationalité limitée, une économie du droit néo-institutionnelle et plus inspirée par la théorie des contrats et des asymétries d'information.

Ainsi, si l'économie du droit s'est d'abord présentée comme une application des outils économiques (théorie des prix, coûts de transaction, économétrie, théorie des jeux) à des situations juridiques, les années récentes ont également vu les questionnements de l'économie du droit essaimer vers la théorie économique. Le meilleur exemple de ces échanges croisés est sûrement le thème de la convergence des systèmes juridiques et de leur efficacité relative : l'efficacité comparée des systèmes juridiques est ainsi l'une des lignes de force des travaux macroéconomiques pour expliquer les performances relatives des différents pays en termes de croissance, d'emploi et de répartition : politique chez Barro (Barro, 2000), juridique et réglementaire chez Shleifer, Lopez, Vishny et le programme *Doing Business*.

Mais si l'économie du droit a pu ainsi devenir en moins de trente ans un champ à part entière de l'analyse économique, c'est aussi parce que les sciences juridiques de leur côté ont été, notamment aux États-Unis, un terreau favorable aux recherches interdisciplinaires. L'originalité du programme de recherche en droit et économie réside incontestablement dans sa double appartenance disciplinaire. D'une part, en direction du droit, il s'agit d'éclairer le raisonnement juridique par des considérations économiques. Cet éclairage peut prendre plusieurs formes : évaluation de l'efficacité des incitations fournies par les règles de droit sur le comportement des acteurs, conséquences des dispositifs juridiques sur le bien-être collectif et plus généralement sur les performances des économies ou encore mise en évidence des arbitrages qui travaillent de l'intérieur l'institution judiciaire.

D'autre part, en direction de l'économie, il s'agit de préciser l'importance de l'environnement institutionnel sur les performances économiques en termes d'allocation des ressources. L'*homo oeconomicus* n'agit pas dans un vide institutionnel mais au contraire au

sein d'un environnement juridique et réglementaire hautement complexe. Comprendre comment cet environnement de règles juridiques encadre l'action des agents, pénètre les organisations et participe à la coordination est alors central.

Autrement dit, c'est autour de l'analyse de la nature de la règle de droit et des fonctions qu'elle joue dans une économie complexe que s'organise l'ensemble des travaux en économie du droit. Synthétiquement, on peut résumer ce programme de recherche en trois grands axes théoriques et empiriques : d'abord, la dialectique règles/comportement rationnel, ensuite, la place des règles de droit dans la coordination et enfin, le fonctionnement du système juridique.

1.1.1 *La dialectique règles/comportements*

Premièrement, l'économie du droit réinterroge, au sein de la théorie économique standard, la dialectique entre rationalité individuelle et normes juridiques. Il s'agit de conceptualiser en économie comment les agents se saisissent des règles de droit pour en faire le support de leur comportement. Conformément au modèle de l'individualisme méthodologique, cette dialectique est comprise en évitant deux visions polaires des rapports entre action individuelle et normes.

D'une part, l'économie du droit s'oppose à une vision parfaitement mécaniste et déterministe de l'application d'une règle par un agent. La seule existence d'une obligation juridique de faire ou de ne pas faire quelque chose ne saurait entraîner son application immédiate par l'agent. Conformément à l'hypothèse de rationalité, l'application de la règle par l'agent est médiatisée par un processus de calcul rationnel visant à maximiser l'utilité individuelle étant données ses préférences, ses contraintes économiques et les contraintes juridiques de l'environnement dans lequel il agit. Ces processus de calcul peuvent d'ailleurs être envisagés comme plus ou moins parfaits selon les champs de recherche.

D'autre part, la norme n'est pas uniquement modélisée comme une contrainte – un prix exogène implicite. Certes, cette conception est importante mais elle ne doit pas cacher que de plus en plus de travaux cherchent à enrichir cette représentation initiale. Vecteurs d'information, les normes de droit contribuent à dessiner l'environnement informationnel dans lequel sont plongés les agents.

1.1.2 *Droit et coordination*

Deuxièmement, l'économie du droit place au centre de ses analyses le rôle du droit comme modalité de coordination des actions individuelles. En effet, la plupart des relations économiques entre les agents sont médiatisées par des normes : soit des normes imposées par la sphère juridique – une règle de responsabilité par exemple –, soit des normes délibérément consenties – comme un contrat entre deux agents. Pour l'économiste, comme pour le juriste, les normes ont un caractère ambigu : elles sont à la fois facteur de stabilité et de conflit. D'une part, elles favorisent la coordination en encadrant les comportements individuels, en limitant l'opportunisme des agents et en stabilisant leur environnement informationnel. C'est le cas, par exemple, des règles de droit qui encadrent les comportements des

acteurs au sein des organisations et de la relation de travail. D'autre part, elles sont aussi sources de conflits car elles sont toujours susceptibles d'interprétations divergentes. Les conflits sur les niveaux de précaution ou encore sur la répartition des risques entre cocontractants qui font face à une contingence imprévue l'illustrent assez bien. Ces conflits appellent alors à être tranchés par une autorité habilitée et reconnue comme légitime. On comprend que, en prenant au sérieux la complexité de la nature de la norme de droit, l'économie du droit soit amenée à s'interroger plus précisément sur la manière dont l'institution judiciaire résout effectivement ces conflits.

1.1.3 Ouvrir la « boîte noire » du droit

Troisièmement, l'économie du droit a vocation à analyser la « boîte noire » du droit. Les normes ne tombent pas du ciel, fût-il un Léviathan omnipotent, mais sont au contraire le fruit d'un long travail d'application et d'interprétation par des autorités habilitées – les juges ou les autorités juridictionnelles en général – qui leur donnent leur forme stabilisée. Ceci implique de se doter d'outils, de concepts et de méthodes capables d'analyser le travail jurisprudentiel et les mécanismes de création, d'application et de modification des règles de droit. Une partie de la littérature sur les litiges et sur le « *judge made law* » est consacrée à cette question.

De ce point de vue, selon les approches, les mécanismes de création et de respect des normes sont analysés différemment. Certains insistent sur le côté « offre » du droit et dévoluent donc au juge le rôle central dans la création des normes. Dans ce cadre, les comportements des juges sont analysés à travers leur permanence et leur variabilité.

D'autres analyses insistent plutôt sur le côté « demande » et identifient dans les justiciables et leurs stratégies les forces réelles d'évolution du droit. Le juge est alors davantage une chambre d'enregistrement de modifications des règles qu'une force motrice (Rubin, 1977). Enfin, on peut également concevoir l'émergence des normes comme un jeu complexe entre les différentes institutions à la manière de la théorie des contraintes juridiques (Deffains et Ferey, 2007).

Le message central de l'économie du droit est ici de lutter contre une vision caricaturale du droit comme un ensemble de normes édictées par le politique, qui ne nécessiteraient aucune médiation dans leur interprétation ou dans leur application. On reconnaît également dans cette préoccupation un thème commun à la théorie du droit qui interroge depuis les années 1970 la nature ouverte des normes et les conséquences de ce pouvoir d'interprétation des juges. Et c'est précisément là que l'économie rencontre les sciences juridiques pour faire du *Law and Economics* un questionnement authentiquement interdisciplinaire.

1.2 LE DROIT SOUS LE SIGNE DE L'ÉCONOMIE : BECKER ET COASE

L'économie du droit naît d'une double question qui correspond historiquement à un double programme de recherche. D'abord, quels rôles jouent les règles de droit en économie ?

Dans un monde sans friction, celui de l'équilibre général par exemple, on aurait du mal à trouver des raisons économiques à l'existence du droit. Toute la coordination entre les agents est pensée comme ayant lieu grâce à une procédure de marché. Parallèlement, un simple regard sur les modes de coordination effectifs des agents met en lumière l'aspect paradoxal de cette position. Le premier effort de l'économie du droit a ainsi été de chercher à résoudre ce paradoxe. Il appartient à Coase d'avoir, le premier, proposé une méthode et des concepts capables d'expliquer, au sein de la théorie économique orthodoxe, les fonctions du droit.

La seconde question est de savoir comment les individus agissent dans un univers encadré par des règles de droit. Le principal écueil méthodologique de cette question est de parvenir à appliquer la théorie de l'utilité à des objets apparemment non économiques comme les règles de droit. Ceci implique d'envisager la théorie de la maximisation de l'utilité comme une méthode et non comme un énoncé portant sur les motivations des acteurs économiques. Et c'est à Becker qu'il appartient d'avoir poussé cette méthode le plus loin.

1.2.1 Le théorème de Coase et les raisons d'être du droit

S'il est une contribution fondatrice en économie du droit, c'est bien l'article de Coase de 1960 sur le coût social (Coase, 1960). Le message de Coase était de mettre en évidence l'importance des dispositifs institutionnels et notamment juridiques dans l'affectation des ressources. On lit désormais cet article comme le fondement du programme de recherche en économie du droit car il ouvre la possibilité méthodologique d'étudier économiquement le droit en introduisant un concept relativement vague mais extrêmement fécond, les coûts de transaction.

Même s'il n'emploie pas le mot de théorème, que l'on doit à Stigler, Coase énonce dans cet article deux thèses fondamentales pour l'économie du droit : celle de l'invariance et celle de l'efficacité. Plus précisément, sous des hypothèses de concurrence parfaite, de droits de propriété parfaitement définis et de coûts de transaction nuls, Coase montre que le droit n'a pas d'influence sur l'affectation des ressources. Autrement dit, dans un monde parfait où le coût de recourir au marché est nul, les règles de droit ne jouent aucun rôle dans l'affectation optimale des ressources mais ont seulement un effet redistributif.

Tableau 1.1

Pertes et gains des agents pour différents niveaux de production

Nombres de bêtes	Montant des dommages infligés au fermier	Pertes marginales du fermier	Gains nets de l'éleveur	Gains marginaux de l'éleveur
0	0	0	0	0
1	1	1	5	5
2	3	2	9	4
3	6	3	12	3
4	10	4	14	2
5	15	5	15	1

Pour ce faire, Coase part d'exemples simples tirés de la jurisprudence concernant les effets externes. Ces phénomènes apparaissent lorsqu'un agent fait subir un préjudice à un autre sans en payer le prix : par exemple, lorsqu'un éleveur de bétail fait paître ses bêtes et détruit une partie des récoltes du fermier voisin. Dans ce cadre, Coase met l'accent sur la comparaison entre la richesse produite par l'activité génératrice d'externalité et la richesse non produite du fait de cette même activité. Pour Medema, c'est cette formulation symétrique du problème, à savoir que c'est autant l'éleveur qui « cause » l'externalité en détruisant les récoltes que le fermier qui « cause » l'externalité en empêchant l'éleveur de produire, qui permet à Coase de poser les fondements d'un « nouveau paradigme » (Medema, 1994, p. 68). Considérons le tableau précédent (les gains et pertes sont en valeur).

Du point de vue de l'efficacité sociale, il faudrait que l'éleveur produise 3 bêtes afin que le dommage marginal soit égal au gain marginal et donc que la richesse sociale W , avec $W = G - D$, soit maximisée ($W = 6$ \$). Or, précisément, Coase montre que, en présence de droits de propriété parfaitement définis, l'équilibre efficace sera atteint quelle que soit la répartition initiale des droits de propriété.

CAS N°1

Les droits de propriété appartiennent à l'éleveur.

Si le droit de propriété, et toutes les prérogatives qui y sont attachées, appartiennent à l'éleveur, celui-ci est tenté d'en profiter et de produire 5 unités de bétail. La situation ne semble pas socialement optimale (le coût privé est différent du coût social). Or, dans ce cadre, il existe une zone de marchandage mutuellement bénéfique entre le fermier et l'éleveur car l'éleveur gagne marginalement 1 \$ à produire sa cinquième unité alors que le fermier perd 5 \$. Le fermier est donc d'accord pour racheter le droit de propriété à l'éleveur afin qu'il diminue sa production à 4 unités pour tout prix inférieur à 5 \$ et l'éleveur est d'accord pour vendre ce droit pour tout prix supérieur à 1 \$. Bien évidemment, le raisonnement peut également s'appliquer pour la 4^e unité. En revanche, l'échange s'arrêtera pour une production de 3 unités. On retrouve donc, par le jeu d'un échange mutuellement bénéfique, la situation optimale. Bien entendu, aucun des deux n'a intérêt à aller au-delà. En effet, diminuer la production de bétail de 2 unités à 1 unité par exemple fait gagner 2 \$ au fermier et fait perdre 4 \$ à l'éleveur. Il n'y a donc pas de surplus à se partager par l'échange.

CAS N°2

Les droits de propriété appartiennent au fermier.

Si les droits de propriété appartiennent au fermier, la situation est différente. Dans ce cadre, l'éleveur doit compenser le fermier de tout préjudice dont il serait la cause. Mais là encore apparaît une zone d'échange mutuellement bénéfique. Tant que les gains marginaux de l'éleveur sont supérieurs aux coûts marginaux du dommage, l'éleveur est d'accord pour acheter au fermier le droit de lui nuire. Dans cet exemple, cette zone existe jusqu'à la 3^e unité de bétail. Au-delà, le préjudice marginal est plus important que le gain marginal. La situation finale est donc la même que dans le cas n° 1, à savoir que l'éleveur produira 3 unités de bétail et le fermier subira un préjudice de 6 \$. En réalité, les droits de propriété parfaitement définis permettent d'internaliser les externalités et d'assurer que le coût privé soit égal au coût social.

On voit bien, sur cet exemple, les deux thèses défendues par le théorème de Coase : quelle que soit la répartition initiale des droits de propriété, le résultat final – après échange par les agents – est invariant et efficace (le surplus est maximisé). Ce théorème a sûrement été l'un des énoncés de la théorie économique moderne qui a été le plus discuté dans la littérature (Zerbe, 2001) ⁴.

Cela étant, ces débats ne doivent pas faire oublier que, pour Coase, le théorème n'est pas une fin en soi mais seulement un premier pas pour spécifier l'importance des coûts de transaction positifs. Car, en cas de coûts de transaction positifs, le droit apparaît comme un élément majeur d'une bonne affectation des ressources. En effet, des coûts de transaction positifs empêchent l'échange marchand d'avoir lieu et ne permettent pas la réalisation d'une situation efficace.

Or ces coûts peuvent être extrêmement divers : coût de recherche du cocontractant, coûts de négociation d'un contrat, coût de respect du contrat, *etc.* On peut en donner quelques exemples simples : dans le domaine de la responsabilité civile, il est clair que les coûts de transaction sont prohibitifs car la victime et celui qui a causé le préjudice ne peuvent contracter entre eux *ex ante* pour résoudre leur litige. Cela donne donc au droit une fonction essentielle : résoudre le problème de différence entre le coût privé et le coût social. De même, en droit contractuel, il est impossible pour les parties au contrat de rédiger un contrat complet prévoyant l'ensemble des contingences futures possibles. Dès lors, en cas de contingence non prévue, ce sont les juridictions qui auront la lourde tâche de compléter le contrat et d'en préciser les termes afin de déterminer les obligations respectives des parties au contrat.

On le voit, le droit chez Coase joue un rôle fondamental dans la coordination des agents en ce qu'il vient se substituer au marché lorsque celui-ci ne peut pas fonctionner de manière efficace. Avec Coase, les règles juridiques trouvent leur raison d'être économique puisque c'est parce qu'il existe des coûts de transaction que le droit compte (« Law matters »).

1.2.2 Rationalité et normes de droit

Parallèlement, l'économie du droit a également approfondi, dans un second temps, les ressources que l'hypothèse de rationalité pouvait offrir pour expliquer le comportement des acteurs vis-à-vis de normes juridiques. L'hypothèse centrale est de traiter les agents comme des agents rationnels au sens économique du terme, à savoir cherchant à maximiser leurs intérêts – leur utilité – dans un certain contexte de décision, sous une certaine structure d'information et sous certaines contraintes, ce que l'on résume dans le bloc des opportunités.

Au plan théorique, l'hypothèse de rationalité initialement utilisée était celle d'une rationalité parfaite. Dans ce cadre, l'agent est supposé détenir toutes les informations pertinentes pour prendre ses décisions, il est doté de capacités de traitement de l'information illimitées et, enfin, est plongé dans un environnement institutionnel sur lequel il n'a pas de prise (le droit est une donnée).

4. Ces discussions ont cherché à mettre en évidence les limites du résultat coasien et les conditions sous lesquelles ce résultat est valide. Ainsi, la thèse d'invariance ne tient que parce qu'il est fait abstraction des effets revenus (Zerbe, 1980). Coase suppose également qu'il n'y a pas de problème de marchandage entre les agents.

Au plan méthodologique, l'économie du droit est dans un premier temps solidaire d'un mouvement plus général qui consiste à appliquer la théorie de la maximisation de l'utilité à des comportements non immédiatement économiques tels que les comportements de fécondité, de choix familiaux, de crimes ou encore de déviance. Ce mouvement, initié dans les années 1950 et 1960 sous l'influence de Becker notamment, est le fruit d'une longue évolution de la théorie de l'utilité. En effet, pour concevoir l'application de la théorie de la rationalité à des comportements non économiques, il a fallu la considérer comme une méthode d'analyse et non comme une motivation particulière qui correspondrait à un certain type d'actions, par exemple les actions de production de richesse ou de consommation. Ainsi, l'autonomisation de la théorie de l'utilité de tout fondement psychologique et de toute introspection au profit d'une représentation axiomatisée du comportement rationnel est un *prerequisite*. Agir rationnellement consiste à agir selon certains principes prédéterminés de cohérence et de logique. L'économie du droit n'utilise pas l'hypothèse de rationalité comme un outil de compréhension de l'action individuelle mais comme un outil d'explication.

Bien entendu, pour rendre opérationnelle cette théorie de l'action, il faut spécifier à la fois les arguments de la fonction d'utilité des agents et le bloc des opportunités. Pour Becker, on doit supposer que les préférences des agents sont données et stables dans le temps car expliquer un comportement par une modification des préférences aurait un caractère parfaitement *ad hoc*. Cependant, il envisage les arguments de la fonction d'utilité comme pouvant dépasser le seul intérêt égoïste. Pour lui, l'utilité des autres agents, l'envie, l'altruisme peuvent être des éléments qui rentrent dans la fonction d'utilité. Par ailleurs, le droit apparaît comme un élément fondamental du bloc des opportunités. C'est un ensemble de sanctions possédant un prix implicite. Ce faisant, on peut rendre commensurables des faits qui apparaissent hétérogènes : une amende, une peine de prison, le paiement de dommages et intérêts seront ramenés à leur équivalent monétaire, lui-même fondé sur le coût d'opportunité des agents. L'explication du comportement des individus en présence de droit est alors vu comme la réponse d'un agent maximisateur à la modification du bloc d'opportunité auquel il fait face. Les théories économiques du crime, de la responsabilité civile ou des contrats correspondent à cette méthodologie.

Par exemple, si U est la fonction de l'utilité de l'agent, y le revenu, g le gain de l'acte criminel ou son équivalent monétaire, p la probabilité de sanction et s le montant de la sanction, on peut écrire que l'agent cherchera à maximiser son utilité espérée :

$$EU = (1 - p)U(y + g) + pU(y + g - s)$$

Dans ce cadre, et étant données les préférences de l'agent vis-à-vis du risque, le résultat du comportement rationnel dépend de trois choses : le rendement escompté de l'activité sanctionnée, le niveau de la sanction et la probabilité d'être effectivement condamné. L'intérêt de ce modèle est de comprendre l'effet des modifications de p ou de g sur le comportement de l'agent.

Au niveau social, on peut alors faire apparaître un certain nombre d'arbitrages et notamment celui du gain social retiré de la sanction d'un comportement par rapport au coût de cette sanction. L'activité publique assurant le respect des règles du droit (*enforcement*) est extrêmement coûteuse : coût de fonctionnement des institutions policières, judiciaires et pénitentiaires par exemple. Si l'on cherche à maximiser une fonction d'utilité sociale, il

peut dès lors être rationnel de ne pas chercher à sanctionner un comportement dès lors que le coût marginal de la sanction est supérieur à son bénéfice marginal.

Reste que l'utilisation de la théorie de l'utilité au droit a été largement critiquée. Est-il légitime de considérer que l'agent envisage le droit comme un simple ensemble de contraintes et d'incitation ? Surtout, est-il légitime d'appliquer la théorie de l'action rationnelle à ces contextes ? Conformément aux positions de Friedman sur le rôle des hypothèses en économie, la réponse première est de considérer que la fécondité d'hypothèses ne tient pas à leur réalisme. Dans les *Essais d'économie positive* publiés en 1953, Friedman a énoncé ces positions qui ont été largement reprises depuis et constituent la « méthodologie naturelle » de l'économie du droit, au moins jusqu'aux années 1980. Pour Friedman, il faut considérer les agents comme s'ils étaient rationnels. Dit autrement, pour irréaliste qu'elle soit, cette hypothèse peut être conservée et surtout n'a pas à être testée en tant que telle. Ce sont plutôt les conséquences, les prédictions, bâties sur cette hypothèse qui, elles, doivent recevoir une confirmation ou une falsification. Parfois présentées comme proches du falsificationnisme de Popper ou même de Lakatos, les positions de Friedman sont plutôt à comprendre comme appartenant au *conventionnalisme* ou à l'*instrumentalisme* (Mongin, 2000). Pour le conventionnalisme, il convient de « mettre à l'abri » certaines hypothèses théoriques de toute validation empirique directe. Ceci pour une raison simple qui est que, lorsque l'on teste une théorie, on ne sait jamais quelle partie de la théorie amène à la falsification. Pour l'instrumentalisme, les théories sont avant tout des instruments qui doivent être jugés à l'aune de la fiabilité de leurs prédictions. Pour Friedman, les prédictions à tester sont les phénomènes agrégés qui dérivent des hypothèses sur les comportements individuels. Cette position méthodologique est celle sur laquelle s'est fondée l'économie du droit, au moins jusqu'au pluralisme contemporain.

1.3 L'ÉCONOMIE DU DROIT POSITIVE

Les contributions fondatrices de Becker et de Coase dessinent les grandes lignes du programme de recherche en économie du droit. Il leur manque cependant une vision unifiée de ce champ de recherche car elles sont fondées sur une ambiguïté concernant l'objet de l'explication : cherche-t-on à expliquer les fonctions du droit, ses causes, sa nature ou simplement des comportements individuels vis-à-vis de normes ? Dit autrement, s'en tenir aux réactions des acteurs en présence de règles de droit suffit-il à fonder une analyse économique du droit ? C'est avec Posner que ces questions se sont trouvées temporairement résolues car intégrées dans une méthodologie unique. Posner dessine en effet l'agenda de l'économie du droit positive autour de deux objets d'analyse. D'une part, il s'agit d'expliquer les comportements individuels (et agrégés) en réaction aux incitations constituées par les sanctions attachées aux normes de droit. Dans ce cadre, il faut très précisément spécifier comment des normes différentes ou des régimes juridiques différents modifient le bloc des opportunités des agents et donc leur comportement. D'autre part, il s'agit explicitement pour lui d'utiliser la théorie économique comme un modèle d'explication de l'émergence des normes. En insistant sur la *common law* et la jurisprudence comme lieu principal d'élaboration du droit, Posner entend montrer en quoi les décisions des juges, lorsqu'ils ont à connaître des affaires, peuvent être rationalisées sur le fondement de l'économie du droit. C'est la

thèse bien connue de l'efficacité de la *common law*. Comme on le verra, cette nouvelle méthode d'analyse des décisions juridiques n'a pu avoir une résonance que parce que les méthodes d'analyse juridique traditionnelles étaient sujettes à de nombreuses critiques.

1.3.1 Le développement des objets d'étude de l'économie du droit positive

Le programme beckerien en restait à une hypothèse de rationalité relativement simple et ne l'appliquait qu'à des objets particuliers, essentiellement le crime. Depuis le milieu des années 1970, l'économie du droit s'est considérablement enrichie dans une double direction. D'abord, elle a étudié de nombreux objets juridiques tels que la responsabilité civile, les droits de propriété, les contrats, les relations industrielles, les relations de travail, les litiges, *etc.* Elle a également, dans son versant positif, fait évoluer ses méthodes et ses outils. En effet, la théorie beckerienne mettait peu l'accent sur trois éléments désormais incontournables de toute réflexion économique : le caractère stratégique de l'action d'une part, l'importance des aspects informationnels d'autre part, et, enfin, l'importance des choix effectués en rationalité limitée.

Un grand nombre d'interactions juridiques sont de nature conflictuelle. Il en est ainsi bien évidemment des litiges devant les juridictions. Dès lors, une représentation de l'interaction en termes de théorie des jeux est plus à même de rendre compte de ces phénomènes. Le conflit juridique suppose que les agents prennent en compte le comportement des autres individus auxquels ils sont confrontés. Peu à peu, la théorie des jeux a donc développé une analyse des relations juridiques (Beard, Gertner et Picker, 1994).

Dans ce cadre, la dialectique règle/comportement est plus subtile que dans le modèle beckerien dans la mesure où la dimension conflictuelle de l'interaction juridique est reconnue comme essentielle. Plus précisément, les règles de droit sont les règles du jeu dans lequel se déroule l'interaction : le résultat de cette interaction – et donc l'influence du droit sur les comportements – dépend alors fondamentalement des stratégies des joueurs, de leur marge de manœuvre ou encore de leur ensemble d'information.

C'est sûrement dans le domaine de l'économie des litiges – et du marchandage en général – que l'application de la théorie des jeux a été la plus féconde. Dans ce cadre, le problème principal est de comprendre ce qui détermine les choix des stratégies judiciaires : aller au procès, interjeter appel ou former un pourvoi en cassation ; accepter un accord amiable, une transaction ou une médiation, *etc.* En effet, il peut être Pareto-optimal de chercher un accord (*settlement*) avant le procès plutôt que de poursuivre la procédure puisque les parties économisent les coûts au procès. Dans un modèle à prendre ou à laisser, par exemple, l'offre dépend de nombreux paramètres : le niveau du surplus, le pouvoir de négociation mais aussi les informations privées détenues par chacune des parties ou encore leur évaluation de leur chance de gagner.

Si l'économie des conflits a été un des premiers champs juridiques investi par la théorie des jeux, on doit noter que cette approche s'est progressivement développée vers l'étude de nombreux objets juridiques dont on peut donner quelques exemples : le droit de la concurrence et l'étude systématique des stratégies judiciaires des membres de cartel en

présence d'un programme de clémence où ils peuvent négocier leur coopération, avec l'autorité de régulation (Autorité de la concurrence en France), en échange de l'immunité totale ou partielle ; le droit des contrats où le problème de la renégociation des contrats est central ; ou encore le droit du travail où la relation salariale est traversée par le risque de *hold-up* sur les investissements spécifiques en capital humain.

Parallèlement, l'hypothèse d'information parfaite, symétrique et complète a été progressivement levée. Ainsi, on met de plus en plus l'accent sur le contexte informationnel dans lequel agissent les acteurs et on développe, par exemple, les conséquences de l'existence d'asymétries d'information. Dans une interaction juridique, il est clair que les acteurs peuvent détenir des informations privées aussi bien sur leurs caractéristiques – leur type – que sur leurs actions. Or cette information, détenue de manière privée, peut être stratégiquement utilisée à des fins elles aussi privées contre l'efficacité sociale. Ainsi, une des parties au procès peut posséder une information sur le réel niveau de précaution qu'elle a prise ou sur son niveau réel de dommage. Les juges comme les autres parties au procès sont alors dans une position difficile car ils raisonnent en l'absence de cette information capitale. Ce qui est fondamental dans tous ces développements contemporains, c'est que le droit est au cœur de l'interaction en influençant les pouvoirs de négociation des agents ou en livrant des éléments cruciaux sur l'environnement institutionnel et informationnel.

Parfois même, la remise en cause de l'hypothèse de rationalité est plus radicale. Suivant les travaux pionniers en théorie de la décision de Kahneman et Tversky, les économistes du droit ont également développé les implications d'une théorie de la rationalité limitée. Au sens de l'économie du droit comportementale, l'agent est limité de trois manières : son égoïsme est limité dans la mesure où il peut agir par altruisme et en référence à des normes de justice, ses capacités de traitement de l'information sont limitées et ses informations sont limitées (Sunstein, 2000). L'action n'est plus le fruit d'un algorithme de calcul de maximisation mais met en œuvre des processus plus complexes de décision en incertitude.

Il s'agit alors, selon les mots de Sunstein, de comprendre comment les agents « agissent réellement » (Sunstein, 2000). On le voit, l'ambition est immense : ce n'est ni plus ni moins que de refonder la théorie de la décision en présence de normes. Car, pour l'économie comportementale, l'agent substitue, plus ou moins inconsciemment, au calcul rationnel – trop coûteux en temps ou tout simplement impossible – toute une série de règles de comportement. Mais bien entendu, en suspendant la procédure de calcul rationnel et en utilisant des règles de décision plus simples, les agents s'exposent à faire des erreurs systématiques dans leur choix. C'est le cas par exemple lorsque les agents utilisent des heuristiques pour évaluer des distributions de probabilités : Kahneman et Tversky ont ainsi montré par exemple l'usage d'une heuristique de disponibilité qui fait que l'agent a tendance à surestimer la probabilité de réalisation d'un état s'il est capable de mobiliser un exemple de la situation en question.

D'autres manifestations des limites cognitives des agents sont les biais cognitifs qui illustrent l'existence d'erreurs systématiques des agents sur les probabilités d'existence ou d'occurrence de certains faits. De nombreuses expériences ont ainsi été menées en économie du droit et notamment en économie des litiges. Ainsi, par exemple, lorsque l'on donne le même dossier à deux parties opposées, leur analyse des chances de gagner ou non le procès va dépendre du rôle (plaignant ou défendeur) qui leur est assigné. De manière

robuste, on montre que des biais optimistes (*self-serving bias*) peuvent amener à un taux d'arrangement à l'amiable trop faible car les deux parties surevaluent leur chance de gagner et ont donc tendance à limiter les arrangements avant procès. Les biais de perception peuvent d'ailleurs concerner aussi les autorités en charge de dire le droit et notamment les juges (Sunstein, 2000) et ces outils sont de plus en plus utilisés pour traiter des domaines traditionnels de l'économie du droit tels que le domaine de la responsabilité civile ou le droit pénal autour des notions de perception de la sanction et des probabilités d'être sanctionné⁵.

Cette évolution des concepts et des outils de la théorie de la décision appelle deux remarques. Au niveau théorique, et en dépit de son extraordinaire fécondité, on peut regretter que l'économie comportementale s'en tienne, pour le moment, à une collection d'effets. Paraphrasant un auteur célèbre, on pourrait dire que, autant il n'y a plus ou moins qu'une seule façon d'être rationnel, autant il y en a de multiples d'être « irrationnel ». Mais du même coup, la théorie comportementale perd en unité et en pouvoir prédictif.

Au niveau de la méthode ensuite, l'économie comportementale offre une vision de la théorie de l'action beaucoup plus compréhensive que la théorie orthodoxe. Les contextes de décision sont cruciaux, on reconnaît que les agents utilisent des règles de décision pour faire leur choix et non uniquement des algorithmes de calcul, etc. Ainsi, cette théorie revendique un plus grand réalisme en opposition totale avec l'instrumentalisme de Friedman. Ces évolutions modifient le sens qu'il faut donner à l'hypothèse de rationalité : d'instrumentale, elle devient plus « substantielle » dans la mesure où elle cherche à mettre au jour les processus effectifs de décision. Il ne s'agit plus de postuler que les agents sont rationnels mais de tester comment ils le sont. L'un des points de cristallisation des débats porte aujourd'hui sur l'information des agents et la structure informationnelle dans laquelle ils agissent.

Cependant, cette théorie n'est pas exempte de nombreuses difficultés. D'abord, comment tester les différents effets ? L'économie comportementale débouche assez naturellement sur le recours à des protocoles d'économie expérimentale pour mettre en évidence les conséquences des biais ou pour en vérifier l'existence. Mais les protocoles expérimentaux doivent spécifier les conditions sous lesquelles une hypothèse H1 testée dans l'expérience est dite « vérifiée » ou « infirmée ». C'est le plus souvent en utilisant une justification statistique que l'économie expérimentale construit ses inférences. Plus fondamentalement, que teste-t-on réellement dans ces expériences ? En suivant le célèbre problème de Duhem-Quine, il n'existe pas de fait pur et il est difficile d'isoler réellement la partie de la théorie qui est « testée » dans l'expérience. Enfin, certains résultats de ces expériences sont difficiles à interpréter. Ainsi par exemple, les biais et heuristiques entraînent-ils réellement des erreurs systématiques des agents ? Certes, ils amènent les agents à se tromper sous certaines conditions mais on peut également considérer qu'il est en général rationnel pour eux d'utiliser des procédures de décision plus simples que le calcul optimisateur.

L'importation en droit de l'hypothèse de rationalité – faut-il dire l'impérialisme ? – est parfois critiquée, notamment par certains juristes qui y voient l'intrusion au cœur même du droit d'une théorie de l'acteur égoïste et sans scrupule. Il faut ici

5. Cette littérature foisonnante, quoique récente et encore exploratoire, assigne au droit un rôle essentiel dans le fonctionnement d'une économie marquée par la présence d'incertitude car il est en charge du redressement des biais de perception des agents (Jolls et Sunstein, 2006).

appréhender la méthode de l'économie du droit de manière plus nuancée. D'abord, à la manière de Friedman, on peut en rester à une position du *comme si* qui justifie d'emblée le recours à cette hypothèse. On peut également soutenir que l'*homo oeconomicus* est de moins en moins rationnel au sens traditionnel du terme. Plus précisément, les travaux récents cherchent à comprendre comment l'individu est rationnel, quels processus sous-tendent les choix effectifs des agents lorsqu'il fait face à des règles de conduite, etc. On peut surtout, et plus spécifiquement, souligner qu'une certaine représentation de l'individu – parfois proche de l'*homo oeconomicus* – n'est pas absente du droit. Le droit en tant que pratique de jugement et d'application des règles repose bien, au moins de manière fragmentaire, sur une représentation de l'action individuelle ou collective. Ainsi, lorsque le droit civil fait référence au comportement de bon père de famille, c'est bien un idéal-type, un étalon du comportement qui, au vu des circonstances, devait être pris. De même, lorsque l'on évoque un individu « normalement informé » ou encore que l'on exige dans les rapports contractuels l'obligation de « bonne foi » ou d'« information », on voit que les passerelles sont nombreuses entre l'*homo juridicus* et l'*homo oeconomicus* tel que nous l'avons développé ci-dessus.

1.3.2 Ouvrir la boîte noire du droit

Le second pilier de l'économie du droit positive est alors de s'intéresser aux raisons économiques qui expliquent l'existence même des normes et non pas uniquement les conséquences de ces normes sur le comportement individuel. Ce programme de recherche regroupe alors trois grandes questions. Premièrement, la raison d'être des règles juridiques du point de vue économique : quel rôle économique jouent-elles et quelle est leur nature ? Ceci est un préalable afin d'identifier les concepts économiques les plus à même de les étudier. Deuxièmement, l'évaluation de l'efficacité économique des mécanismes juridiques existants que ce soit du droit substantiel (règles de fond en droit de la responsabilité, en droit de la concurrence ou en droit des contrats) ou du droit processuel (affectation des dépenses au procès, modes alternatifs de résolution des litiges, etc.). Ces deux objets d'étude amènent alors assez naturellement à s'interroger sur un troisième, à savoir l'identification des mécanismes économiques par lesquels émergent les règles de droit. Dans ce cadre, le cœur de l'interrelation entre comportements individuels et émergence des normes porte sur le personnage central de l'ordre normatif, le juge.

C'est à Posner qu'il appartient d'avoir développé le plus systématiquement les intuitions coasiennes sur le caractère économique de certaines décisions judiciaires⁶. Suivant la méthode de Coase, qui s'appuyait sur des exemples de jurisprudence, Posner généralise l'approche coasienne en essayant de montrer que, dans la plupart des cas, les juges décident des affaires dont ils avaient à connaître de manière efficace (au sens économique du terme). L'un des exemples souvent donné est celui de la formule de Hand que l'on trouve dans l'affaire *United States vs. Carroll Towing Co.* Confronté à un problème de responsabilité civile, le juge Hand énonce, dans son arrêt, qu'un agent doit être déclaré

6. Coase reconnaît d'ailleurs que sa contribution est essentiellement économique tandis que celle de Posner est essentiellement juridique.

responsable dès lors qu'il pouvait prévenir le dommage au moindre coût⁷. Autrement dit, la règle de réparation civile proposée par le juge Hand est exactement celle sur laquelle seraient tombés d'accord deux agents neutres au risque qui auraient contracté auparavant entre eux à propos du litige futur qui pouvait probablement les opposer l'un à l'autre.

Une bonne partie du travail économique de Posner a été de montrer que cette formule, loin d'être un cas isolé, était en fait emblématique des décisions jurisprudentielles américaines. Dit autrement, on peut alors étudier le droit américain *comme* s'il cherchait à imiter les contrats de marché qui auraient eu lieu en absence de coût de transaction. C'est le sens de la célèbre formule selon laquelle le droit « mime » le marché ou encore selon laquelle la *common law* américaine est efficace (Posner, 1992). Sous la plume de Posner, le droit est bien un élément essentiel de coordination alternatif au marché mais il en est cependant extrêmement proche en ce qu'émergent les solutions qui auraient été celles du marché.

Du point de vue méthodologique, le pas qui est fait par Posner est crucial car il autorise les économistes à utiliser leur méthode traditionnelle pour rationaliser les décisions juridiques. Rationalité économique et rationalité juridique ne sont plus opposées et incommensurables mais, au contraire, doivent dialoguer entre elles afin de comprendre les vrais fondements des décisions des autorités publiques habilitées à interpréter le droit et à l'appliquer. Ce tour de force méthodologique n'a cependant porté que parce qu'il apparaît dans un contexte (les années 1970) où les méthodes traditionnelles des hommes de droit sont de plus en plus remis en question.

Le développement du courant *Law and Economics* est solidaire d'un mouvement de fond de la théorie et de la pratique du droit qui s'interroge désormais sur ses fondements (Ferey, 2008). Ce mouvement peut se résumer en une double crise qui chacune débouche sur un dialogue avec la théorie économique : crise de l'interprétation juridique et crise du juge (Lenoble, 1994). Et on comprend mal les enjeux de l'économie du droit pour la discipline juridique si l'on n'identifie pas la nature de cette double crise.

Les sciences juridiques se sont longtemps pensées comme une discipline essentiellement formelle et déductive. Il s'agissait pour le juriste, le juge ou l'avocat de fournir une solution déterminée au conflit juridique par une déduction à partir de prémisses que sont les règles de droit. Le raisonnement juridique consistait dans une double opération intellectuelle : qualifier les faits d'espèce et interpréter les règles existantes couvrant ces faits afin de fournir une solution au conflit.

Cette représentation de l'interprétation juridique suppose qu'il existe une « vraie » solution juridique aux conflits : une solution non ambiguë et accessible aux autorités judiciaires par des méthodes objectives d'interprétation. Le modèle simple du syllogisme juridique correspond bien à cette représentation. Certes, selon les écoles, l'origine de ce sens clair et les méthodes pour accéder à ce sens ne sont pas les mêmes : certains mettent l'accent sur la littéralité de l'énoncé des normes, d'autres sur l'idée que le sens de la norme doit être cherché dans la reconstruction de l'intention de celui ou de ceux qui l'ont énoncée,

7. Cet arrêt (*United States vs. Carroll Towing Co*, 159 F. 2d 169 (2d Cir.) 1947) est demeuré célèbre. Cependant, cette formule est du point de vue économique insuffisante car elle ne s'intéresse qu'au montant absolu de précaution. C'est pourquoi Posner en présente une version modifiée en termes de coûts et de bénéfices marginaux (Posner [1977], p. 124).

d'autres encore sur le fait que la doctrine est la plus à même de reconstruire la rationalité profonde du droit.

C'est cette représentation qui vole en éclats de manière systématique depuis la Seconde Guerre mondiale. Les raisons de cette remise en cause sont, historiquement et analytiquement, complexes. En caricaturant, on peut d'abord noter que le tournant linguistique en philosophie du langage a définitivement mis un terme à la recherche d'un langage parfaitement référentiel⁸. Ensuite, se fonder sur l'intention de l'auteur de la règle apparaît comme une méthode extrêmement discutable. Les débats constitutionnels américains ont notamment mis l'accent sur les difficultés de l'interprétation originelle. Comment reconstruire l'intention des pères fondateurs ? Cela a-t-il même un sens de vouloir ainsi faire de l'intention originelle la contrainte principale de l'interprétation juridique et ne risque-t-on pas de faire des Modernes, les esclaves des Anciens ? Comment encore concevoir l'intention d'un organe collégial (par exemple un Parlement) ? On le voit, les problèmes sont incommensurables et ont ouvert la voie à un renouvellement important de l'interprétation constitutionnelle (Ackerman, 1998). Enfin, la doctrine elle-même ne semble pas non plus réellement capable de rationaliser complètement le droit tant les écoles divergent (Lenoble, 1994). Ainsi, il est apparu de plus en plus clairement que l'interprétation, loin d'être une question périphérique de la théorie du droit, en était au contraire le cœur.

Analytiquement, cette crise de l'interprétation consiste à douter de « la validité d'une méthode déductive ou quasi déductive capable de donner des solutions déterminées à des problèmes particuliers de choix juridiques » (Unger, 1983, p. 564 ; Frydman, 2005). Derrière toute interprétation se cache toujours une dose minimale de choix et de pure décision. Le sens d'une norme P n'est donc jamais donné, il est toujours construit par un processus complexe d'interprétation qui engage tout un ensemble d'éléments comme le contexte, les raisons d'agir de l'agent, les contraintes qui pèsent sur lui, *etc.* On comprend alors que la clef du problème réside dans la manière dont celui qui est l'interprète légitime du droit effectue son travail d'interprétation. Ainsi, les théories contemporaines redécouvrent l'une des traditions juridiques importantes du début du XX^e siècle, le réalisme juridique. Pour le réalisme juridique contemporain, l'interprétation est moins un acte de connaissance – conséquence d'une capacité à déduire un sens particulier d'un énoncé juridique général – qu'un acte de volonté. Ou du moins, il y a toujours une part discrétionnaire qui intervient dans la décision judiciaire.

Sans traiter de manière exhaustive de toutes les théories contemporaines de l'interprétation, on peut cependant remarquer que, selon les auteurs, cette décision peut prendre des formes différentes : elle est absolue chez Fish pour qui c'est le lecteur qui donne la signification d'un texte qu'il soit littéraire ou juridique (Fish, 2007), elle reste contenue dans la doctrine analytique de Hart qui, tout en reconnaissant que les règles ont une texture ouverte, affirme cependant que les marges d'interprétation sont limitées (Hart, 1976), elle est contrainte chez certains réalistes qui, à la suite de Michel Troper, pensent que l'interprétation tout en étant un acte de pure volonté, subit un certain nombre de contraintes juridiques de justification (Troper *et al.*, 2005).

8. Voir sur ces questions : Frydman (2005) en théorie du droit. Pour une approche plus historique de ce mouvement centrée sur l'évolution de la pensée américaine, voir Cusset (2003).

Cette crise de l'interprétation débouche alors naturellement sur une crise du juge ou du moins de la représentation traditionnelle du juge. En effet, à la suite de Montesquieu, on avait pris l'habitude de ne voir dans le juge qu'une « bouche de la loi ». Autrement dit, il n'était qu'une courroie de transmission entre les détenteurs de la souveraineté qui décidaient des lois et les justiciables. Mais bien entendu, dès lors que l'acte même d'interprétation devient suspect, l'idéal que l'on retrouve chez certains économistes comme Hayek par exemple selon lequel ce sont les règles qui gouvernent et non les hommes (Hayek, 1973 ; Ferey, 2008b) ne tient plus. Au contraire, le juge, en tant qu'objet d'étude et personnage théorique devient un des acteurs centraux du phénomène juridique.

Rappeler ce contexte théorique et méthodologique des sciences juridiques permet alors de mieux comprendre la pénétration du courant *Law and Economics* dans les études du droit et ses enjeux proprement juridiques. On comprend en effet que ce qui est perdu avec cette crise de l'interprétation est le caractère autoréférent du droit, son autonomie en tant que champ de la connaissance (Posner, 1975 ; Hart, 1983). L'économie du droit a ainsi vocation à offrir des pistes de réflexion pour le droit. Pour paraphraser Ricœur (« expliquer pour comprendre mieux »), on pourrait dire que l'explication économique doit permettre de mieux interpréter.

La thèse posnérienne de l'efficacité de la *common law* est donc à la fois essentielle à l'économie du droit et ambiguë. Elle est essentielle car elle permet de fournir un objet spécifique à l'économie du droit – les décisions des juridictions – et une méthode d'analyse de cet objet – tester leur efficacité. Mais elle est aussi ambiguë. D'une part, le statut de la thèse d'efficacité n'est pas clair : est-ce un énoncé empirique susceptible de validation, une hypothèse instrumentale – au même titre que l'hypothèse de rationalité individuelle (Rowley, 1981) – par nature irréaliste ou encore un énoncé normatif sous-entendant en réalité que le droit doit chercher à maximiser le bien-être collectif ? D'autre part, et plus fondamentalement, la thèse d'efficacité ne précise pas pourquoi il en serait ainsi. Autrement dit, quels sont les mécanismes de production du droit qui assurent que celui-ci sera effectivement efficace ? Enfin, elle appelle à des validations empiriques plus systématiques que celles effectuées par Posner lui-même⁹.

Telle qu'énoncée par Posner, la thèse de l'efficacité du droit reste incomplète : ce que la controverse sur l'efficacité met en évidence est la nécessité pour l'économie du droit non seulement d'évaluer les conséquences économiques de tel ou tel dispositif juridique mais aussi de préciser les mécanismes de création des normes juridiques. En effet, Posner

9. En tant que telle, la thèse d'efficacité dans sa version forte a été progressivement abandonnée. Posner lui-même l'a considérablement amendée au cours des années 1980. Plus précisément, dans sa version microéconomique, la thèse d'efficacité a été remise en cause pour renaître dans les années 1990, sous une autre forme plus macroéconomique. Il s'agit alors de tester, sur données macroéconomiques, l'influence des variables juridiques (droit du travail, droit des affaires, organisation judiciaire, tradition juridique) sur les performances macroéconomiques de croissance, de chômage et de développement (programme de recherche appelé souvent *Doing Business* ou LLSV). Les parallèles entre ces deux programmes de recherche sont nombreux car, tout comme l'enjeu chez Posner était de montrer que le système de *common law* était plus efficace que le système de *civil law*, l'enjeu des recherches LLSV est de montrer que les systèmes de tradition juridique de *common law* sont en général plus efficaces que les systèmes de tradition civiliste. Les outils et les méthodes sont cependant différents : là où Posner s'en tenait pour l'essentiel à un commentaire systématique de la jurisprudence américaine, le programme LLSV cherche à construire une validation économétrique de cette relation système de droit/efficacité.

n'expliquait pas pourquoi la *common law* était efficace, il se contentait de « vérifier » qu'il l'était. Cette lacune de la théorie appelait donc à préciser la manière dont les juges prennent effectivement leur décision. Il s'agit alors d'ouvrir la boîte noire du droit et d'étudier le droit tel qu'il se fait.

On retrouve ici le caractère proprement interdisciplinaire de l'économie du droit. En effet, c'est bien parce que le juge, conformément à la théorie du droit contemporaine, est vu comme le point central de l'ordre normatif qu'il est essentiel de s'intéresser à son comportement lorsqu'il a à prendre des décisions. Autrement dit, il existe bien entre les votes des lois et des règlements par les organes compétents et leur application, un niveau intermédiaire crucial : celui de la manière dont les juges interprètent et appliquent les règles juridiques aux cas d'espèce. Pour l'économie du droit contemporaine – et contrairement à d'autres champs de recherche en économie comme le *Public Choice* –, il est donc impossible d'expliquer la création du droit sans donner toute sa place à l'institution judiciaire.

Sur ce point, on peut distinguer deux courants de recherche à tous égards opposés. Le premier met l'accent sur les décisions individuelles des juges. C'est dans cette catégorie que l'on peut classer les travaux qui font l'hypothèse que les juges sont aussi des *homo oeconomicus* (Posner, 2008). Si le droit est efficace, c'est avant tout parce que les juges ont intérêt à le faire. De même, si le droit est inefficace, c'est avant tout du fait des juges. Ainsi, toute la littérature sur les biais cognitifs subis par les juges ou sur le caractère politique de leur décision, relie de manière immédiate l'efficacité ou non du droit aux comportements plus ou moins biaisés de ceux qui sont chargés d'interpréter les normes (Sunstein *et al.*, 2006).

Le deuxième courant de recherche met en avant l'existence de mécanismes impersonnels qui expliquent l'émergence des normes. Le plus souvent, cette littérature utilise une méthodologie évolutionniste. Il s'agit alors de mettre en évidence que certains processus de convergence peuvent faire que les règles efficaces survivent et ce, quand bien même aucun juge ne le voudrait (Rubin, 1977 ; Priest, 1977). L'intuition est que les règles inefficaces donnent lieu à plus de litiges et donc sont davantage sujettes à conflit. Leur probabilité à être remises en cause est donc plus élevée. Cependant, force est de constater que les hypothèses pour voir apparaître ce type de convergence sont si fortes que les résultats sont peu robustes (Rubin, 1977).

Au plan méthodologique, les pistes contemporaines s'orientent donc vers une problématisation plus subtile, marquée par une interdisciplinarité plus marquée, en insistant à la fois sur les décisions des juges et sur les contraintes qu'ils subissent. Il s'agit alors de reformuler la théorie positiviste en termes économiques (Deffains et Ferey, 2007). Au plan empirique, les recherches contemporaines cherchent de plus en plus à identifier, par les techniques quantitatives, les raisons de variabilité ou de stabilité des interprétations juridiques.

1.4 L'ÉCONOMIE DU DROIT NORMATIVE

À côté du versant positif, l'économie du droit défend également une optique normative. Dans ce cadre, il s'agit de défendre l'idée que la poursuite de l'efficacité économique est

un but légitime pour le système juridique. Ainsi, dans sa vision la plus forte, non seulement les juges chercheraient à maximiser l'efficacité mais ils devraient également le faire. Posner a été l'un des plus fervents partisans de cette lecture de l'économie du droit. Ces questions sont importantes car elles traitent du statut de l'économie du droit par rapport aux sciences juridiques. Pourtant, il ne faut surestimer ni la portée de la position posnérienne, ni la portée des critiques qui lui ont été faites. La thèse posnérienne est de l'ordre du métajuridique et ne touche pas réellement les rapports entre économie et droit. Dit autrement, on peut tout à fait adhérer aux thèses positives et prescriptives de l'économie du droit sans faire siennes les thèses normatives et morales de Posner.

1.4.1 La position initiale de Posner

Implicitement, si ce n'est explicitement, l'économie du droit véhicule une certaine représentation normative. Ceci est d'autant plus fort que son objet d'étude, le droit, est précisément constitué de normes et de règles. Posner a été le plus fervent partisan d'une lecture non seulement positive de l'économie du droit mais également normative. Autrement dit, pour lui, les juges cherchent à maximiser l'efficacité mais ils *devraient* également le faire. L'efficacité est un but légitime pour le droit. Pour cela, Posner utilise un critère de choix particulier, la maximisation de la richesse. Pour lui, le critère de Pareto traditionnellement utilisé en économie est beaucoup trop strict dans la mesure où un état social S2 est déclaré Pareto-supérieur à un autre S1 si personne ne voit son utilité diminuer en S2 et si au moins un individu voit son utilité augmenter. On voit bien que peu de situations juridiques réelles peuvent être résolues par un critère aussi strict. C'est pourquoi, Posner lui substitue un critère de maximisation de la richesse défini sur les disponibilités à payer des agents pour un bien. Dans ce cadre, selon Posner, le juge doit chercher à maximiser la richesse, à savoir décider du cas de manière à maximiser la richesse agrégée. Ainsi, un agent A uni par un contrat à un agent B peut-il violer les termes de son contrat ? Pour Posner, il n'a aucune obligation à respecter son contrat dès lors que la violation du contrat permet d'augmenter la richesse et tant qu'il dédommage le cocontractant des conséquences de cette violation.

Le critère posnérien, comme tout critère d'efficacité, passe par plusieurs étapes analytiques. La première est de fournir une métrique de l'utilité des agents. La richesse est conçue par Posner comme la disponibilité à payer des agents à savoir un équivalent monétaire de leur utilité. Ce faisant, il est possible d'agréger et de comparer les utilités individuelles. La seconde étape est de choisir une clef d'agrégation de ces utilités. Dans le cas de Posner, le juge doit simplement additionner ces disponibilités à payer et chercher à les rendre maximales du point de vue agrégé et, donc, indépendamment de toute répartition. Pour Posner, le rôle des juges n'est pas en effet de se substituer au législateur concernant une répartition juste des ressources. En termes économiques, le critère posnérien se rapproche du critère de Kaldor-Hicks qui énonce qu'un état social S1 est préférable à un état social S2 dès lors qu'il est possible en S2 de payer une compensation aux agents qui sont dans une situation moins favorable qu'en S1. D'un point de vue de théorie normative, le critère posnérien est par construction un critère conséquentialiste dans la mesure où la décision judiciaire doit être guidée par les conséquences attendues de la décision et non par aucun autre principe (Posner, 2008).

Ce critère posnérien a été extrêmement discuté et critiqué, notamment lors de ce que l'on a appelé la controverse sur l'efficacité, au tournant des années 1980. La première série de critiques porte sur le caractère utilitariste de ce critère de choix juridique. Comme tout critère utilitariste, le critère d'efficacité posnérien en partage les principales caractéristiques ainsi que les principales difficultés. Premièrement, comment définir les frontières du calcul d'utilité et savoir quelles utilités prendre en compte dans le calcul de l'utilité sociale ? On a alors critiqué la manière dont Posner utilisait la disponibilité à payer comme une mesure de l'utilité. Ce critère considère en effet que même des préférences anti sociales par exemple doivent être prises en compte dans le calcul d'utilité dès lors que certains agents les valorisent suffisamment. Or ceci peut violer nos jugements moraux les plus élémentaires. Deuxièmement, la base informationnelle pour effectuer le calcul de maximisation de la richesse est extrêmement importante puisqu'il faut connaître les disponibilités à payer des agents. Ce problème est d'autant plus épineux que l'on ne peut pas se fonder sur des prix de marchés existants puisque, précisément, les situations de conflits juridiques sont le plus souvent des situations où les coûts de transaction sont importants et que le marché n'a pas fonctionné. Troisièmement, en se fondant uniquement sur les conséquences des décisions juridiques, le critère de maximisation de la richesse risque d'apparaître comme sacrificiel selon au moins deux dimensions : il sacrifie l'utilité de certains agents à la maximisation de l'utilité globale puisque la compensation est uniquement potentielle et n'a pas nécessairement à être payée ; il sacrifie également les droits des individus à des considérations uniquement conséquentialistes (Rawls, 1971 ; Dupuy, 1992).

Mais au-delà de ces critiques purement normatives sur la construction du principe de choix collectif, ce que la controverse sur l'efficacité a fait surgir est un risque plus analytique, mis en évidence par Dworkin, de circularité. En effet, pour Posner, la maximisation de la richesse doit permettre de résoudre des conflits juridiques en permettant de savoir à qui il faut attribuer le droit de faire ou de ne pas faire quelque chose. Cette attribution des droits est elle-même fondée sur les conséquences attendues en termes de richesse, elle-même calculée sur les disponibilités à payer des agents. Or les disponibilités à payer des agents ne sont pas indépendantes du fait de détenir ou non le droit en question. En effet, un agent qui possède le droit est implicitement plus riche, et a donc des disponibilités à payer plus importantes que dans le cas où il ne le possède pas. Dès lors, on voit bien que le critère de maximisation de la richesse qui doit servir à résoudre le conflit d'attribution des droits suppose en fait déjà une certaine affectation des droits pour pouvoir être mis en œuvre. Posner a largement répondu à cette critique, sans toutefois complètement convaincre, en affirmant qu'elle était peut-être logiquement valide mais ne comportait pas de graves conséquences pratiques car l'effet de richesse est, dans la majeure partie des cas, extrêmement limité (Posner, 1980). Les critiques à la fois internes et externes du critère ont alors fragilisé la position posnérienne et l'économie du droit est aujourd'hui beaucoup plus mesurée dans sa version normative. Cependant, on trouve encore de nombreuses discussions sur la place que doivent occuper les critères de choix économiques dans le droit. Ainsi, dans un ouvrage important (Kaplow et Shavell, 2002) et largement commenté, Kaplow et Shavell reviennent sur les critiques à l'encontre de critères économiques pour juger du droit et reprennent le débat entre partisans d'un critère welfariste de choix et partisans d'un critère d'équité (*fairness*). L'un des axes majeurs de leur contribution est de mettre en évidence un paradoxe : tout critère fondé sur l'équité peut, dans certaines circons-

tances, violer le critère de Pareto. Dit autrement, si l'on donne trop de poids aux critères d'équité (quel que soit le principe retenu) dans le choix des décisions juridiques, des règles de droit ou des principes de jurisprudence, on est amené à implémenter des règles qui peuvent placer tous les agents dans une situation pire que leur situation précédant la mise en place de la règle. Il y a là un paradoxe extrêmement sérieux pour qui défend trop loin les principes d'équité sans considération aucune du bien-être individuel des agents.

Pour autant, Kaplow et Shavell, comme Posner avant eux, posent le débat des rapports normatifs entre droit et économie au niveau moral. La question soulevée traite davantage des rapports entre économie et morale qu'entre économie et droit. C'est pourquoi les débats contemporains, tout en continuant à discuter de la pertinence du critère économique comme but moral, se sont tournés vers des articulations moins globales et plus locales. Ainsi, Sunstein, pourtant averse au critère posnérien, défend tout de même l'utilisation d'un critère d'efficacité coût-bénéfice en ce qu'il peut permettre de lutter contre les biais cognitifs qui amènent les individus à croire que certains problèmes sont plus importants qu'ils ne le sont réellement et en révélant les réels arbitrages que le corps social a à effectuer (Sunstein, in Adler et Posner, 2000).

1.4.2 Une vision plus instrumentale de l'économie du droit normative

D'abord, l'économie du droit met au service des autorités judiciaires et de la doctrine juridique ses méthodes, ses représentations et ses outils. Comme on l'a vu, elle permet de préciser les conséquences attendues des dispositifs juridiques, d'éclairer les mécanismes par lesquels les règles de droit jouent un rôle dans le fonctionnement de l'économie et d'être conscient des arbitrages nécessaires qui doivent être faits par le système juridique. L'économie peut alors être mobilisée par le juriste à titre d'expert ou d'évaluateur. Une perspective économique est d'autant plus nécessaire que, désormais, un nombre important de politiques publiques s'actualisent par le biais de dispositifs juridiques. Dans ce cadre, l'économie est une discipline qui adopte, pour reprendre les termes de Hart (1976), un point de vue externe au droit. Elle se pose en science positive étudiant un objet normatif – les règles de droit – mais ne vise en aucune manière à se substituer aux sciences juridiques qui étudient le même objet mais d'un point de vue différent.

Plus subtilement, les modèles construits par les économistes, et leur validation empirique, peuvent être considérés comme autant de mises en récit particulières. L'économie touche alors de plus près le droit dans la mesure où l'on peut considérer également que le juge, par son travail de qualification des faits et d'interprétation des normes, procède lui aussi à une certaine mise en récit afin de construire un consensus autour d'une « vérité provisoire », la vérité judiciaire (Garapon, 1996). Et l'économie peut participer à cette mise en récit en faisant surgir la rationalité sous-jacente aux comportements, en expliquant les raisons d'agir des agents ou leurs stratégies dans certains contextes de décision ou d'interaction. Prenons l'exemple du droit de la concurrence et des pratiques de prédation. L'un des intérêts fondamentaux des modèles construits par les économistes est de fournir des scénarii types de prédation. Ainsi, les stratégies de prédation peuvent être regroupées en

plusieurs types qui portent chacun sur la manière dont l'entreprise prédatrice distord l'information : vis-à-vis de la proie (prédation en prix), vis-à-vis du marché financier (prédation financière) ou vis-à-vis d'autres entreprises du secteur (prédation de réputation). Les scénarii des économistes permettent alors d'appliquer de manière beaucoup plus fine les règles de droit et de ne pas en rester à une interprétation *per se* de la règle. Plus largement, selon la théorie que l'on se fait de l'acteur économique, les conséquences normatives sont différentes. Ainsi, l'économie du droit comportementale débouche assez naturellement sur une vision plus paternaliste de l'action des juges et du droit, représentation qui rentre alors en tension avec la tradition libérale.

Cette mise en récit s'appuie bien évidemment sur une certaine représentation de l'acteur qui peut d'ailleurs être assez proche des représentations juridiques. Ainsi, les expressions d'homme raisonnable, de bon père de famille ou encore d'individu normalement informé, véhiculent des standards de comportement qu'il est extrêmement fécond de rapprocher des standards économiques. Dans ce cadre, l'économie peut jouer un rôle de tout premier plan dans le raisonnement juridique : elle peut être utile pour participer au travail de qualification et d'interprétation du droit (Deffains et Ferey, 2007). L'économie du droit se rapproche ici d'un point de vue interne au droit. Elle peut servir de guide à l'interprétation. Ceci est d'autant plus nécessaire que la théorie de l'interprétation juridique est aujourd'hui, comme on l'a vu, dans une situation de crise extrêmement profonde.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- ACKERMAN B. (1998), *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, Calmann-Lévy.
- ADLER M. & POSNER E. (2000), *Cost Benefit Analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, University of Chicago Press.
- ALCHIAN A. A. & DEMSETZ H. (1973), « The property rights paradigm », *Journal of Economic History*, 33 : 16-27.
- AMSELEK P. (ed.) (1994), *Théorie du droit et science*, Presses universitaires de France.
- AMSELEK P. (1995), *Interprétation et droit*, Bruylant.
- BAIRD D.G., GERTNER R. H. & PICKER R. L. (1994), *Game Theory and The Law*, Harvard University Press.
- BARRO R. (2000), *Les facteurs de la croissance économique. Une analyse transversale*, Economica.
- BERAUD A. & Faccarello G. (2000), *Nouvelle histoire de la pensée économique*, La Découverte.
- BROWN J. P. (1973), « Toward an economic theory of liability », *Journal of Legal Studies*, 2 : 323-350.
- BUCHANAN J. M. & TULLOCK G. (1962), *The Calculus of Consent*, University of Michigan Press.
- CALABRESI G. (1970), *The Costs of Accidents*, Yale University Press.
- CHAMPEIL-DESPLATS, V. GRZEGORCZYK C. & TROPER M. (2005), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant.
- COASE R. H. (1960), « The problem of social cost », *Journal of Law and Economics*, 3 : 1-44.
- COLEMAN J. L. (1980), « Efficiency, utility, and wealth maximisation », *Hofstra Law Review*, 8 : 509-551.

- COOTER R. D. & ULEN T. S. (2000), *Law and Economics* (3^e éd.), Addison Wesley Longman.
- COOTER R. D. (1982), « Law and the imperialism of economics : An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books », *University of California Law Review*, 29 : 1260-1269.
- CUSSET F. (2003), *French Theory*, La Découverte.
- DEFFAINS B. et FERREY S. (2007), « Analyse économique et théorie du droit », *Droits*, 45 : 223-254.
- DUPUY J.-P. (1992), *Le sacrifice et l'envie*, Calmann-Lévy.
- DWORKIN R. (1996), *Une question de principe*, Presses universitaires de France.
- ELICKSON R. C. (1989), « Bringing culture and human frailty to rational actors : a critique of classical *Law and Economics* », *Chicago Kent Law Review*, 65 : 23-55.
- ELICKSON R. C. (1991), *Order without Law*, Harvard University Press.
- FEBRERO R. & SCHWARTZ P. S. (1995), *The Essence of Becker*, Hoover Institution Press.
- FERREY S. (2008), *Une histoire de l'économie du droit*, Bruylant.
- FERREY S. (2008b), « Le juge et l'économiste : réflexions sur la théorie hayékienne du droit », *Cahiers d'Économie Politique*, 54 : 57-83.
- FISH S. (2007), *Quand lire, c'est faire*, Les Prairies ordinaires.
- FRIEDMAN M. (1995), *Essais d'économie positive*, Litec.
- FRYDMAN B. (2005), *Le sens des lois*, Bruylant.
- GARAPON A. (1996), *Le gardien des promesses*, Odile Jacob.
- HART H. L. A. (1976), *Le concept de droit*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis.
- HART H. L. A. (1983), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press.
- HAYEK F. A. (1973), *Law, Legislation and Liberty*, Routledge.
- HORWITZ M. (1980), « Law and Economics : Science or Politics ? », *Hofstra Law Review*, 8 : 905-912.
- HORWITZ M. (1992), *The Transformation of American Law*, Harvard University Press.
- HOVENKAMP H. (1990), « Positivism in *Law and Economics* », *California Law Review*, 78 : 815-852.
- JOLLS, C. & SUNSTEIN C.R. (2006), « Debiasing through law », *Journal of Legal Studies*, 35 : 199-24.
- JOUANJAN O. (2000), *Théories réalistes du droit*, Presses universitaires de Strasbourg.
- KAPLOW L. & SHAVELL S. (2002), *Welfare vs. Fairness*, Harvard University Press.
- KAPLOW L. & SHAVELL S. (2003), « Fairness vs. Welfare : notes on the Pareto principle, Preferences and Distributive Justice », *Journal of Legal Studies*, 32 : 331-362.
- KELSEN H. (1962), *Théorie pure du droit*, Dalloz.
- KELSEN, H. (1996), *Théorie générale des normes*, Presses universitaires de France.
- KITCH E. W. (1983), « The intellectual foundations of *Law and Economics* », *Journal of Legal Education*, 33 : 184-196.
- KITCH E. W. (1983b), « The fire and the truth : a remembrance of *Law and Economics* at Chicago, 1932-1983 », *Journal of Law and Economics*, 26 : 163-234.
- LENOBLE J. (1994), *La crise du juge*, LGDJ-Bruylant.
- LOEWENSTEIN G., ISSACHAROFF S., CAMERER C. & BABCOCK L. (1993), « Self-serving assessments of fairness and pretrial bargaining », *Journal of Legal Studies*, 22 : 135-159.
- LUHMANN N. (1985), *A Sociological Theory of Law*, Routledge.
- MCCLOSKEY D. N. (1986), « The rhetoric of *Law and Economics* », *Michigan Law Review*, 86 : 752-767.

- MCKELVEY R. D. & TALBOT P. (1999), « Taking the Coase theorem seriously », *Economics and Philosophy*, 15 : 235-247.
- MEDEMA S. G. & MERCURO N. (1997), *Economics and the Law : From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press.
- MEDEMA S. G. (1994), *R.H. Coase*, MacMillan.
- MEDEMA S. G. (1999), « Legal Fiction : the place of the Coase theorem in *Law and Economics* », *Economics and Philosophy*, 15 : 209-233.
- MICHAUT F. (2000), *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, L'Harmattan.
- MONGIN P. (2000), « La méthodologie au XX^e siècle », in Beraud A. & Facarello G. (2000), 340-378.
- OST F. & VAN DE KERCHOVE M. (1992), *Le jeu. Un paradigme pour le droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- POSNER R. A. (1970), « Review of Calabresi, the costs of accidents : a legal and economic analysis », *University of Chicago Law Review*, 37 : 636-648.
- POSNER R. A. (1973), *Economic Analysis of Law*, Little, Brown.
- POSNER R. A. (1975), « The economic approach to law », *Texas Law Review*, 53 : 757-782.
- POSNER R. A. (1976), « Blackstone and Bentham », *Journal of Law and Economics*, 19 : 569-606.
- POSNER R. A. (1977), *Economic Analysis of Law* (2^e éd.), Little, Brown.
- POSNER R. A. (1979), « Some uses and abuses of economics in Law », *University of Chicago Law Review*, 46 : 281-306.
- POSNER R. A. (1979b), « Utilitarianism, economics, and legal theory », *Journal of Legal Studies*, 8 : 103-140.
- POSNER R. A. (1980), « The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication », *Hofstra Law Review*, 8 : 487-507.
- POSNER R. A. (1984), « Wealth maximization and judicial decision-making », *International Review of Law and Economics*, 4 : 131-135.
- POSNER R. A. (1987), « The decline of law as an autonomous discipline : 1962-1987 », *Harvard Law Review*, 100 : 761-780.
- POSNER R. A. (1987b), « The law and economics movement », *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 77 : 1-13.
- POSNER R. A. (1990), *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press.
- POSNER R. A. (1992), *Economic Analysis of Law* (4^e éd.), Little, Brown.
- POSNER R. A. (1994), « What do judges and justices maximize ? (The Same Thing Everybody Else Does) », *Supreme Court Economic Review*, 3 : 1-41.
- POSNER R. A. (1995), *Overcoming Law*, Harvard University Press.
- POSNER R. A. (1996), *Droit et littérature*, Presses universitaires de France.
- POSNER R. A. (1996b), *Law and Legal Theory in England and America*, Clarendon Press.
- POSNER R. A. (2008), *How Judges Think ?*, Harvard University Press.
- PRIEST G. L. (1977), « The common law process and the selection of efficient rules », *Journal of Legal Studies*, 6 : 65-82.
- RAWLS J. (1997), *Théorie de la justice*, Le Seuil.
- ROSENFELD M. (2000), *Les interprétations justes*, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- ROWLEY C. K. (1981), « Social sciences and the law : the relevance of economic theories », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1 : 391-405.

- RUBIN P. H. (1977), « Why is the common law efficient ? », *Journal of Legal Studies*, 6 : 319-334.
- STROWEL A. (1992), « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner », *Archives de philosophie du droit*, 37 : 143-171.
- SUNSTEIN C. R. (2000), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press.
- SUNSTEIN C.R., SCHKADE D., ELLMAN L.M. & SAWIKI A. (2006), *Are Judges Political ?* Brookings Institution Press.
- TROPER M. (1994), *Pour une théorie juridique de l'État*, Presses universitaires de France.
- TROPER M. (2000), « Une théorie réaliste de l'interprétation », in Jouanjan O. (2000), 43-62.
- UNGER R. M. (1983), « The critical legal studies movement », *Harvard Law Review*, 86 : 561-675.
- ZERBE R. O. (1980), « The problem of social cost in retrospect », *Research in Law and Economics*, 2 : 83-102.
- ZERBE R. O. (2001), *Economic Efficiency in Law and Economics*, Edward Elgar.