



L'INTÉRÊT POUR LE SYSTÈME JURIDIQUE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Professeur des Universités à Sciences Po
Directeur de la Chaire Régulation

(1) Au titre des ouvrages généraux, on pourra se référer par exemple à Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Publications de la Sorbonne, coll. Droit économique, 2002 ; R. Cooter et Th. Ulen, *Law and Economics*, 2^e éd., Addison-Wesley, 1998 ; Th. Kirat, *Economie du droit*, coll. Repères, La Découverte, 1999 ; B. Lemennicier, *Economie du droit*, Cujas, 1991 ; E.-A. Posner (éd.), *Chicago Lectures in Law and Economics*, Foundation Press, 2000 ; R.-A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5^e éd., Little Brown, 1998, *The Economic Structure of the Law*, edited by F. Parisi, E. Elgar, 2001 ; A. Ogus et M. Faure, *Economie du droit : le cas français*, coll. Droit comparé, Éditions Panthéon-Assas, 2002 ; E. McKaay, *Analyse économique du droit*, T. 1, Fondements, 2003. Au titre des ouvrages spéciaux, c'est-à-dire des ouvrages consacrés à tel ou tel corps de règles ou branches du droit, on pourra notamment se reporter à V.-P. Goldberg, *Readings of the Economics of Contract Law*, Cambridge University Press, 1989 ; W.-M. Landes et R.-A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, 2003.

(2) On en restera à cette naïveté philosophique là, c'est-à-dire l'alliance d'une conscience chez celui qui agit de la fin qu'il poursuit (ici la qualité du droit) et de sa bonne foi dans la recherche de cette fin (ici la volonté effective de servir le droit le mieux possible). On peut avoir une vision plus soupçonneuse du corps des juristes, tournés plutôt vers la conservation du pouvoir que le droit offre, notamment parce sa technique n'est pas communément maîtrisée (P. Bourdieu, *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, in F. Chazal et J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. Droit et société, LGDJ, 1991, p. 95-99, spéc. 97, l'auteur évoquant la « distance à l'économie » qui permet au juriste de demeurer « pur »).

(3) A. Ogus et M. Faure, *Economie du droit : le cas français*, préc. Il est remarquable, comme le souligne d'ailleurs L. Vogel dans sa préface, que l'analyse économique du droit soit si étrangère à la culture juridique française et si familière à la culture anglo-américaine que son analyse relève du droit comparé.

(4) On soulignera que les travaux francophones sont surtout pour l'instant le fait d'universitaires canadiens. V. principalement E. McKay, *Analyse économique du droit*, préc.

(5) Th. Kirat et E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Éditions du CNRS, 2000.

L'objet de réflexion est ici à dessein très étroit. L'ambition n'est pas de traiter de l'analyse économique du droit en tant que telle, en concentré ou en exemples. En cela, les présents propos ne sont pas des propos d'introduction (1).

1. Il s'agit plutôt d'expliquer pourquoi il est important en droit de prendre en considération cette méthode, de donner des raisons pour que les juristes passent quelque temps à étudier cette perspective, voire en intègrent quelques conclusions ou méthodes dans leur façon d'appréhender et de pratiquer le droit. La question posée est donc : en quoi l'analyse économique du droit peut contribuer à ce que le droit soit bien fait, ou simplement mieux fait ? En cela, ce sont des propos préalables.

2. Comme il s'agit de développer une perspective pragmatique, la question est plus triviale encore : en quoi les juristes, dont la fonction est de contribuer à un droit de la meilleure qualité possible (2), c'est-à-dire un droit le plus adéquat à ses fins, peuvent avoir intérêt, indépendamment de l'avantage diffus d'accroître ses connaissances et ses horizons, à connaître l'analyse économique du droit ?

3. Il me semble que lorsque la perspective est relativement étrangère à une culture, ce qui semble le cas de l'analyse économique du droit dont on répète à l'envi qu'elle est familière au monde anglo-américain et étrangère à la culture juridique française (3), on est plus prudent de démontrer déjà ce qu'il n'y a pas à craindre avant d'aborder ce qui produit intérêt.

4. Le préalable consiste donc à évoquer tout d'abord les dangers que l'analyse économique du droit serait censée faire courir au droit (I), afin d'être plus à l'aise pour en rechercher les intérêts pour le droit, c'est-à-dire pour les juristes (II).

I. Les dangers que l'analyse économique ferait courir au droit

5. L'analyse économique du droit n'a pas bonne presse, à supposer même qu'on puisse dire qu'elle ait déjà une quelconque presse (4)... Cela résulte d'un mixte de malentendus et de craintes. Les malentendus sont fortement logés dans le postulat de la rationalité économique et dans la place première donnée au principe d'efficacité (A). La crainte concerne plutôt la perspective d'une domination disciplinaire, qui serait au bénéfice de l'économie et des économistes au cœur même de la maison du droit (B).

A. Le postulat de la rationalité et le principe d'efficacité

6. La première cause de rejet en droit français de l'analyse économique du droit vient de la référence que celle-ci opère à la rationalité économique des agents. Cette rationalité, qui renvoie à l'individualisme méthodologique, suppose que chaque personne détermine des buts, des préférences, des fonctions d'utilité, pour la satisfaction desquels elle met en œuvre des actions. Les actions des personnes sont donc de nature stratégique. La rationalité conduit ainsi chacun à « maximaliser son profit ». C'est

ce postulat que l'on utilise pour apprécier le fonctionnement des règles en interaction avec les comportements des personnes, qu'il s'agisse des personnes qui adoptent les règles — générales ou individuelles — ou de celles qui les reçoivent et agissent pour les infléchir en amont et en aval (5).

7. On reproche à ce postulat de la rationalité économique de réduire l'âme humaine. Il s'agit là d'un malentendu qui vient du fait qu'on suppose que les buts que l'individu se choisit sont nécessairement des buts matériels. Dès lors, la maximalisation consisterait pour chacun à rechercher son propre bien-être économique et matériel, dans l'indifférence et d'autres fins et des buts poursuivis par autrui. C'est certes là le postulat du comportement de marché, ce sur quoi celui-ci est construit, parce que le marché est un espace économique à la fois atomisé et sur lequel ne circule que des biens, mais à aucun moment, en dehors de cet espace-là, l'analyse économique ne suppose que l'individu recherche et ne recherche que son bien-être économique.

8. Bien au contraire, la fonction d'utilité est une « boîte noire », c'est-à-dire un élément dont le contenu n'est pas appréhendé par la théorie, contenu auquel la méthode ne donne pas pertinence (6). Ainsi, l'individu peut très bien rechercher une satisfaction morale, il aura alors un comportement visant à satisfaire ce but-là. L'analyse économique se contente d'analyser la part stratégique de l'action des personnes, sans préjuger de la substance des fins poursuivies. Elle admet par avance la pluralité des fins et admet

(6) Sur cet effet considérable de l'attribution ou non des pertinences dans les systèmes normatifs, pris dans l'exemple de la théorie du marché, v. M.-A. Frison-Roche, *Le modèle du marché*, Archives de philosophie du droit, T. 40, Sirey, 1996, p. 287-314.

(7) E. MacKaay, *La règle juridique observée par le prisme de l'économie : une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit*, RIDE, 1986, p. 43 et s.

(8) Pour reprendre la conclusion de l'étude, critique à propos de l'analyse économique du droit, de B. Oppetit, *Droit et économie*, in *Droit et économie*, Archives de philosophie du droit, T. 37, Sirey, 1992, p. 17-26.

(9) Il est vrai que certains économistes accréditent cette idée d'une explication totale, comme le souligne V.-P. Goldberg, *Readings in the Economics of Contract Law*, préc. : « I do not want to oversell the virtues of the economic approach — overselling is one of the vices economists have been accused of in their forays into legal issues. Economics does not provide all the answers » (p. IX).

(10) C'est pourtant en imputant un tel postulat à l'analyse économique que celle-ci a tendance à être rejetée. V. not. A. Supiot, *La justice sociale saisie par la régulation*, in *Justice et droits fondamentaux*, Mélanges J. Normand, Litec, 2003, p. 427-438, et surtout *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil 2005, spéc., p. 26 et s.

(11) J. Carbonnier, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, *Année Sociologique 1957-1958*, repris in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, p. 136-148.

(12) B. Deffains, *supra*, p. 6 et s.

(13) Sur la définition de cet accroissement de ce bien-être, notamment par les critères de Pareto, et leur dépassement, v. not. J.-J. Laffont, *Intérêt général et intérêts particuliers*, in *L'intérêt général*, Rapport annuel du Conseil d'État, Rapport public 1999, Doc. fr., p. 421-428.

(14) B. Oppetit a mis en lumière l'importance de cette notion de système juridique dans l'article entre le développement de l'économie et du juridique (*Développement économique et développement juridique*, in *Droit et vie des affaires*, Mélanges A. Sayag, Litec, 1997, p. 71-82).

(15) *Le droit se rapproche en cela de la médecine*.

(16) Il est vrai que la philosophie morale de l'action est, comme l'analyse économique, essentiellement l'objet de travaux anglo-américains. Pour plus de développement, v. M.-A. Frison-Roche, *Valeurs marchandes et ordre concurrentiel*, in *L'ordre concurrentiel*, éd. Frison-Roche, 2003, p. 223-233.

notamment que les personnes puissent avoir des buts qui ne se limitent pas à leur bien-être. Leur comportement n'en sera pas moins stratégique.

9. Le mélange des mobiles justifie que se cumulent plusieurs types d'analyse, l'analyse morale comme l'analyse économique. Comme il a été souligné, l'analyse économique du droit est un « prisme » (7), n'ignorant pas que « l'homme n'est pas réductible à la seule efficacité » (8), ne se reflétant donc que sur une facette et n'excluant pas les autres. Ce n'est qu'en méconnaissant ce caractère partiel de l'analyse économique, en lui imputant une prétention de rendre compte de toutes les actions et les mobiles humains qu'on rejette l'analyse, en l'accusant de totalitarisme (9). Ainsi, le postulat de la rationalité, engendrant des actions individuelles de type stratégique, ne réduit pas la personne à une pure et identique volonté mécanique de bien-être économique individuel (10). C'est pourquoi il ne faut pas craindre que l'analyse économique du droit rétrécisse la représentation de l'être humain que le droit exprime.

10. C'est à la même aune qu'il faut comprendre le principe d'efficacité. L'efficacité peut être difficile à définir, notamment par rapport aux notions plus familières aux juristes que sont l'efficacité et l'effectivité. On s'accordera tout de même pour dire d'une façon générale, que l'effectivité désigne la qualité d'une règle à être véritablement appliquée, soit parce qu'elle est suivie spontanément par les personnes, soit parce que ceux-ci subissent un rappel à l'ordre lorsqu'ils la méconnaissent (11).

11. À côté de cela, l'efficacité caractérise l'aptitude d'une

règle à produire les effets pour l'obtention desquels on l'a adoptée, et plus largement encore l'aptitude d'un système à faire advenir les phénomènes qui lui sont bénéfiques (c'est notamment le sens donné à l'efficacité des marchés). Il est vrai que l'analyse économique est une analyse d'efficacité (12), par exemple celle de l'efficacité des marchés. L'effectivité d'une règle de droit ou d'une décision juridique particulière est le préalable à l'efficacité, et l'efficacité du phénomène juridique isolé participe à l'efficacité du système économique et social. Dans l'acception retenue dans l'analyse économique du droit, un phénomène juridique sera efficace s'il accroît le bien-être général (13).

12. Cette définition de l'efficacité est importante notamment en ce qu'elle renvoie à des corrélations entre les buts de chacun les uns par rapport aux autres, et à des corrélations entre ces stratégies personnelles et le système social, le système dans lequel la collectivité et l'individu s'ajustent et dans lequel les règles sont pareillement en interaction. Ainsi, lorsqu'il est si fréquent de soutenir que l'analyse économique du droit ne traduit que le droit anglo-américain, sa dimension ouvertement systémique le met au contraire en reflet des droits romanistes, pensés et conçus en système (14).

13. Toujours est-il que la considération du principe d'efficacité n'est en rien un appauvrissement du droit, venu de terre étrangère, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, le droit est un art pratique, c'est-à-dire un ensemble d'instruments, de connaissances et de savoir-faire réunis pour produire un résultat (15). Dès lors, rien n'est plus familière au droit que l'idée comme quoi il faut

trouver le moyen le plus efficace pour passer de la règle au résultat concret escompté. Plus encore, l'efficacité caractérise toute action, dans la mesure où toute action, y compris l'action morale ou l'action esthétique, a pour fin l'atteinte du but préalablement posé (16).

B. L'effet de domination de la pensée économique

14. Cette domination n'est pas à craindre dans son principe puisque l'analyse économique du droit ne s'intéresse qu'au segment entre deux moments, à savoir le moment rationnel où un objectif est posé par la personne et par la règle, et le moment où les comportements s'ajustent, influés par l'instrument juridique adopté pour la satisfaction de cet objectif. Ainsi, pour ne prendre que cet exemple, le contenu que doit prendre un objectif d'intérêt général est fixé par le droit mais l'efficacité de la mise en œuvre peut être appréciée à l'aune de l'analyse économique du droit (17).

15. Plus encore, cela n'a pas de sens de poser que par l'analyse économique du droit, s'imposerait de ce seul fait une pensée libérale — que l'on qualifie d'« ultra-libérale si l'on veut la rendre effrayante et susciter rhétoriquement la crainte et le rejet —, renvoyant finalement à la puissance autorégulatrice des marchés (18). Cela peut être vrai concernant certains courants de l'analyse économique du droit, principalement issue de l'École de Chicago, laquelle prétend démontrer — notamment par le théorème de Coase (19) — que quelque soit le résultat juridique, notamment le dispositif de responsabilité, les parties réajusteront l'équilibre de leurs intérêts,

par le recours au contrat et au marché.

16. Mais cette conception, très spontanéiste (20), n'est pas requise par l'analyse économique du droit. En effet, si l'analyse économique du droit parvient à décrire les interactions entre les règles, générales et particulières, et les comportements, cela peut être pour mieux fournir des armes à des contraintes juridiques devenant plus efficace pour mieux contrarier les comportements de marché. Ainsi, le marxisme s'est essentiellement construit sur une analyse économique du droit (21), afin de briser des alliances collectives de pouvoirs.

17. Dès lors, l'analyse économique du droit offre aux pouvoirs politiques plus de marges de manœuvre, dans la gamme des mesures juridiques qui vont de l'accroissement de l'efficacité des ajustements de marché — ce qui est désigné comme la fonction de « facilitation » des ajustements spontanés d'intérêts — à la lutte contre les effets du marché, mis politiquement en balance avec d'autres intérêts, par exemple l'intérêt moral.

18. Il apparaît alors que ce qui est craint, ce n'est pas tant l'économie que les économistes... Cette domination disciplinaire peut effectivement s'opérer par la maîtrise technique que suppose l'analyse économique du droit. C'est ici la principale différence entre l'analyse économique du droit et l'analyse morale du droit. Il est remarquable que la dimension morale du droit, c'est-à-dire son analyse à travers cette grille de lecture là, n'a pas rencontré de réticence chez les juristes, alors que cette règle morale prétend souvent à une universalité sans doute plus contestable encore que celle dont se

targue l'analyse économique (22). Il est généralement admis que le droit et la morale s'articulent pour le profit accru et du droit et de la morale, et nous disposons de nombreuses études de référence, au premier chef le livre de Georges Ripert sur la règle morale dans les obligations civiles (23).

19. Ce bon et traditionnel accueil par les juristes de l'analyse morale du droit vient non seulement d'une culture française que l'on dit plus familière de l'impératif moral que de l'impératif économique, mais encore du fait que la morale paraît accessible à tous, au juriste aussi, et qu'il peut lui-même en manier l'analyse. Pour ne prendre qu'un exemple, lorsque la Cour de cassation convia le professeur Jean Bernard comme expert en éthique, il a été souligné que la dimension éthique de la convention de mère porteuse aurait pu être dégagée par les juges sans ce recours extérieur. Ainsi, le juriste allierait sa connaissance de la part juridique de la règle, part dont le moraliste n'a pas toujours la maîtrise (24), et sa connaissance quasi-naturelle du bien et du mal.

20. À l'inverse, dont-acte que l'analyse économique du droit ne peut se faire sans les économistes car elle requiert des instruments que le juriste traditionnel ne maîtrise pas. Ainsi, le juriste qui veut bénéficier de cette grille de lecture là doit partager le travail avec d'autres (25), perspective qui, dans une perspective de sociologie des professions, peut constituer une entrave à l'analyse économique du droit (26). La difficulté n'est pourtant pas synonyme d'absence d'intérêt et le présent recueil de contributions, issues de rencontres entre économistes et juristes postule même l'inverse, à sa-

voir que cette collaboration participe directement de l'intérêt de l'analyse (27).

II. L'intérêt pour le droit d'intégrer l'analyse économique du droit

21. L'analyse économique du droit présente un fort intérêt pour le droit, c'est-à-dire pour les juristes, ou plus largement pour ceux qui font du droit (28). En effet, alors que cela n'a pas de sens de soutenir que l'économie « est faite » par les économistes, notamment parce que l'économie est beaucoup moins un *artefact* que ne l'est le droit, celui-ci demeure fait en grande partie par les juristes, même si les pratiques notamment familiales ou contractuelles y ont part (29). Cela conduit à poser que l'intérêt pour que le droit de l'analyse économique du droit doit être avant tout perçu par les juristes. Cet intérêt doit être porté par eux pour que le droit en ressente les bienfaits.

A. Les vertus générales pour le droit de l'analyse économique du droit

22. L'analyse économique du droit a plusieurs vertus générales, c'est-à-dire des bénéfices qui s'appliquent quelle que soit la branche juridique et quel que soit le type d'instruments (loi, contrat, décision individuelle unilatérale). On peut ainsi viser quatre vertus : la vertu d'explicitation, la vertu d'aide à la réforme, la vertu de simplification, la vertu d'incitation.

23. Quant à la vertu d'explicitation tout d'abord, l'analyse économique du droit permet de mesurer les effets économiques des règles et des décisions sur les comportements et de confronter

(17) Sur cet exemple de l'intérêt général, v. J.-J. Laffont, *Intérêt général et intérêts particuliers*, préc.

(18) Sur ce thème, v. not.

E. Brousseau, *Les marchés peuvent-ils s'autoréguler ?*, in *Concurrence et régulation des marchés*, cahiers français, Doc. fr., 2003, p. 64-70.

(19) R. Coase, *Le coût du droit*, trad. et avant-propos Y.-M. Morissette, coll. *Droit, Éthique, Société*, PUF, 2000.

(20) *Spontanéisme qui caractérise aussi la conception de R. Posner* puisqu'il affirme que la décision judiciaire est spontanément efficiente, ce qui est davantage une supériorité prêtée à la rationalité implicite de l'acte de juger qu'une défense organisée du système de common law contre les systèmes civilistes.

(21) V. par ex. F. Zénati, *Le droit et l'économie au-delà de Marx*, in *Droit et Économie*, préc., p. 121-129.

(22) Sur la question méthodologique, dépassant donc les présentes questions préalables, v. not. A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, préc.

(23) *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, retravaillé LGDJ, 1996.

(24) V., à titre d'exemple, l'analyse de F. Terré sur l'ouvrage de M. Cantosperber, *Pitié pour les juristes !*, RTD civ. 2002, p. 247 et s.

(25) L'une des raisons pour lesquelles l'analyse économique du droit se développe aux États-Unis vient du fait que de nombreux juristes, spécialement ceux qui étudient et font le droit économique, notamment le droit de la concurrence, ont une double formation complète et poussée en droit et en économie, ce qui n'existe guère en France. Cela peut éviter le toujours difficile écueil de travailler avec des personnes d'autres disciplines.

(26) Cette réticence peut certes être présentée comme une volonté des juristes de conserver le pouvoir du droit pour eux (dans ce sens v. Y. Dezalay, *Marchands de droit : la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992 et plus encore Y. Dezalay et B.-G. Garth, *La mondialisation des guerres de palais. La restructuration du pouvoir d'État en Amérique Latine, entre notables du droit et « Chicago Boys »*, Seuil, 2004, qui explicite cette thèse à propos de l'analyse économique du droit de l'École de Chicago). D'une façon moins soupçonneuse, il peut s'agir aussi de la difficulté de travailler avec des personnes d'un savoir et d'une culture différents, difficulté d'autant plus forte que les professions en cours sont fortement constituées (v. d'une façon générale, Cl. Dubar et P. Tripiër, *Sociologie des professions*, A. Colin, 2003).

(27) Les juristes peuvent aussi nuancer la représentation parfois schématique que la théorie économique renvoie d'eux-mêmes. Ainsi, l'idée que les juristes conçoivent la règle comme un moyen ex post de régler des conflits et non pas un moyen ex ante d'induire des comportements, ne correspond pas à l'idée même que les juristes se font du droit. Peut-être exact en droit de common law, parce que le droit positif advient sous la forme d'une décision judiciaire formellement provoquée par une action juridique d'une personne contre une autre, elle ne correspond pas à la vision romaniste d'un droit prescriptif, à travers la prééminence de la loi, moyen ex ante par excellence. Plus encore, la fluidité du droit qui par le continuum de la jurisprudence crée du droit qui, en réglant un conflit, a pour effet, voire pour fin, de prescrire les comportements ultérieurs, rend difficile d'utiliser la distinction usuelle ex ante/ex post, parce qu'artificielle.

(28) En effet, « ceux qui font du droit » n'appartiennent à une profession unifiée, en tout cas nettement moins en France qu'aux États-Unis ou en Angleterre à travers la profession des lawyers (sur cette dimension sociologique, v. Cl. Dubar et P. Tripier, *Sociologie des professions*, préc. ; M.-A. Glendon, *A Nation under Lawyers : how the crisis in the Legal Profession is transforming American Society* Farrar Straus & Giroux, 1994). Dès lors, en France non seulement ceux qui font le droit sont fragmentés, notamment entre les avocats, les magistrats, les directeurs juridiques, les professeurs, etc., mais la tradition confie souvent la tâche de faire le droit à des personnes n'ayant pas fait d'études de droit ou exercé préalablement comme juristes (sur cette dimension, v., par ex. B. Kriegel, *La défaite de la justice*, in *La justice. L'obligation impossible*, Points, 1999, p. 149-155).

(29) Pratique juridique spontanée mais aussi pratiques sociales qui interfèrent avec les comportements et s'intègrent dans la rationalité de ceux-ci. Pour une étude sur cette interférence, v. Ellickson, *Law and Economics discovers social norms*, *Journal of Legal Studies*, vol. 27, 1998, p. 537 et s.

(30) Dans ce sens, B. Oppetit, *Droit et économie*, préc., p. 26.

(31) Sur cette dimension socio-économique, v. not. Y. Chaput, *De la faillite à la gestion du surendettement : sociologie des plans de redressement des entreprises en difficulté*, in *Sociologie du droit économique*, *Année Sociologique*, 1999/2, p. 305-338.

(32) Sur l'analyse économique du droit des procédures collectives, R. Blazy, *La faillite. Éléments d'analyse économique*, coll. *Approfondissement de la Connaissance Économique*, *Économica*, 2000.

ceux-ci aux buts pour lesquels la règle avait été adoptée. De ce seul fait, *satisfecit* est donné à la règle dont l'application concrétise sa finalité. La cause finale du phénomène juridique, y compris le contrat, devient le centre du dispositif, tandis qu'est dressé un constat d'échec concernant le procédé juridique qui n'atteint pas son objectif.

24. Dès lors, l'analyse économique conduit à expliciter les finalités assignées au phénomène juridique par son auteur, finalités confrontées aux buts poursuivis par ses utilisateurs. Il peut y avoir unicité de personnages, par exemple lorsqu'il s'agit d'un contrat dont les auteurs sont en même temps les utilisateurs, ou dissociation de personnages, dans le cas de la loi ou de la décision d'un tiers (un jugement, un acte administratif individuel).

25. Il faut replacer cette vertu d'explicitation des fins dans une perspective démocratique du droit, alors même qu'on affirme aisément que l'analyse économique du droit est technocratique et antidémocratique. En effet, en obligeant les auteurs du droit à expliciter les buts qu'ils poursuivent en utilisant leur pouvoir normatif, recoupant ainsi l'obligation du juge de motiver sa décision mais imposant un semblable processus pour les acteurs juridiques souverains, tels le législateur ou les contractants, l'analyse économique du droit fait reculer le dogmatisme (30).

26. La nécessité d'une explicitation des buts poursuivis rejoint l'idéal démocratique, selon lequel la démocratie requiert une discussion autour de ces fins, discussion ainsi favorisée par l'analyse économique du droit.

27. Ce lien entre explicitation des buts et analyse économique du droit produit une autre effet : plus un droit est explicitement finalisé, et plus les juristes font de l'analyse économique du droit à la façon de M. Jourdain. L'exemple le plus net peut être pris dans la vieille matière des procédures collectives. Dès l'instant qu'on avait posé dans la loi du 25 janvier 1985 que les règles ont pour fin le redressement des entreprises (31), l'analyse économique a été spontanément suivie par les juristes qui ont confronté les résultats, à savoir la disparition des entreprises soumises à une procédure collective pour 95 % d'entre elles (32), avec le but de la loi, à savoir le redressement des entreprises grâce aux procédures collectives. La vertu d'explicitation mute en vertu de déca-page.

28. En cette matière des défaillances des entreprises, la première conséquence en a été une interprétation parfois audacieuse des textes par la jurisprudence pour mieux servir le but de la législation. La seconde conséquence a été la refonte régulière de la loi, toujours dans le même espoir de redressement. Ainsi, si la loi ne cesse de varier en la matière, on peut dire que depuis des décennies, son but demeure clair et constant. À ce titre, l'on pourrait affirmer que le droit des procédures collectives, avec ses multiples réformes, est plus constant que bien d'autres.

29. Quant à la vertu d'aide à la réforme, elle découle de l'enseignement que l'analyse des échecs produit. Il ne faut pas limiter cette vertu à la loi, le législateur étant certes incité à modifier les dispositifs généraux en raison de leurs effets constatés, elle vise tout autant les juges, la réforme prenant alors la forme du re-

virement de jurisprudence, voire aux contractants dans l'adaptation de leur accord.

30. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'affirmer que toute contrariété entre les buts de la règle, générale ou particulière (la loi, l'acte administratif général ou individuel, le jugement, le contrat) et les comportements des destinataires (qui violent la loi, récidivent, refuse d'exécution l'obligation, etc.), ce qui relève finalement d'un conflit entre deux volontés stratégiques, doit se traduire *ipso facto* par un changement du côté du droit. La réforme est concevable, elle n'a rien d'automatique. C'est précisément parce que le droit n'est pas pour seule règle l'efficacité économique, qu'elle peut pouvoir demeurer, estimant que c'est aux comportements des destinataires de changer, pour servir un impératif moral notamment (33).

31. Plus encore, le constat d'inefficacité pouvant conduire à la réforme, au revirement de jurisprudence, à une renégociation du droit, à un changement de doctrine administrative, à l'adoption de nouvelles règles directrices, etc., ne dicte pas la nature de la réforme. En effet, l'auteur reste maître de l'alternative suivante : soit changer le but pour lequel l'instrument juridique avait été adopté, soit changer l'instrument pour atteindre un but maintenu. Cela dépend de l'espoir qui demeure du caractère atteignable de la finalité première, et là aussi le droit des procédures collectives est le plus explicite de cela.

32. L'on peut viser une hypothèse plus nouvelle. Admettons que le droit des sociétés, à tout le moins le droit des sociétés cotées, a pour fin la protection de l'actionnaire, contraint d'entrer dans

une relation dans laquelle il doit s'en remettre au mandataire social. Le droit des sociétés, à tout le moins le droit nord-américain des sociétés, a été très influencé par les théories économiques de l'asymétrie d'information et de la relation d'agence. Les scandales successifs montrent l'inadéquation des règles, du système des règles juridiques, comptables et de régulation des marchés financiers. Faut-il seulement changer les instruments en appuyant toujours davantage sur le principe d'information, comme l'ont fait les auteurs de la loi Sarbanes-Oxley, puis ceux de la loi de sécurité financière (34) ? Faut-il changer le mode de protection des investisseurs, par exemple en développant les incitations plus adaptées à destination des dirigeants ? Faut-il revoir la finalité même que l'on a donné peu à peu au droit des sociétés (35) ?

33. Quant à la vertu de simplification, elle est plus utile aujourd'hui qu'hier parce que le droit français ne s'y conforme plus guère et l'on ne cesse de regretter la noble simplicité du Code civil. À supposer, supposons-le, qu'on ne puisse retrouver cette simplicité substantielle, il faut trouver des règles qui redonnent une lisibilité à un magma de règles. Comme le souligne Louis Vogel (36), c'est parce que la compréhension du fatras jurisprudentiel nord-américain a été difficile que l'analyse économique du droit a trouvé prise, en ce qu'elle a simplifié l'analyse particulière et globale de la jurisprudence.

34. Le droit français bénéficiait d'autres mécanismes de simplification dans la perception du système, notamment par la concentration de règles simplement énoncées par la Cour de cassation. Les vertus de ce système s'effaçant,

si l'on ne se contente pas d'un effort de restauration, l'analyse économique du droit peut satisfaire d'une nouvelle façon cette vertu de simplicité que tout système juridique recherche pour être accessible et efficace.

35. Quant à la vertu d'incitation, passant de la dimension descriptive à la dimension normative (37), l'analyse économique permet d'adopter un comportement plus efficace. La vertu d'incitation se distingue de l'aide à la réforme, en ce que l'explicitation peut suffire à produire un réajustement des comportements. En effet, par la seule connaissance que les opérateurs, auteurs et destinataires des normes, ont des interactions, ils ajustent plus finement leur comportement. L'analyse économique du droit est autoréalisatrice, en ce qu'elle affine les comportements stratégiques et accélère les apprentissages.

B. Variation de l'intérêt suivant les branches du droit

36. La question ici est de déterminer s'il existerait des matières juridiques qui gagneraient plus que les autres à accueillir l'analyse économique du droit. On constate que les travaux ont massivement porté sur la responsabilité civile, le droit des contrats, le droit de la concurrence et de la réglementation économique, et continuent de les privilégier. Est-ce que cela correspond à une adéquation particulière entre l'objet et la méthode ? À première vue, on y décèle plutôt le fait que l'analyse économique du droit est née aux États-Unis, appliquée à des décisions judiciaires et dans ces matières civiles, façonnées par la jurisprudence et dans lesquelles les intérêts des entreprises

sont directement impliqués (38).

37. Pourtant, cela ne s'impose pas en soi, il s'agit plutôt de plus ou moins grandes facilités culturelles. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'appliquer une analyse économique au droit économique, il y a une sorte de tautologie que l'on retrouve notamment dans le droit de la concurrence (39). Cela tient également à une donnée technique : lorsque la branche du droit a un objet économique, les instruments d'analyse économiques trouvent des prises aisées : ainsi, on mesure les créations d'emploi, l'ouverture à la concurrence, l'accroissement des gains de productivité, l'augmentation du chiffre d'affaires, la montée des cours. Ce ne sont donc pas des objets plus naturels, ce sont des objets plus faciles (40). Cette facilité justifie pleinement qu'on les privilégie.

38. Lorsqu'on aborde d'autres branches du droit, le droit pénal, le droit de la famille ou la procédure, deux obstacles interviennent. En premier lieu, la proportion qui existe toujours entre le souci économique et d'autres soucis, le souci moral ou le souci affectif ou le souci de conservation de l'ordre, s'équilibre différemment. Dès lors, l'analyse économique ne révélant qu'une part plus réduite, et donc moins significative, des *ratio legis* et des causes de comportement, sa vertu explicative et sa capacité à engendrer les réformes décroissent.

39. C'est sans doute pourquoi l'analyse économique de l'arrêt Perruche s'est heurtée à une réticence, parce que cette affaire de responsabilité et d'assurance portait aussi sur l'idée de vie, et sur un enfant. Ainsi, on peut penser que la famille se prête moins bien à l'analyse économique

(33) Sur cette balance nécessaire, par exemple appliquée au droit de la propriété intellectuelle, v. P.-Y. Gautier, *La protection juridique de l'innovation aux confluent de l'économie et de l'éthique*, in *Propriétés intellectuelles. Le droit favorise-t-il l'innovation ?*, dossier Dr. et patr., octobre 2003, p. 70-72.

(34) Sur l'influence sur la seconde des conceptions dont la première est née, v. D. Hurstel et J. Mougel, *La loi Sarbanes-Oxley doit-elle inspirer une réforme du gouvernement d'entreprise en France ?*, *Rev. sociétés*, janvier 2003, p. 13-50.

(35) V. par ex., N. Decoopman et Ch. Légevaques (dir.), *Splendeurs et misères de la corporate governance*, n° spécial, *LPA* 2004, n° 31 ; M.-A. Frison-Roche, *Régulation et droit des sociétés. De l'article 1832 du Code civil à la protection du marché de l'investissement*, *Mélanges D. Schmidt*, Joly, 2005, p. 251-267.

(36) Préface de A. Ogus A. et M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, préc., p. 6.

(37) V. présentation de B. Deffains, avec le paradoxe que l'analyse économique du droit descriptive construit le dogme de l'efficacité inconsciente des juristes qui font le droit, alors que la prétention normative de l'analyse économique, en distinguant les solutions efficaces et les solutions inefficaces, et en conseillant de faire en sorte que les premières sont préférées aux secondes, reconnaît que les juristes, les juges notamment, n'ont pas cette merveilleuse science infuse de l'efficacité.

(38) Ainsi, l'analyse fondatrice de R. Coase porte sur l'hypothèse d'une condamnation d'une entreprise ferroviaire à indemniser une victime, reprenant en cela un cas précédemment traité par un économiste anglais (*Le coût du droit*, préc.).

(39) Des travaux sont régulièrement faits sur l'efficacité du droit de la concurrence (et moins, à ma connaissance, sur l'efficacité du droit de la famille), le plus souvent à l'initiative des organes en charge du droit eux-mêmes. V. par ex. sous l'égide de la DGCCRF, *L'efficacité des décisions en droit de la concurrence*, n° spécial, *LPA* du 28 décembre 2000, et sous l'égide du Conseil de la concurrence, *L'efficacité du droit de la concurrence*, *Gaz. Pal.*, 2002.

(40) Les thèmes des contributions de ce présent numéro ont d'ailleurs été choisis en considération de cet accès facile.

(41) Cela explique en grande partie les réticences face aux travaux de G. Baker, qui analyse le droit de la famille à travers la figure du marché.

(42) D. Grillet-Ponton, *Famille et droit fiscal*, coll. *Droit, Éthique, Société*, PUF, 1998.

(43) C'est notamment l'objet de la contribution de R. Posner, *Values and Consequences : An Introduction to Economic Analysis of Law*, in E.-A. Posner (éd.), *Chicago Lectures in Law and Economics*, préc., p. 189-201. Il souligne à propos de l'adoption d'enfant que soutenir l'incitation d'un marché tout en admettant l'incitation des femmes à ne pas avorter en prenant en charge le placement heureux des enfants est simplement économiquement contradictoire, car les deux hypothèses peuvent en réalité se réduire l'une à l'autre.

(44) L'analyse économique a ainsi depuis longtemps pointé le paradoxe, manière souvent aimable de désigner une contradiction que l'on espère dépasser, à propos du droit de la concurrence qui a pour but de protéger le consommateur, surtout dans la conception nord-américaine de celui-ci, et qui ne produirait que des surcoûts nuisibles à celui-ci, en ce que les règles du droit de la concurrence sont détournées par les petits opérateurs (v. not. R.-H. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, nouvelle éd. 1993, New Press).

(45) Parmi une très abondante littérature, on peut notamment se reporter au rapport annuel du Conseil d'État, *Services publics, services universels*, Doc. fr., 1996.

(46) L'insertion dans le droit positif de la théorie des facilités essentielles est exemplaire de cela. Pour ce mouvement, v. par ex. M. Glais, *Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence*, in *Collectivités publiques et concurrence, Rapport public du Conseil d'État*, Doc. fr., 2002, p. 403-423.

(47) Les travaux sont désormais importants, y compris en France, ce qui fait penser que l'aspect à la fois mécanique et systémique de la procédure (au sens large d'organisation institutionnelle et de règle de déroulement des procès) a permis relativement aisément d'en évaluer le rapport coût/qualité. On se reportera notamment aux travaux de L. Cadiet (direction de l'économie de la justice, *Revue internationale de droit économique*, 1999, n° 2 ; *Ordre concurrentiel et justice*, in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges A. Pirovano, éd. Frison-Roche, 2003, spéc. p. 109-143). V. aussi G. Canivet, *Économie de la justice et procès équitable*, *JCP* 2002. I. 361, M. Doriat-Duban, *Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle*, *RIDE*, 2001, n° 1, p. 77-100.

du droit parce que, même s'il est vrai que la famille est une structure économique et que les comportements des personnes peuvent avoir des causes économiques, cette part en est sans doute moins prépondérante et le prisme de l'analyse économique fausse alors la perception d'ensemble (41). Plus encore, si l'on prend la vertu d'incitation, elle devient plus délicate en raison de la trop grande variété des mobiles pour agir dans la sphère familiale et affective.

40. Un bon exemple peut être pris du droit de la filiation. L'analyse postule que l'on incite à faire des enfants en fonction des critères économiques. C'est notamment l'idée sous-jacente à bien des dispositions fiscales, dans une interaction permanente avec une fiscalité traduisant une organisation familiale et cherchant à la modeler (42). Si l'on ne prend que l'analyse économique, elle peut conduire à des propositions qui peuvent paraître choquantes, comme la proposition faite notamment par Richard Posner d'un marché des enfants à adopter. L'analyse économique du droit demeure pertinente cependant parce qu'elle peut mettre en valeur la cohérence ou l'incohérence des règles, les unes par rapport aux autres (43). L'exigence de cohérence vaut en toutes matières, économiques (44) ou non, parce que c'est la qualité même des systèmes, le droit pouvant prétendre aux qualités de l'organisation en système, notamment la prévisibilité de son fonctionnement.

41. Ainsi, pour prendre un exemple moins brûlant mais qui fut ressenti à l'époque comme tout aussi crucial, l'analyse économique appliquée au droit des services publics, qui ulcéra un temps parce qu'on y voyait le lin-

ceul du droit public, de l'idée de nation et de solidarité, permit de faire avancer et la conception théorique et les règles pratiques en la matière. En passant notamment de la notion juridico-politique de service public à la notion juridico-économique de service universel (45), passage relayé fortement par le droit communautaire, droit dont la nature est économico-politique, la perspective économique a modifié les prévalences, faisant passer la notion concrète d'accès avant la notion abstraite d'intérêt général (46).

42. L'évolution est en cours concernant un autre corps de règles, dont on considérait naguère qu'il était frappé d'une sorte de déchéance si on y appliquait une analyse économique, à savoir le droit organisant les juridictions et les procédures. Sous prétexte que la justice n'a pas de prix, on récusait longtemps l'idée même, offusquante, d'en analyser les coûts. Aujourd'hui, les nécessités budgétaires et une conception moins grandiloquente de la procédure se traduisent par des mesures précises de l'efficacité de la machine juridictionnelle, sous l'effet notamment de la LOLF (47).

43. Cet exemple permet de revenir au lien naturel entre analyse économique du droit et droit économique, non plus en amont, comme quoi le droit économique se prête à ce type d'analyse, mais en aval, montrant que l'analyse économique du droit tend à transformer les branches du droit en droit économique. Parce que le droit économique traduit davantage une façon d'appréhender les règles qu'un corpus fixé de règles (48), le fait d'appliquer un mode d'analyse qui repose sur la prévalence des finalités, la mesure de l'impact des décisions sur les comporte-

ments, et la vérification du succès ou de l'échec des règles, a tendance à transformer des branches non traditionnellement insérées dans le droit économique.

44. Ainsi, parce que le droit économique est distinct du droit des affaires, il est traditionnel d'affirmer que, tandis que le droit de la concurrence est le cœur du droit économique (49), le droit des sociétés n'en ferait pas partie. Mais parce que le droit des marchés se prête à l'analyse économique du droit, par exemple les règles réprimant les délits boursiers (50) ou celles qui organisent l'information insérée dans les cotations (51), par ce biais le droit des sociétés tout entier est en train de devenir du droit économique. Cette idée d'une société comme forme juridique d'une entreprise et comme forme d'organisation de marché, est une idée certes ancienne dans la doctrine juridique française (52), mais l'analyse économique du droit lui donne une nouvelle vigueur et participe à sa concrétisation de plus en plus forte en droit positif.

45. Ce processus de transformation du droit par l'analyse qui en est faite joue également dans le droit des contrats et dans le droit de la responsabilité civile, là où se sont développés les premiers travaux aux États-Unis, à travers l'efficacité des sanctions (53) ou l'incitation que doit produire les condamnations des responsables. Cette transformation est un enrichissement car perdue par ailleurs le souci du droit de veiller à d'autres impératifs extrinsèques, tel l'impératif moral (54), ou des impératifs intrinsèques, tel le respect de la hiérarchie des normes (55). Ce qui font le droit doivent alors préserver l'équilibre général entre tous ses éléments.

C. L'intérêt suivant les métiers de juristes : l'exemple du législateur

46. Comme il faut distinguer entre les branches du droit, il faut distinguer selon les juristes, non seulement parce qu'en France il n'existe pas la même fluidité sociologique dans la profession des *lawyers*, mais parce que les fonctions des uns et des autres ne sont pas les mêmes dans le système. On distingue principalement le législateur et le juge. On s'intéressera ici plus particulièrement au législateur, au sens matériel voire sociologique du droit, c'est-à-dire à celui qui prend des décisions générales et abstraites dans le but d'influer sur les comportements afin de les rendre conforme aux buts poursuivis par l'auteur de la règle. À ce titre, le Parlement, le pouvoir réglementaire mais aussi certains organismes, comme les régulateurs ou les ordres professionnels, exercent une fonction de législateur.

47. En évoquant la fonction du législateur, on mesure à quel point l'analyse économique du droit disponible dans les ouvrages nord-américain est imprégné de la culture juridique nord-américaine. En effet, les règles générales et abstraites qui vont au-delà des matériaux de base que sont les droits de propriété ou la liberté de conclure des contrats obligatoires et l'obligation de répondre des dommages causés, sont perçus comme des « réglementations », alors que la culture romaniste n'a jamais réduit la législation à cela (56).

48. L'analyse économique du droit dessine donc la règle qui sera la plus efficace par rapport à un objectif que le législateur pose souverainement, mesure d'efficacité couramment pratiquée lors-

que la loi interfère dans l'organisation économique, par exemple par l'attribution de monopoles. Il ne s'agit pas d'examiner en soi les outils qui aboutissent à ces conseils mais de souligner que le législateur a intérêt à recueillir de tels avis, qui valent bien d'autres avis et qui peuvent être mis en balance avec ceux-ci.

49. Pour que le législateur français profite de l'analyse économique du droit, il faut considérer deux choses. Tout d'abord, il faut avoir une conception relativement instrumentalisée de la loi, c'est-à-dire percevoir la loi comme un moyen qui répond à une certaine situation, situation qui requiert l'adoption d'une nouvelle règle en considération de certains buts politiquement posés. Cela ne pose pas de problème car il y a longtemps que le législateur ne considère plus sa souveraineté comme une puissance au service de sa volonté pure (57) mais comme un moyen plus fort et plus légitime que d'autres de répondre à une situation, la situation constituant donc la cause de la loi puisqu'elle est ce à quoi la loi répond.

50. Ensuite, il faut admettre l'idée même de succès et d'échec de la loi, c'est-à-dire intégrer l'application de la loi dans le jugement porté sur la loi (58). Cela est acquis pour des législations emplies de factualité, notamment le droit des faillites (59), le droit pénal dont le souci du chiffre noir est une façon d'intégrer l'efficacité, le droit des marchés ou le droit social. Dans des matières qui développent une conception plus formelle, la notion d'échec et de succès prend moins racine dans l'examen des effets concrets de la législation. Ainsi, en France, pour reprendre un exemple précédemment abordé (60), la lé-

(48) G. Farjat, *La notion de droit économique*, in *Droit et Économie*, préc., p. 27-62. Pour le droit économique, PUF, 2004, spéc. p. 32 et s.

(49) G. Farjat, *Droit économique*, 2^e éd., coll. *Thémis*, PUF, 1982.

(50) B. Deffains et F. Stasiak, *Les préjudices résultant des infractions boursières : approches juridique et économique*, in *Le droit saisi par l'économie*, préc., p. 177-186.

(51) V. par ex. Nussenbaum, *La complémentarité fonctionnelle du droit et des marchés financiers*, in *Sociologie du droit économique*, préc., p. 407-426.

(52) On se référera notamment aux travaux de C. Champaud (par ex. *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962), de J. Paillusseau (par ex. *La modernisation du droit des sociétés commerciales, une reconception du droit des sociétés commerciales*, D. 1997, chron., p.) ou de P. Didier (par ex. *Théorie économique et droit des sociétés*, in *Droit et vie des affaires, mélanges A. Sayag*, Litec, 1997, p. 227-241).

(53) Cela engendre un nouveau type de travaux juridiques, par exemple la thèse d'Y.-M. Laithier, *L'efficacité des sanctions contractuelles*, LGDJ, 2004.

(54) *Supra* nos 8 et s.

(55) *L'équilibre n'est pas toujours aisé à faire entre ces considérations intrinsèques et extrinsèques*. V. par ex. Th. Tuot, *La sauvegarde et l'adaptation de la hiérarchie des normes en matière de régulation*, in *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Série Droit et Économie de la Régulation*, Presses de Sciences Po, Dalloz.

(56) C'est ainsi qu'A. Oguis et M. Faure, suivant en cela la méthode dégagée aux États-Unis, évoquent non pas la législation mais la réglementation, par traduction littérale de *regulation*, et traite la question de la réglementation comme s'il s'agissait d'une branche du droit à côté des contrats et de la responsabilité (préc., p. 143 et s.). On mesure à cette occasion une des difficultés d'appliquer l'analyse économique du droit en France, à savoir la difficulté de la traduction (sur le possible contresens entre *regulation*, réglementation, régulation, v. M.-A. Frison-Roche, *Définition du droit de la régulation économique*, D. 2004, chron., p. 126-129). Sur une discussion approfondie de cette question terminologique, v. J.-B. Auby, *Régulation et droit administratif*, in *Études G. Timsit*, Bruylant, 2004, p. 209-234, spéc., p. 211 et s.

(57) M. Bastit, *Naissance de la loi moderne*, coll. *Léviathan*, PUF, 1990.

(58) On mesure ici la parenté très forte entre l'analyse économique du droit et l'analyse sociologique du droit. Les méthodes diffèrent mais les postulats sont analogues.

(59) L'idée de « faillite de la faillite » peut alors être mise en valeur (F. Terré, *Droit de la faillite ou faillite du droit ?*, *Rev. jur. com.*, 1991, p. 1 et s.). V. aussi M.-A. Frison-Roche, *Le législateur des procédures collectives et ses échecs*, in *Le droit des procédures collectives*, Mélanges A. Honorat, Éd. Frison-Roche, 2000, p. 109-119.

(60) *Supra* nos 44 et s.

gislation en matière de droit des sociétés n'a été que peu saisie par l'analyse économique du droit, sauf précisément si elle est appréhendée à travers l'efficacité du marché financier. La considération de celle-ci alimente le courant de plus en plus puissant de *Law and Finance*, nouveau développement du mouvement historique *Law and Economics*, qui se saisit du droit des sociétés dans la perspective de l'intérêt des investisseurs.

51. Cette observation du droit par cette analyse n'est pas seulement factuelle, elle est normative indépendamment même des réformes qu'elle peut inspirer. En effet, si l'on applique une méthode d'analyse économique — et financière — à une branche du droit plutôt formellement conçue, on participe à sa factualisation. Ainsi, le droit des sociétés est en train de devenir de plus en plus factuel, notamment parce qu'on me-

sure ses effets à l'aune de l'efficacité du marché et de la protection de l'investissement. Dans ce mouvement, la loi sur la sécurité financière est exemplaire de cette inflexion que l'analyse économique donne au droit des sociétés, certes par l'aller et retour que la législation a opéré avec les États-Unis, la loi de sécurité financière étant inspirée de la loi Sarbanes-Oxley, laquelle était elle-même influencée par l'analyse économique de la *corporate governance*.

52. Une fois que le législateur intègre la perspective de l'échec de la loi, c'est-à-dire donne pertinence à cet échec en lui attribuant un effet, il faut d'une part qu'une évaluation des lois soit menée pour mesurer succès et échec des lois, il faut ensuite que le constat d'un échec ait pour effet une modification de la loi. Là aussi, la conception française de la loi a évolué de cette double façon, avec une

pratique d'évaluation et avec l'idée des lois expérimentales et des réformes régulières (61).

53. Mais surtout, et c'est sans doute là le plus difficile et le plus fructueux, il faut que le législateur explicite ces buts, pour que l'analyse soit fructueuse. Voilà un effet très précieux : le législateur doit expliciter les finalités qu'il poursuit en adoptant une loi. S'y astreignant, il doit mentionner au besoin plusieurs fins, et dans un tel cas articuler une règle de préférence entre les buts. Cela conduit alors le législateur à une obligation de cohérence de la législation et du système juridique. Cela permet aussi de le soumettre au contrôle démocratique évoqué plus haut (62).

54. On reconnaîtra que n'est pas le moindre mérite de l'analyse économique du droit.

(61) V. not. J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois*, coll. *Droit, Éthique, Société*, PUF, 1994 ; J. Commaille et B. Jobert, *Les métamorphoses de la régulation politique*, coll. *Droit et Société*, LGDJ, 1998.

(62) *Supra* n°s 25 et s.