

que

eau

FAUT-IL AVOIR RECOURS À L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT (AED) POUR ASSURER L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE DU DROIT ?

Par

Arnaud Raynouard¹
Professeur à l'Université Paris-Dauphine

Efficacité économique du droit ? Les termes sonnent bien, mais laissent un peu perplexe lorsque l'on tente de leur donner une substance. Dire de quelque chose qu'il est *efficace* suppose un jugement de valeur. Ici c'est l'efficacité économique... ce qui laisse (presque) entière l'interrogation : qu'entend par "économique" ?²

Une première définition, classique, indique que l'économique renvoie à l'activité humaine, consistant en la production, la distribution, l'échange et la consommation de produits et services. L'approche est trop restrictive et il est préférable de retenir une seconde définition. L'économique, selon une approche *réaliste*, est tout ce qui touche à l'activité humaine dans sa dimension de production/consommation, sociale et politique.

De ce point de vue, sans doute, *tout* le droit a une dimension économique — cela justifie le champ élargi sur lequel se porte l'*analyse économique du droit* (AED). En effet, le mouvement dit *Law & Economics* (L&E)³, né dans les années 1950 à l'Université de Chicago⁴, s'il s'est initialement intéressé aux domaines du droit "évidemment" économique, tel que le droit de la concurrence ou le droit des sociétés, s'est ensuite tourné vers l'analyse de la responsabilité civile⁵, du droit pénal⁶ ou encore du droit de la famille⁷.

Or, si on se place du côté des économistes, on rencontre, évidemment, des conceptions politiques différentes : capitalisme et économie de marché ouvert,

¹ Directeur du programme *Efficacité économique du droit (2eD)* de la Fondation pour le droit continental.

² Braudel écrivait que "l'économie, en soi, cela n'existe évidemment pas", *La dynamique du capitalisme*, Champs Flammarion, 1985.

³ J'emploierai ensuite indifféremment ces deux sigles, AED et L&E, pour désigner l'analyse économique du droit.

⁴ Il s'agit surtout d'une "renaissance", l'approche réaliste ayant d'abord existé, sous d'autres modalités, en Europe. Certains auteurs classiques, tels que Jean-Jacques Rousseau ou Locke, ayant eu une approche similaire (sans doute sans l'exprimer ainsi, et pour cause, la singularité actuelle des sciences économiques n'existait pas). Le mouvement de l'École historique allemande relève elle aussi d'une démarche similaire ; sur l'histoire de la *Law & Economics* et ses filiations, v. E. Mackaay, p. 7 et s., ainsi que son article *History of Law and Economics*, in *Encyclopedia of Law & Economics*, Bouckaert et De Geest (dir.).

⁵ G. Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, 1970.

⁶ G. Becker, *Crime and punishment: An Economic Approach*, *Journal of Political Economics*, 1968, vol. 76, p. 169.

⁷ G. Becker, E. Landes et R. Michael, *An Economic Analysis of Marital Instability*, *Journal of Political Economics*, 1977, vol. 85, p. 1141.

planification... Keynes enseignait dès 1933 que les flux financiers internationaux sont toujours politiques !

Si on veut envisager l'efficacité économique du droit, c'est donc par rapport à un paradigme économique donné.

Dans leur ouvrage, Ejan Mackaay (et Stéphane Rousseau), adoptant la posture de la L&E nord-américaine, ils s'enferment (au sens non péjoratif de limitation du champ épistémologique) dans un concept économique centré sur deux concepts :

- le *marché ouvert* (concurrence) et *efficient* (allocation des ressources) ;
- la *rationalité* des acteurs (la "rational choice theory", ou RCT).

Or, si on peut formuler deux reproches, essentiels, à l'École de Chicago, c'est précisément, d'une part, de croire trop fermement au caractère auto-régulateur ou auto-correcteur des marchés (de sorte que le marché sera toujours efficient) et de donner une place centrale et sans nuance à la rationalité de l'acteur économique.

J'en donnerai deux exemples⁸. Lorsque l'on évoque les conflits de voisinage, en soulignant que le juge a à connaître de contentieux dont l'origine est parfois simplement la jalousie ou la détestation de son voisin, considérer que ces éléments sont rationnels s'apparente surtout à une pirouette intellectuelle. Ou encore, lorsque Jean Tirole, dans un article remarquable, analyse les logiciels et les droits d'auteur, il le fait uniquement au travers du prisme de l'incitation (rémunération) et non de la fonction allocative (distributive) de l'information. Or, le développement des logiciels libres répondra à une autre logique que la seule fonction incitative (ce qui est rationnel, mais se détache du jeu du marché concurrentiel et donc de l'appropriation de l'exclusivité de l'information).

Je ferai ici deux observations.

1^{ère} observation. Cet enfermement théorique – qui repose sur des outils d'analyse – oblige soit à contester la démarche des auteurs, soit à abandonner toute vision critique de la démarche pour se contenter de l'appliquer au domaine du droit. L'AED sous cet angle, est une formidable machine à broyer, ingurgiter et digérer les contre-arguments.

2^{ème} observation. Lorsque je parle d'efficacité économique, j'emploie à dessein cela dans un sens dépassant cet enfermement pour y inclure la dimension sociale et politique.

Ainsi, par exemple, si on prend la question du salaire minimum, ou celle des externalités, l'AED amène à identifier des effets pervers (au sens où l'entend Boudon⁹, d'un résultat différent de ceux recherchés). Néanmoins, ces effets peuvent être voulus et acceptables, efficaces socialement¹⁰.

À rebours de la pensée dominante dans la littérature économique de ces dernières décennies, il me semble que la règle de droit est loin d'avoir l'effet automatique qui lui est prêtée et que la diversité des règles n'est pas une entrave au développement économique (cas du développement économique du Japon/Corée du Sud/Chine...).

Le constat (nécessairement subjectif !) est que l'efficacité économique n'est pas un concept, et saisir comment l'apprécier ne se fait pas, sculement et exclusivement, au moyen des outils de l'analyse économique. Ceci étant dit, il faut alors immédiatement ajouter que l'analyse économique est, sans conteste, un

⁸ Cette intervention datant de juin 2008, elle précéda la déflagration de la crise financière qui eu lieu fin août. Depuis lors, le principe du caractère auto-correcteur des marchés, non pas invalidé, a été fortement mis en question.

⁹ R. Boudon, *Effets pervers et ordre social*, PUF, 1977.

¹⁰ Boudon parle d'effets pervers positifs ou négatifs. Leur qualificatif de pervers tient simplement à ce que les effets en question ne sont jamais désirés *ab initio*.

élément de cette appréciation. Sur cette idée, on rejoint pleinement la position subtile d'Ejan Mackaay (p. 6) lorsqu'il indique "qu'il serait insensé de se priver" de l'apport d'un emprunt aux sciences sociales comme l'AED.

Si la L&E "cherche à remonter à la raison d'être des institutions juridiques" (*ibid.*), encore faut-il voir que cette raison d'être est attachée, consubstantielle, à une posture intellectuelle finaliste. Un juriste averti en vaut (peut-être) deux !

Les rapports *Doing Business*, la nouvelle économie comparée et la théorie des origines légales

Il faut ici faire un bref rappel : la Banque mondiale, plus précisément une de ses filiales, la International Finance Corporation (IFC), publie les rapports *Doing Business* depuis 2004. Établis sous la direction "scientifique" d'un économiste, Siméon Djankov, ces rapports offrent une mesure de la facilité¹¹ à faire des affaires, au moyen de 10 indicateurs (tel que la facilité à créer une entreprise, la durée d'obtention d'un permis de construire, le temps consacré au paiement de l'impôt et la charge de celui-ci, etc.), dans 181 pays. Est ainsi établi un classement des pays (*ranking*) et une ligne directrice du sens des réformes à entreprendre pour rejoindre les pays les plus dynamiques économiquement.

Le postulat adopté (et non discuté) est que le droit est facteur de croissance économique¹². *Contra...* beaucoup de choses, j'y reviendrai.

À ce stade, je formulerai deux observations.

1^{ère} observation. Il y a une certaine mauvaise foi des auteurs de *Doing Business*, résultat d'un parti pris idéologique (sous couvert d'une démarche dite méthodologique) et d'une rigueur du travail discutable. Idéologiquement, l'évaluation est faite par rapport à un modèle de marché ouvert et de capitalisme financier... mais cette approche qui s'inscrit dans l'orthodoxie du "consensus de Washington" n'est pas explicitement annoncée. Quant à la qualité du travail mené, elle est très contestable. Ainsi, pour ne prendre que deux exemples, les éléments mesurés varient selon les pays de sorte que la comparabilité des résultats est douteuse, ou encore la méthode employée des questionnaires est incohérente car elle n'est ni systématique, ni rigoureuse¹³.

2^{ème} observation. Les rapports reposent sur une école spécifique de la L&E, menée par Siméon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez de Silanes, Andrei Shleifer, Robert Vishny : la *Law & Finance*, qui donna naissance à la *nouvelle économie comparée*. La *Law & Finance* est également appelée, ou a également évolué, en une *théorie des origines légales*.

C'est là où le bât blesse. Entendons-nous bien, le reproche n'est pas tant de procéder à ces évaluations que d'utiliser un seul et unique courant de pensée, alors que la L&E est riche et de plus en plus diversifiée (Mackaay, précité).

De la nouvelle économie comparée à la théorie des origines légales.

Commençons par le plus facile, le persiflage et la critique (bien française), en relevant la naïveté et la candeur¹⁴ (simplisme) du référent politique de ces auteurs.

¹¹ Les coûts associés, la bureaucratie, les délais, etc.

¹² Cette posture intellectuelle n'est pas nouvelle (ce fut celle de la Law & Development des années 1960) ; elle est devenue un lieu commun d'une partie non négligeable de l'analyse économique néo-classique ainsi que des institutionnalistes.

¹³ Pour un détail des critiques, v. le site du programme Efficacité économique du droit (2eD), sur www.fondation-droitcontinental.org.

¹⁴ Ce "simplisme" laisse entier la question de savoir s'il est volontaire ou... juste lié à une croyance profonde en la réduction de la complexité des relations humaines à quelques idées "de base".

On peut également critiquer, la croyance mal assimilée de l'équipe *Doing Business* dans le postulat énoncé par Posner, selon lequel le *Common Law* est naturellement efficient, plus que le "droit civil" (entendre le droit de tradition romano-germanique). Il me semble en effet que la position de Posner, qui n'indique jamais que le *Common Law* est supérieur au droit civil continental et relève d'ailleurs la "convergence" des deux traditions¹⁵, doit se comprendre comme une affirmation (jamais vraiment démontrée) de la plus grande efficacité du juge ou des acteurs économiques (marché) par rapport à l'intervention de l'État, à l'intervention du gouvernement central. C'est donc essentiellement le droit fait par les juges ou les parties intéressées qui est considéré comme plus efficient économiquement, et non la considération du système juridique¹⁶.

Ceci étant dit la *nouvelle économie comparée* a un objectif et un cadre de référence qui ne peut être ignoré et mis de côté sans discussions. Son objectif est d'identifier l'efficacité économique des modalités alternatives de mise en œuvre du capitalisme (schématiquement, avant les années 1990, on opposait le capitalisme à la planification). La question, selon les tenants de ce courant, est renouvelée avec la fin du modèle dit "communiste", qui oblige à dresser un tableau plus fin des différences entre les systèmes (puisque l'opposition paradigmatique, libéralisme / planification aurait disparu¹⁷).

Cet objectif est fixé dans un cadre de référence institutionnel particulier, les auteurs de la nouvelle économie comparée considérant qu'il existe une tension nécessaire entre un régime de dictature et, à l'opposé, un régime de désordre. Ces deux aspects, dictature et désordre, constituent les deux risques essentiels pour une société et doivent être appliqués au développement et à l'organisation des affaires.

Leur idée est simple (presque trop). Il faut des institutions juridiques "de base" pour permettre le développement économique (droits de propriété, modalités d'exécution des contrats, etc.), afin de protéger/inciter les acteurs économiques, et en même temps, il faut également une protection contre l'État. Dès lors, le curseur va de plus de contrôle étatique (dictature) diminuant les désordres sociaux vers moins de contrôle étatique mais avec plus de risques de désordres¹⁸.

À cela s'ajoute une réflexion (très simpliste tout de même) concernant l'acculturation des modèles juridiques (ce que l'on nomme en anglais le *legal transplant*). En effet, à aucun moment, ces auteurs ne tiennent compte des débats portant sur l'existence même de phénomènes d'acculturation, et notamment le courant¹⁹ qui conteste la possibilité (et donc l'efficacité) d'une telle démarche.

¹⁵ R. Posner, *Lecture 2 : Formal Versus Substantive Economic Theories of Law*, in *Law, Economics, and Democracy – Three Lectures in Greece*, 2002, Sakkoulas Publishers, p. 29.

¹⁶ Il faut d'ailleurs poursuivre le raisonnement et considéré alors que le droit administratif français, largement fondé sur la jurisprudence (par rapport au droit privé, plus rigide et enfermé dans les canons du code civil et de la méthode civiliste), correspond bien à cette idée.

¹⁷ L'emploi du conditionnel est volontaire, l'affirmation étant discutable : que le modèle du communisme soviétique ait à peu près disparu est peu contestable, mais cela n'a pas invalidé les études marxistes pour autant, bien au contraire, et n'a certainement pas fait disparaître les modèles de régulation, c'est-à-dire fondés sur l'encadrement des activités de marché. Toute la question étant de déterminer la dose d'interventionnisme et le degré de liberté laissé au jeu du marché.

¹⁸ Ce cadre de référence des institutions politiques est modélisé dans un tableau dit des frontières des possibilités institutionnelles (*Institutional Possibility Frontier*, IPF), mettant en ordonné les pertes sociales liées à un système de dictature et en abscisse les pertes sociales liées au désordre. Les pertes sociales sont mesurées en termes de fiscalité et d'expropriation au profit du gouvernement. V. S. Djankov, E. Glaeser, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes et A. Shleifer, *The New Comparative Economics*, *Journal of Comparative Economics*, 2003, vol. 31, p. 595.

¹⁹ Dont le chef de file est Pierre Legrand, *The Impossibility of Legal Transplants*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, p. 111 ; pour une vive critique, mais qui est plus une incompréhension de forme, car l'auteur me semble rejoindre pratiquement les idées de Pierre Legrand,

Dans l'article fondateur de la nouvelle économie comparée, il est fait mention des origines légales ; aussi est-il parfois fait référence au mouvement dit *Law & Finance* comme étant celui des *origines légales*. Il est indiscutable que les idées fondatrices de la théorie des origines légales existent dès le début des écrits de *Law and Finance*. Il n'en reste pas moins que, quelques années plus tard (et quelques rapports *Doing Business* plus tard), pour la première fois, un article est publié, en mai 2008, sous le titre de la *Legal Origins Theory*, la théorie des origines légales. Celle-ci pose en règle, très simple²⁰ que le développement économique actuel est fonction de l'origine légale et que seule les économies de tradition de *Common Law* sont performantes.

C'est cette mouvance intellectuelle qui inspire²¹ ensuite la *méthode* du rapport *Doing Business* : des questionnaires adressés à des professionnels (essentiellement des avocats) articulés autour d'un cas pratique permettant d'évaluer le traitement "légal" d'une situation (création d'une société commerciale, obtention d'un permis de construire d'un hangar, obtention d'un crédit, protection de l'investisseur, paiement des obligations fiscales, exportation/importation de marchandises, transfert de la propriété immobilière, emploi d'un salarié, exécution forcée d'un contrat, procédure collective). Cela permet de disposer de 10 indicateurs de la "facilité" à faire des affaires, chaque situation étant mesurée au travers de divers critères (durée en jours, coût).

Les problèmes soulevés par cette méthode sont nombreux. Ainsi, pour n'en mentionner que deux, d'une part, le contexte est totalement ignoré (ce qui empêche de tirer de véritables enseignements sur l'efficacité des règles envisagées²²) et, d'autre part, les questions posées sont conçues uniquement au regard d'un système légal idéal qui correspondrait au système "nord-américain"²³.

On terminera par une remarque et une observation.

Remarque. Les réponses aux questionnaires donnent lieu à un traitement statistique extrêmement simple (sans pondérations particulières), et débouchent sur un classement relatif (niveau d'un indicateur pays par rapport aux autres). Il n'y a donc aucun modèle économétrique en l'espèce.

Observation. Et cette remarque soulève un questionnement : comment se fait-il que les rapports *Doing Business* aient eu un si retentissant écho, un si grand succès, et largement contribués à mettre en avant la *Law & Economics*... alors que

v. A. Watson, *Legal Transplants and European Private Law*, *Electronic Journal of Comparative Law*, (Décembre 2000), vol. 4.4, <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>.

²⁰ Cette simplicité est sans doute une raison de l'immense succès de cette théorie au sein de la communauté des économistes... en dépit de toutes les analyses, théoriques et empiriques, qui indiquent le contraire : voir pour une dénonciation vigoureuse de l'inexactitude de la théorie des origines légales, S. Voigt, *Are International Merchants Stupid? A Natural Experiment Refutes the Legal Origins Theory*, ICER Working paper, 2005 (ICERwp21-05). Voir également : J. Rosser et M. Rosser, *A Critique of the New Comparative Economics*, *The Review of Austrian Economics*, 2008, vol. 21, p. 89; K. Dam, *The Law-Growth Nexus, The Rule of Law and Economic Development*, Brookings Institution Press, 2006.

²¹ En réalité, l'inspiration est plutôt direction : Siméon Djankov dirigeait les Rapports *Doing Business* jusqu'à la mi-2008, date à laquelle il réussit le tour de force de devenir le *chief economist* de la IFC, Penelope Brook lui ayant succédé à la tête des rapports *Doing Business*.

²² Mettre de côté le contexte n'est pas, en soi, un reproche puisque précisément les outils de l'économétrie (en gros, la modélisation) reposent sur une stylisation de la réalité. En revanche, cela devient problématique lorsque l'objectif est de mesurer une situation réelle (la facilité à faire des affaires) et cela est, conceptuellement, étrange en l'espèce, en raison de l'appareil scientifique sous-jacent aux rapports *Doing Business*, puisque précisément la nouvelle économie comparée repose sur une grille d'analyse du contexte politique (le *Institutional Possibility Frontier* ; cf. supra).

²³ Le système légal de référence des rapports DB est "idéal" en ce sens qu'il ne correspond même pas à la réalité du droit positif nord-américain. En revanche, ce sont des critères liés au modèle économique nord-américain qui guident les auteurs des rapports.

précisément, il ne s'agit pas d'une véritable démarche d'analyse économique du droit. Dit avec moins de nuances, il s'agit d'une analyse économique du droit de très mauvaise facture, n'en possédant ni la rigueur, ni la richesse. Il s'ensuit que cette démarche ne participe pas à l'objectif de "remonter à la raison d'être des institutions juridiques" afin d'en "exprimer l'ordre sous-jacent" (Mackaay, p. 7). Et pourtant, c'est sans aucun doute grâce à ces rapports que les juristes français s'intéressent enfin, explicitement²⁴, à cette démarche !

C'est en effet, schématiquement, en réaction à *Doing Business* que fut créé dès 2004, le programme *Attractivité économique du droit* (AED) dirigé par Bertrand du Marais, auquel succéda, fin 2007, le programme *Efficacité économique du droit* (2eD) porté par la nouvelle Fondation pour le droit continental²⁵.

Je me bomerai à une seule observation, pour insister sur le fait que l'utilité d'un programme comme 2eD se mesure à l'importance des débats, aujourd'hui, sur le lien entre droit et croissance/développement économique et sur la concurrence normative. Il s'agit donc d'inclure, de banaliser, le phénomène de l'AED pour mesurer le droit et l'adapter à son époque.

L'ouvrage de Ejan Mackaay et de Stéphane Rousseau apporte une riche moisson d'éléments permettant d'identifier le phénomène de l'AED (I), ce qui permet d'esquisser une réponse à la question de savoir s'il est possible et utile de mesurer le droit (II).

I. Le phénomène de l'AED

En France, l'AED est, en majorité, rejeté (B), en dépit de ses attraits (A)²⁶.

A. Les attraits de l'AED.

Ejan Mackaay cite des auteurs voyant dans le L&E le mouvement de pensée le plus important dans le domaine de la pensée juridique. Ainsi, selon Bernstein, l'AED a accédé à des hauteurs atteintes par aucune autre école de théorie du droit. Déjà, pour cela, il est impossible d'ignorer ce mouvement. Mais l'attrait de l'AED tient également à des raisons qui n'ont rien à voir avec la démarche juridique.

Raisons extrinsèques au droit ; j'en vois deux essentiellement.

1. Le recours à l'économie formelle et, notamment aux outils de l'économétrie (modélisation mathématique). Cela permet de simplifier des questions complexes, ramenées à des éléments essentiels (performants). Cela permet également

²⁴ En réalité, la réflexion et l'exploration de l'économie du droit a toujours existé dans la doctrine française (quoi que plus rarement sous la plume des juristes) : la démarche se retrouve dans les travaux du Conseil d'État, de la Cour des comptes, de l'ancien Plan... Les économistes (français) ont toujours analysés des situations légales etc. Reste, sans doute, que la doctrine "civiliste" dominante n'a-t-elle pas, par manque de culture économique (et aussi par une trop faible curiosité... ou manque de maîtrise des langues étrangères), été très prolifique en la matière, comme le relève d'ailleurs Mackaay (p. 14 et s.). Quant au sursaut de la doctrine "civiliste" de ces dernières années, il ne fait guère de doute que ces auteurs, en se rapprochant des économistes, sauront trouver une voix originale dans ce débat international.

²⁵ Pour de plus amples détails, v. le site 2eD, sur www.fondation-droitcontinental.org.

²⁶ Lorsque, à l'inverse, elle est adoptée par des juristes français (rarement), cela est trop souvent sans esprit critique, par un phénomène de fascination. Une approche médiane servirait plus le mouvement et, notamment, la place de la doctrine française au sein de celui-ci.

une mise en perspective de mouvement (traitement statistique) ce qui est un angle de vision enrichissant (dynamisme).

Cela met l'accent sur le déficit d'analyses empiriques dont souffre la méthode juridique française classiquement. Jean Carbonnier l'avait bien senti, lui qui insistait sur l'approche sociologique (et sur l'étude de l'application du droit). A cet égard, la doctrine sociologique, pour une partie de ses tenants, par ex. Raymond Boudon, a recours à des outils statistiques (en opposition avec la sociologie dans la lignée de Bourdieu).

2. Les outils de l'économiste sont mieux identifiés, mieux cernés, plus objectif que ceux du droit. Du moins lorsque l'on envisage les néo-classiques de l'École de Chicago, cela est sans doute moins vrai de l'École de la régulation (voir par exemple les travaux de Boyer).

Il y a donc une plus grande objectivité dans les analyses.

Faisons cependant place ici à une critique sceptique. Il ne faut, face à cette belle simplicité des outils, céder à une fascination du chiffre : les modélisations ne sont pas des boules de cristal permettant d'identifier la seule bonne et unique décision (déjà parce que le modèle réduisant la réalité, il ne préjuge pas de la réalité des conséquences, se bornant à identifier des conséquences potentielles, ou probables, des *corrélations* et non des causalités). L'objectivité économique souffre autant de discussions qu'en droit, sauf que ses failles sont plus aisément révélées par une modélisation formelle²⁷.

Raisons intrinsèques au droit ; j'en vois, ici aussi, essentiellement deux.

1. L'analyse des effets (application)... ce qui ne résulte pas d'une approche conceptuelle et intellectuelle du droit. Or cet aspect, retour d'information ou "prnostique", est intéressant.

2. Offrir un autre éclairage, une autre compréhension de la signification (économique) des règles et des institutions²⁸.

B. Le rejet de l'AED.

Il y a de bonnes et de mauvaises raisons à ce rejet, les premières constituant surtout une obligation de réception mesurée, un endossement critique.

Il est généralement utilisé deux *mauvaises raisons* pour rejeter l'AED.

1. Une première consiste à justifier le rejet de l'AED parce que c'est une analyse extérieure au droit, une démarche différente avec des outils différents (je n'exclus pas que la formalisation mathématique, souvent superflue d'ailleurs, soit pour beaucoup dans le rejet de l'AED).

2. Une seconde justification avancée est la trop grande abstraction de la démarche (notamment de découplage des modèles d'avec la réalité).

Cela justifie que l'on cantonne l'AED à une fonction de connaissance, de savoir (j'y reviendrai), mais cela est insuffisant pour rejeter comme telle la démarche (après tout il existe aussi de fortes abstractions en droit ; et même, la fiction en est une de ses techniques !).

Quant aux bonnes raisons de rejeter l'AED, qui sont plutôt des raisons justifiant, expliquant le rôle possible et les apports de l'AED, j'en identifie 3 : l'une

²⁷ Demoguc, à propos de la construction juridique classique du XIX^e siècle ne disait-il pas déjà qu'elle manifestait "tout un esprit juridique d'une netteté et d'une force très remarquable, mais excluant avec une rigueur peu commune ce qui ne rentrait pas directement dans ses cadres", *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911.

²⁸ J'emploie ici le terme "institution" au sens formel classique du droit. Donc dans un sens plus restreint que celui généralement retenu par les économistes lesquels, depuis Douglass North, y font entrer les institutions formelles, les règles, les coutumes et toute norme quelle que soit sa source.

visc les outils, les deux autres visent deux traits de la philosophie sous-jacente de l'AED.

1. Un certain nombre d'outils, ou de concepts, propres à la démarche de l'AED sont fréquemment invoqués par les juristes pour la rejeter.

Ainsi de la démarche visant à procéder à des *corrélations*. Une corrélation révèle l'évolution de données variables distinctes, ce qui est très différent de la causalité (le droit s'intéressant aux causalités, c'est-à-dire aux raisons causant un effet, que ce soit en matière de responsabilité civile, d'inexécution contractuelle ou de choix d'une norme).

Une étude empirique²⁹ indiquant que les adolescentes les plus exposées à des émissions télévisées à connotation sexuelle sont deux fois plus souvent enceintes que les autres n'explique en rien le lien entre les deux (les causes, au sens ou le droit l'entend, peuvent être multiples : la cohorte étudiée – qui regarde le plus la télévision – est celle qui est la moins encadrée par les parents, l'attrait pour de telles émissions est préexistante, de sorte que la cohorte la plus susceptible d'être enceinte est aussi la plus attirée par de telles émissions etc.).

Or, en droit (je ne parle pas du concept de cause en droit des contrats, souffre douleur de tout étudiant et passage obligé pour tout prof de droit privé), les règles et les institutions sont conçues de manière causaliste. C'est peut-être une illusion qui est en train de voler en éclat³⁰, mais le positivisme outrancier a la vie dure.

Ainsi également du recours au *postulat*. Il est vrai que celui-ci oriente déjà les résultats ; mais en même temps, c'est la seule démarche permettant de vérifier, ou d'infirmer, une hypothèse. Du moins lorsque cela est fait honnêtement.

Ainsi encore du concept de *marché auto-correcteur*. Qui ne voit aujourd'hui l'aveuglement qui consiste à ériger cette idée en dogme. Celui-là même qui justifie également l'idée selon laquelle il vaut mieux laisser le marché (y compris ses accidents, les crises) régler le cours des choses plutôt que le risque d'inconsistance (inefficience) d'une intervention étatique. Mais ce concept n'est pas érigé en dogme par tous les courants de la pensée économique (ainsi notamment la *Harvard School* ou la *New Haven School*, tout en partageant certains des mêmes principes sur lesquels la *Chicago School* s'est bâtie).

Ainsi enfin, pour ne présenter qu'un dernier concept, mais un de taille, le recours au présupposé de la *rationalité*. Celui-ci devrait rassurer les juristes français, le droit civil étant souvent décrit comme une matière logique, de raisonnement cartésien. Malheureusement, la réalité est plus tortueuse, et la belle algèbre du droit n'est souvent qu'un exposé en amphithéâtre qui ne résiste pas à l'épreuve d'un

²⁹ A. Chandra, S. Martino, R. Collins, M. Elliot, S. Berry, D. Kanouse et A. Miu, *Does Watching Sex on Television Predict Teen Pregnancy? Findings From a National Longitudinal Survey of Youth*, Pediatrics 2008, vol. 122 p. 1047.

³⁰ Notamment grâce à l'analyse économique du droit ! Mais déjà, Fernand Braudel avait insisté sur cet aspect dans *Civilisation matérielle, Économie et Capitalisme*, comme il l'indique lors d'une conférence en 1976 (publié sous le titre *La dynamique du capitalisme*, précité) : "C'est du quotidien que je suis parti, de ce qui, dans la vie, nous prends en charge sans même que nous le sachions : l'habitude – mieux, la routine –, mille gestes qui fleurissent, s'achèvent d'eux-mêmes et vis-à-vis desquels nul n'a à prendre de décision, qui se passent, au vrai, hors de notre pleine conscience. Je crois l'humanité plus qu'à moitié ensevelie dans le quotidien. D'innombrables gestes hérités, accumulés pêle-mêle, répétés infiniment jusqu'à nous, nous aident à vivre, nous emprisonnent, décident pour nous à longueur d'existence. Ce sont des incitations, des pulsions, des modèles, des façons ou des obligations d'agir qui remontent parfois, et plus souvent qu'on ne le suppose, au fin fond des âges. Très ancien et toujours vivant, un passé multiséculaire débouche sur le temps présent comme l'Amazonie projetée dans l'Atlantique l'énorme masse de ses eaux troubles". On rapprochera de cette intuition, celles, antérieures, de Max Weber dans *Économie et société* (1921), *Histoire économique* (1923) et *Sociologie du droit*.

prétoire ou de la négociation d'un contrat ! En d'autres termes, la rationalité du droit est souvent surévaluée. Or, précisément, le rôle attribué à la rationalité des acteurs économiques est difficile à combiner avec la nécessaire ou incontournable absence de raisonnement de nombre d'agissements (que l'on pense aux conflits de voisinage !).

Mais ici aussi, le concept de la rationalité³¹ n'est ni absurde, ni inutile. D'abord, parce que la construction formelle suppose bien que l'on dispose d'hypothèses et, d'autre part, parce que c'est une idée raisonnable que celle de penser que les actes volontaires sont généralement décidés rationnellement (c'est un des présupposés du consentement). Seule une croyance excessive en la rationalité est contestable (et aboutit à des raisonnements peu acceptables), et c'est là encore un reproche qui est fait à l'École de Chicago, qui retient une hypothèse de l'individu toujours et systématiquement rationnel (à la différence de l'École autrichienne par exemple, beaucoup plus sceptique et considérant qu'il faut, en hypothèse, retenir que la rationalité n'est ni constante, ni systématique).

2. 1^{er} trait de philosophie sous-jacente.

La L&E, techniquement, est une démarche d'analyse, une démarche de savoir. En elle-même, démarche scientifique, elle n'a pas d'ambition opérationnelle. Ce n'est toutefois pas une position partagée par tous les économistes, encore moins par certains "think-tank" ou certaines organisations gouvernementales ou internationales qui passent sans difficulté des analyses à la prescription.

Or, la partie la plus entendue aujourd'hui de la L&E pose en paradigme l'existence d'un lien entre le droit (les institutions au sens de Douglass North) et la croissance économique.

La difficulté provient de l'absence de démonstration claire et précise de l'intensité et de la nature de ce lien. L'interaction entre le droit et le développement économique est donc loin d'être quantifiable, puisque cela supposerait à tout le moins de disposer de critères explicatifs acceptés. Or, il n'y en a pas.

Dire, comme le fait Douglass North qu'il existe un lien entre les institutions (c'est-à-dire l'organisation formelle d'un État et toutes les normes qui sont à l'œuvre dans un espace donné) est sans aucun doute pertinent... de la même manière qu'il est intuitivement évident que la géographie a un lien avec le développement économique. Mais cela ne permet pas d'identifier avec précision ce lien, encore moins d'en tirer des conclusions précises.

En outre, la question de ce que l'on entend par "droit" est cardinale et, là encore, il n'y a pas de consensus (parfois tout simplement parce que les économistes qui travaillent sur ces questions ont une très mauvaise compréhension du phénomène juridique). Pour ne prendre qu'un exemple, lorsque la nouvelle économie comparée met en avant les contraintes liées au système juridique, un examen des critères retenus indique qu'en réalité, ce n'est pas du système juridique au sens où l'entendent les juristes (et qui concerne l'activité législative et juridictionnelle), mais au sens d'une bureaucratie (au sens Weberien du terme), ou de l'organisation administrative.

On pourrait aussi discuter des classifications approximatives faites par la théorie des origines légales, laquelle oppose les traditions de Common Law et celles de "Civil Law", mais subdivise cette dernière en tradition française, allemande et scandinave. Or, ses propres résultats invalident sa distinction de famille, puisqu'elle indique que les traditions allemande et scandinave sont relativement aussi efficaces que la tradition de Common Law !³²

³¹ Que l'on désigne par RCT, *Rational Choice Theory*.

³² Pour une critique plus détaillée de cet aspect, v. S. Voigt, article précité.

Il en résulte que ce paradigme ne saurait être accepté trop aisément. Mais cela ne doit pas conduire à rejeter la L&E parce que, d'une part, celle-ci n'est nullement fondée sur un tel paradigme et, d'autre part, seul le débat sur le même terrain permettra de refouler ou de préciser un tel lien.

3. 2nd trait de philosophie sous-jacente.

Enfin, un dernier trait de la philosophie sous-jacente au courant dominant (d'un point de vue de sa médiatisation) qui agit comme repoussoir de la L&E est l'idée selon laquelle une seule et unique solution doit satisfaire aux besoins de croissance économique; une seule solution est efficiente. Bref, le slogan est connu : *one size fit all !*

Mais là encore, la L&E ne postule pas, en tant que démarche intellectuelle, une telle approche (bien que le thème de la convergence soit une conséquence logique de la rationalité supposée identifiée par l'analyse économique). Ici encore, il ne faut rejeter l'AED pour ce seul motif et, au contraire, mettre en avant, en usant des mêmes méthodes, l'efficacité de la diversité des réponses juridiques.

Si donc il serait absurde et illogique de se priver de l'analyse économique du droit, comme l'indique explicitement Ejan Mackaay, celle-ci permet-elle de mesurer le droit et ce, notamment afin d'identifier les meilleures pratiques, les effets pervers et donc le sens des réformes du système juridique (en vue de son amélioration).

II. La mesure du droit est-elle possible, est-elle utile ?

À première vue, une telle question semblera absurde alors que nous avons un Secrétaire d'État à l'évaluation des politiques publiques ?³³ En réalité, la question n'est pas absurde, car il existe, me semble-t-il, une réelle différence entre les *politiques publiques* et le *système normatif* (droit)... bien que les premières s'appuient techniquement, et nécessairement, sur le second pour leur mise en œuvre.

Je voudrais ici répondre à une question simple : que mesurer et pour quelle raison ? La réponse donnée, cela permettra de voir en quoi l'AED est une méthodologie de mesure parmi d'autres, mais une méthodologie particulièrement utile. Tout l'ouvrage d'Ejan Mackaay et de Stéphane Rousseau le démontre.

A. Que mesurer et pour quelle raison ?

À quoi s'attache l'évaluation faite par l'AED : les régimes, les institutions, les systèmes de droit... l'application des règles ? On touche ici, contrairement à ce que les juristes non versés dans l'AED pourraient le croire, à une véritable interrogation de fond qui traverse cette discipline. Si le lien entre développement économique, ou croissance économique, et structuration juridique de la société est *a priori* pertinent, et requiert que l'on s'y intéresse, ni les étalons, ni ce qui est mesuré n'est clairement et précisément déterminé. Il est même à peu près certain que, en l'état, les économistes de la L&E ne disposent encore que d'outils très grossiers, que les analyses ne sont que dans leur petite enfance encore³⁴.

Ce constat appelle trois observations.

³³ Le 1^{er} gouvernement Fillon (1^{er} gouvernement du quinquennat de Nicolas Sarkozy) comprend un secrétaire d'État chargé de la Prospective, de l'Évaluation des politiques publiques et du Développement de l'économie numérique, auprès du Premier ministre ; il s'agit de Monsieur Éric Besson.

³⁴ Ce qui est une raison supplémentaire pour que les juristes s'y intéressent de près, car s'ils ont beaucoup à apprendre des économistes, l'inverse est tout aussi vrai.

Première observation. L'AED s'interroge-t-elle au tout, ou à certains aspects seulement du système ? Les possibilités (il est plus délicat de mesurer un objet aussi complexe qu'un système juridique qu'une norme isolée ou une institution) et les résultats que l'on en tire ne sont pas les mêmes. Surtout, l'actuelle L&E me semble s'attacher en théorie aux règles et aux institutions, et en pratique à l'application du droit. Elle tend ainsi à mélanger deux niveaux différents, de sorte qu'elle n'est guère convaincante dans ses résultats. De fait, dans cette perspective, un problème important surgit, que les économistes sont loin d'avoir réglé, qui est de pouvoir attribuer la part respective d'influence, quantitativement, à la règle et à sa mise en œuvre (organisation administrative – bureaucratique – des règles et institutions). Mais cela n'a pas immédiatement pour conséquence de disqualifier l'AED, juste d'exiger une réelle humilité de la part de ses tenants.

Deuxième observation. Il faut faire une distinction entre la démarche classique de l'économie du droit, consistant à utiliser les ressorts de l'analyse économique pour comprendre le phénomène juridique et identifier les conséquences économiques d'une norme ou d'une institution, et, par extension, l'utilisation de cette méthode afin de prescrire la teneur des normes ou des institutions. Cela renvoie à une distinction, sur le papier du moins, entre une approche positive (ou descriptive)³⁵ et une approche normative ; sans doute cette distinction est-elle importante³⁵, mais très vite peu rigoureuse en pratique, la frontière entre positivisme et normativisme étant floue. La description d'un phénomène juridique entraîne forcément un positionnement normatif. Reste que cette opposition est vivante dans le discours de l'analyste et donc, dans l'orientation de ses propos.

Troisième observation. Sous-jacente à nombre de travaux d'AED, on trouve la croyance d'une concurrence des modèles juridiques³⁶. Les travaux sur (l'illusoire) concurrence normative et le débat sur la convergence des droits sont sans doute connus des auteurs de la L&E³⁷... mais cela n'évite pas une forme de pensée unique en la matière, ou, plus précisément, de positionnement dogmatiques.

L'impossibilité ontologique d'une acculturation des normes de droit³⁸ est généralement balayée par le constat d'une convergence du contenu des réformes prenant place à travers le monde. Pourtant, relativement à l'idée de la convergence, le débat est assez pauvre³⁹. Il est notamment fréquemment fait fi des incidences phénoménales des ensembles régionaux, ou des sources internationales et de la coopération.

³⁵ Herbert Hovenkamp, dans un très riche article écrit en 1990, traitant du premier mouvement (nord-américain) de la Law & Economics (*The First Great Law & Economics Movement*, Stan. L. Rev. 1990, vol. 42, p. 993), considère comme cardinale l'opposition entre la démarche positive (descriptive) et la démarche normative (v. également, M. Trebilcock, *Introduction to Law and Economics*, Monash. L. Rev. 1997, vol. 23, p. 123). Sans doute, une personnalité majeure de la L&E comme Richard Posner varie dans sa position, se réclamant tantôt de l'une, tantôt de l'autre approche... mais il demeure, selon moi, dans l'ensemble plutôt positiviste. En toutes hypothèses, tant Posner, que Guido Calabresi (autre figure fondatrice de l'actuelle L&E), tous les deux étant juge fédéral depuis de nombreuses années, ne semblent avoir, ni l'un, ni l'autre, imposés leurs vues doctrinales dans leurs décisions... ce qui trait dans le sens d'un positionnement non normatif.

³⁶ Idée que partagent également les juristes : ainsi est-il fréquent que, lors du débat d'un texte de loi, les parlementaires n'invoquent la "délocalisation" des entrepreneurs nationaux car le système national ne leur offre pas les mêmes possibilités. Ce fut le cas lors de l'adoption de la loi sur les sociétés commerciales... de 1866 ! Ce fut encore le cas lors de l'adoption de la SAS en 1999 ou de la fiducie en 2007.

³⁷ Voir, par exemple, les auteurs récemment cités N. Garoupa et A. Ogus (*A Strategic Interpretation of Legal Transplant*, J. Legal Studies 2006, vol. 35, p. 339).

³⁸ P. Legrand, *European Legal Systems Are not Converging*, Int'l and Comp. L. Quarterly 1998, vol. 45, p. 52.

³⁹ Plus intéressant et riche d'enseignements, est l'idée de la *co-opétition* de Girardin et Esty.

Les analyses récentes indiquent au contraire que différents types de systèmes juridiques conduisent au succès économique. Il n'y aurait donc pas une seule modalité de développement de la croissance (le Consensus de Washington en sortira affecté... mais il l'est déjà). Cela montre également que la classification des systèmes en civil / Common law est trompeuse et insuffisante. Dorénavant, la distinction des systèmes se fait plus utilement sur 3 facteurs :

- l'organisation du système juridique est-il centralisé/décentralisé ?
- quelle fonction est jouée par l'activité de marché (allocation des droits, missions de coordination) ;
- l'Économie politique : la répartition des types d'opérateurs (personnes privées, personnes publiques...)

B. L'apport dans la L&E : une méthodologie de mesure parmi d'autres

“Simple” méthode de mesure, quantitative et qualitative, du phénomène juridique, l'AED est originale, dans ses outils, l'économétrie, et dans ses approches, comme le critère de mesure de Malani (du nom d'un auteur). Quelques explications rapides.

1. Économétrie...

L'économie du droit, aujourd'hui, fait largement appel aux ressources de l'économétrie même si ce détour n'est pas une fatalité : elle peut se mener sans modélisation économique, au travers d'une économie moins formalisée, et sans étude empirique.

Il reste que l'économie micro se présente comme une intéressante boîte à outils, tant pour ce qui est des concepts que des techniques, de mesure de phénomènes ou de spéculation permettant d'ailleurs une certaine anticipation (travaux prospectifs de l'incidence, potentielle, d'une règle ou d'une décision).

Mais le recours à ces techniques doit être relativisé dans son utilisation et dans son impact. Compte tenu de la méthode tirée des corrélations et de la statistique, il est illusoire de penser trouver dans l'AED la “boule de cristal” pointant vers la bonne (exclusivement) règle de droit. Les thuriféraires de l'AED ont d'ailleurs sans doute exagéré ses apports pratiques et, comme l'a déjà démontré Michelman⁴⁰, la méthode ne peut pas toujours expliquer les solutions en droit.

Dit autrement, si corrélations et statistiques permettent d'identifier une tendance, voire une probabilité... le juge ne peut trancher ainsi sur une simple probabilité, un législateur/régulateur non plus. Cela soulève des problèmes de responsabilité (processus décisionnel). Les outils de l'économie se portent néanmoins sur toute sorte d'objet... et c'est précisément une des difficultés de l'AED que d'identifier des objets pertinents pour procéder à la mesure de l'efficience du droit.

2. Le critère de mesure de MALANI⁴¹

Anup Malani part du constat selon lequel évaluer la loi ou les règles est, le plus souvent, fait en identifiant son effet direct sur les comportements. Ainsi, par exemple, l'efficacité d'un nouveau texte répressif se mesure en se posant la question

⁴⁰ F. Michelman, *Norms and Normativity in the Economic Theory of Law*, Minn. L. Rev. 1978, vol. 69, p. 1015.

⁴¹ A. Malani, *Valuing Laws as Local Amenities*, Harv. L. Rev. 2008, vol. 121, p. 1273.

de l'évolution des taux de délinquance. Or, outre l'approximation de cette mesure, sa difficulté de mise en œuvre pratique (dispose-t-on de données, et si c'est le cas, de données fiables) peut être rédhibitoire, ou tout simplement vicié les résultats.

D'où la proposition d'une nouvelle approche, empruntant un “proxie”, c'est-à-dire un indicateur témoin d'une évolution : dans quelle mesure la règle de droit fait croître les prix immobiliers et décroître les salaires à court terme, ou augmenter la valeur agrégée des terrains à usage résidentiel à long terme.

La logique sous-jacente est que la “valeur” d'une loi, à l'instar d'une école publique ou d'un bord de mer, est capitalisée (internalisée) dans le prix local de l'immobilier et du marché du travail à court terme. Donc, à court terme, une loi efficace ou désirable, augmente le prix de l'immobilier et diminue les salaires, tout simplement parce qu'elle provoque un afflux de personnes localement. À long terme, puisqu'il y a plus de constructions et un accroissement de la création d'emplois, la capitalisation se réfugie dans la valeur agrégée de l'immobilier.

Ce faisant, cet auteur traduit bien la problématique générale, la volonté de répondre à cette question centrale de l'AED, et de l'économie tout court : la mesure de l'utilité (problème bien soulevé par Posner).

Conclusion

Pour conclure, à lire l'ouvrage de Ejan Mackaay et de Stéphane Rousseau, le juriste pourra tirer quelques conclusions (provisaires) :

(i) l'AED (au sens strict, notamment de l'École de Chicago) est surtout affaire d'économistes, (ii) c'est un outil au même titre que la sociologie ou l'histoire, (iii) sa méthode est trop abstraite, trop statistique, seulement intéressée aux corrélations, et imparfaitement prédictive pour constituer une réponse définitive à l'élaboration des normes et à la prise de décision par le juge... mais que l'apport intellectuel et la lumière que l'AED jette sur des conséquences possibles de l'application des règles est irremplaçable.

Quant au “droit civil” (par opposition au Common law), il n'est pas, techniquement revêché à l'AED (même si cela n'est pas une tradition continentale) et le souci sous-jacent de l'AED se trouve aussi dans des travaux doctrinaux continentaux, mais sous d'autres formes (ancienne philosophie politique, l'ancienne planification, une partie non négligeable du droit public économique, les analyses anciennes concernant le modèle de l'État français...). Demeure toutefois un réel déficit méthodologique de la doctrine continentale, notamment française, dans la quasi-inexistence d'études empiriques. C'est sans doute là où le bât blesse le plus et nous exclut du débat international suscité par la multiplicité des études d'AED, véritable foisonnement intellectuel, qui a repris de plus belle avec les rapports *Doing Business*. L'ouvrage de Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau est, déjà, au moins un formidable outil d'approche en langue française.