

## Note de lecture

### « L’approche économique de la décision de justice du juge Richard A. Posner »,

D’après les travaux de Samuel Ferey,

Par Sylvie Perdrille

[Samuel Ferey a présenté l’approche économique de la décision de justice du juge Richard A. Posner lors du séminaire sur l’acte de juger et les travaux qui ont suivi.<sup>1</sup>]

1

#### Qui est Richard A. Posner ?

Richard Posner, né en 1939, a été professeur à l’université de Chicago et juge à la cour d’appel de Chicago. Il a publié *Economic Analysis of Law* au début des années 1970, proposant une méthode d’analyse qui a fortement structuré le champ de l’économie du droit, très dispersé jusqu’à cette date. C’est autour de ses outils et méthodes que s’est d’abord développée l’économie du droit contemporaine.

Le contexte de ses travaux est celui de l’école de Chicago, école d’économie libérale. La philosophie de Posner est très influencée par l’utilitarisme. Le droit est avant tout conçu théoriquement comme un ensemble de contraintes traduisibles par des prix explicites, une amende par exemple, ou implicites liés au coût d’opportunité des sanctions juridiques, pénales ou civiles. Posner suppose que les acteurs anticipent rationnellement les décisions de justice ce qui explique l’hypothèse de l’efficacité de la *common law*.

De nombreux travaux d’économistes, dont principalement Sunstein, économiste décédé en 2001, et Kahneman, prix Nobel d’économie en 2002, ont, à partir des années 80, remis en cause l’hypothèse d’un acteur rationnel et exploré les hypothèses de rationalité limitée, ce qui a donné lieu à une grande diversité d’approches et a complexifié les grilles de lecture.

Mais le paradigme posnérien qui consiste à explorer les articulations entre acteurs, anticipations et croyance des acteurs et acte de juger reste la clé des analyses économiques du droit

---

<sup>1</sup> Rapport de recherche déposé en janvier 2010 par Bruno Deffains et Samuel Ferey : *Analyse économique du droit et théorie du droit : perspectives méthodologiques*, GIP mission recherche droit et justice.

### L'approche économique du droit et le tournant réaliste.

L'approche économique du droit est née dans les années 60 au moment où la représentation de l'interprétation du droit comme un acte formel de pure connaissance a été peu à peu abandonnée par une partie importante des théoriciens du droit. Il faut rappeler que le droit, dans un pays de common law, est constitué par un ensemble comprenant les lois et les décisions de justice, ces dernières ayant une importance considérable.

Le positionnement des différents courants théoriques en *Law and Economics* obéit à l'idée que les hypothèses faites en économie sur l'information et leur traitement (signal, information parfaite ou non, capacités cognitives des agents, anticipations) trouvent leur contrepartie dans une certaine représentation de l'interprétation juridique. L'interprétation juridique est ainsi définie : l'opération intellectuelle que fait le juge dans ses décisions et qui vise à déterminer le sens d'un texte en vue de préciser la portée de la règle dans son contexte d'application.

**La théorie traditionnelle** de l'interprétation juridique s'appuyait sur deux piliers : **l'interprétation est un acte de connaissance dont l'idéal type est le syllogisme ; le juge est la bouche de la loi.** Les juges sont contraints par le sens des normes. Le formalisme suppose que l'interprétation consiste à découvrir la seule intention de l'auteur mais cette recherche requiert aussi une interprétation, ce qui a conduit à de très nombreux débats constitutionnels.<sup>2</sup>

Tout le courant *Law and Literature* aux Etats Unis a remis en question ce mythe formaliste en montrant que le sens profond des œuvres littéraires ne se comprend pas dans la littéralité des textes et dépasse l'intention de leurs auteurs. Le lecteur devient le centre de gravité du processus interprétatif et **interpréter est alors un acte de volonté.** Ce courant réaliste a critiqué fortement l'approche formaliste au motif qu'elle cachait en réalité une interprétation discrétionnaire qui n'exposait pas les vrais motifs des décisions.

**Posner**, qui a commencé par faire des études de littérature avant de poursuivre des études de droit puis d'économie, a adopté **une perspective réaliste**, ce qui lui a permis de fonder l'économie du droit comme une authentique théorie de l'interprétation juridique. L'approche réaliste ne signifie pas que l'interprète décidera de manière arbitraire, il est aussi soumis à des contraintes, et au contraire Posner va élaborer une science objective du droit grâce à la théorie économique du droit.

### La théorie économique du droit de Posner.

La théorie économique de Posner fait une synthèse entre les approches précédemment élaborées dans les années 60 :

-celles de Becker<sup>3</sup>, qui consiste principalement à **comprendre l'impact économique des règles de droit.**

---

<sup>2</sup> La constitution américaine source principale de la common law date de 1787 et les débats sur « *l'original intent* » sont très nombreux.

<sup>3</sup> Gary Becker (1930/ 2014), économiste membre de l'école de Chicago, a reçu le prix Nobel d'économie en 1992 pour avoir étendu le domaine de l'analyse microéconomique à un grand nombre de comportements humains et à leurs interactions. Il a ouvert de très nombreux champs de recherche, s'intéressant au « capital

-celles de Coase<sup>4</sup> qui consiste à **lire le droit avec les outils des économistes**.

L'originalité de la théorie de Posner est d'articuler la théorie de l'action (le comportement des acteurs), celle des croyances (les anticipations des acteurs) et les théories des normes juridiques.

Pour Posner, les juges sont des acteurs cherchant par leurs décisions à générer l'efficacité économique globale. C'est la théorie du « comme si » : il faut étudier les décisions des juges comme s'ils cherchaient à maximiser l'efficacité économique définie comme une fonction de bien-être prenant en compte à la fois les coûts qu'un agent subit à suivre la règle de droit et les bénéfices générés par cette règle. Dans le cas, par exemple de la responsabilité civile des accidents, les coûts de la règle sont les précautions à prendre pour diminuer la probabilité de l'accident ainsi que les sanctions attendues et les bénéfices seront ceux résultant de la probabilité de la diminution des accidents.

Posner résume cette règle en disant que les juges tranchent les conflits d'une manière complexe mais qui peut être rationalisée au regard de ces éléments de calcul ; il s'agit alors de **décrire l'action des juges**. Cette approche a ouvert la voie à des recherches sur l'action des acteurs sociaux et leur anticipation des décisions de justice. L'approche économique peut aussi comporter un aspect normatif : elle permet de préconiser des solutions jurisprudentielles au regard des critères d'efficacité économique. **Les modèles d'économie du droit ont vocation à rationaliser les décisions des juges, voir aussi à les prédire.**

Sa théorie implique un justiciable rationnel qui a une bonne information sur les règles de droit qui sont autant de contraintes économiques, ce qui lui permet d'anticiper son comportement et un juge qui cherche à maximiser le bien-être social. Ceci implique une bonne connaissance de la manière dont les justiciables anticipent les règles et de pratiquer une boucle de rétroaction pour s'assurer de l'efficacité du raisonnement.

Dans ce schéma, **la décision du juge est une variable à anticiper**. En économie le temps va du futur au présent, il s'agit d'anticiper l'avenir et cette anticipation déterminera le comportement. Les acteurs doivent donc anticiper correctement les décisions des juges. C'est parce que le futur est incertain que les acteurs ont besoin d'une règle de conduite. Le droit fait un pont entre le passé, le présent et le futur.

L'intérêt de cette approche est qu'elle permet une analyse critique des décisions de justice à partir de leurs résultats. Et qu'elle dévoile les arbitrages faits par les juges entre les différentes options possibles.

### **Le pluralisme contemporain en économie du droit.**

Cette approche d'un acteur rationnel a été remise en cause dès les années 80 et de nombreuses théories ont exploré diverses facettes des comportements des acteurs. L'analyse empirique des conflits conduit à interroger, si les acteurs sont rationnels, la persistance des litiges. Posner lui-

---

humain » dont la définition dépasse le seul intérêt monétaire, à l'éducation, la formation, la famille ; il s'est intéressé à la criminalité et a fait des recommandations de politique pénale.

<sup>4</sup> Ronald Coase (1910/2013), prix Nobel d'économie en 1991, a été reconnu pour ses travaux sur la nature et les limites de l'entreprise (*The nature of the firm*, 1937), et sur les coûts de transaction.

même, parlant des litiges, reconnaît l'existence d'une rationalité limitée, d'un trop grand optimisme ouvrant la porte aux travaux qui vont suivre.

**L'hypothèse de la rationalité limitée** présentée par Sunstein en 2001, et Daniel Kahneman est une critique de la théorie de l'acteur rationnel. Son point de départ est d'abord une interrogation sur la notion de rationalité qui ne permet pas de décrire correctement les processus de décision des acteurs ni de prédire leurs comportements. Ses travaux retiennent plusieurs facteurs : l'acteur n'est pas seulement égoïste, il peut être conduit par d'autres objectifs, la justice, la réciprocité, les capacités cognitives de chacun sont d'autre part limitées et enfin le pouvoir sur soi-même est limité. Ceci conduit à analyser la pluralité des préférences possibles et la pluralité des processus de décision. L'économie comportementale s'appuie sur les travaux des sciences cognitives, s'attache à décrire les biais de rationalisation, l'optimisme par exemple, à prédire l'irrationalité et développe des études de cas. Ces études concernent les acteurs sociaux mais peuvent aussi concerner les juges eux-mêmes.<sup>5</sup> On a pu parler d'une science de l'irrationnel pour décrire ces travaux.

Sunstein partage une approche réaliste de l'interprétation juridique par le juge mais il refuse aussi que cet acte soit de pure volonté. **Il insiste sur les contraintes qui s'imposent au juge** : celles de la communauté juridique, des accords au moins partiels sur des arguments même s'ils sont incomplètement théorisés qui prévalent dans la communauté juridique et qui s'imposent au juge. L'interprétation juridique peut en partie être anticipée au regard de ces consensus informels existant dans la communauté juridique. Mais ces contraintes laissent toujours une marge d'interprétation au juge d'autant qu'il décide dans un contexte informationnel imparfait.

Les travaux économiques se sont multipliés depuis : il peut s'agir de calculs de probabilité avec l'introduction des modèles mathématiques concernant les pensions alimentaires ou l'indemnisation des préjudices, de travaux comparatifs des jurisprudences des cours d'appel. Une meilleure connaissance des biais peut permettre d'explorer des voies pour lutter contre ces biais, ce sont les travaux sur le redressement cognitif... Ces travaux ouvrent la voie d'un nouveau rôle social pour la jurisprudence et de nouvelles ressources pour l'interprétation juridique.

Samuel Ferey donne un exemple sur lequel il a travaillé : l'affaire du Distilbène. Le Distilbène était une hormone de croissance donnée aux femmes ayant une grossesse difficile. Très largement prescrit dans les années 50/60/70, cette molécule est interdite en 1977 après que des recherches aient démontré de très graves conséquences : les femmes nées suite à ces grossesses ont découvert leur infertilité ou ont développé de graves cancers. Cette molécule était distribuée par deux laboratoires mais les femmes plaignantes ne pouvaient pas démontrer quel était le laboratoire qui avait fourni à leur mère ce médicament en raison de l'ancienneté des faits. La Cour de cassation a, le 24 9 2009,<sup>6</sup> renversé la charge de la preuve en faveur de la victime : une fois établi que cette molécule était à l'origine du cancer, elle a décidé qu'il appartenait au laboratoire de prouver que son produit n'avait pas été distribué à cette personne.

Samuel Ferey propose un calcul de probabilité pour déterminer la part de responsabilité de chacun des laboratoires. Dans l'hypothèse où l'un des laboratoires a distribué 90% des molécules et l'autre 10%, il paraîtrait plus juste de décider que le premier laboratoire est responsable pour 90% du

---

<sup>5</sup> *Des juges sous influence*, Les cahiers de l'ENM/Dalloz 2015/4

<sup>6</sup> Arrêts n°870 et 880 du 24 9 2009 de la première chambre civile de la Cour de cassation.

## Note de lecture – Richard A. Posner

dommage et l'autre pour 10% du dommage plutôt que de décider que les deux laboratoires sont responsables pour moitié du dommage (50/50). Sa proposition de modèle de calcul de probabilité est une aide à la décision qui est en adéquation aussi avec une approche de ce qui est perçu comme juste.

Comme toute approche, l'approche économique requiert un regard critique mais cette approche peut être élaborée non pas comme un modèle se substituant à la décision du juge mais comme un modèle l'accompagnant, conclut celui-ci.