

DROIT ET ÉCONOMIE

Marie-Anne FRISON-ROCHE

1.— On peut être tenté par deux extrêmes dans la façon d'aborder le droit et l'économie. Le droit et l'économie n'apparaîtraient comme n'étant pas du même ordre, puisque l'économie relèverait de celui du donné et de l'acquis, tandis que le droit relèverait de celui du nouveau, puisqu'émanant de volontés s'exprimant pour le futur, volontés des contrats, du juge ou du législateur.

2.— Plus concrètement, l'économie est l'ensemble des organisations, des objets et des d'agents, qui s'additionnent ou interfèrent pour produire des systèmes économiques. Ce n'est dans un second temps que des choix s'opèrent entre des économies se déployant sur des marchés (économie libérale) ou émanant d'une volonté politique (économie dirigée). Le droit est l'ensemble des règles et des actes portés par des personnes juridiques qui expriment des volontés ayant un effet de contrainte.

3.— À prendre ces premières conceptions, l'économie serait de l'ordre de la nature et le droit de l'ordre du construit, l'économie de l'ordre du spontané, du mouvement mécanique et le droit de l'ordre de la volonté et du choix. Des auteurs ont pu soutenir cette présentation, par exemple Hayek pour l'économie, ou des théories du droit comme pure normativité. L'essentiel ici est de souligner qu'il ne s'agit que de conceptions, soutenables, mais donc aussi contestables, et non des faits dont il faudrait partir.

4.— Si donc on en reste aux faits, le droit et l'économie convergent sur les mêmes objets, par exemple des comportements sociaux. Mais le droit est plus ou moins proche de l'économie. En effet, si l'on reprend plus en arrière dans l'histoire du droit et du reflet qu'en a donné la doctrine juridique, on peut distinguer le droit des affaires, le droit de l'entreprise et le droit économique. Au XIX^e siècle, il s'agissait de prendre acte que des personnes pratiquent une activité particulière, commerciale, ces commerçants devant être régis par un droit spécial, le droit commercial, celui-ci n'étant qu'un droit spécial, adaptant les règles générales conçues pour les personnes ordinaires que sont les personnes civiles. Il s'agit donc principalement d'un droit de certains

contrats et du droit des sociétés. Dans les années 1970, la doctrine prend un autre point d'appui : le constat de l'entreprise. Il existe des organismes que sont ces ensembles d'intérêts, de tâches et de responsabilités, impliquant ceux qui portent leurs capitaux et ceux qui apportent leur travail (capitalistes et salariés). Le droit public intègre pleinement le droit de l'entreprise, non seulement parce qu'il existe des entreprises publiques mais encore parce que les politiques fiscales par exemple sont un outil stratégique entre État et entreprises. Le droit des affaires s'articule avec l'ordre public et convergent ainsi le droit des sociétés, le droit du travail et le droit fiscal.

5.— Enfin, se superpose le « droit économique », expression relativement récente, perspective ayant donné lieu à encore peu d'ouvrages. Le droit économique prend comme objet les activités économiques des opérateurs et la circulation des biens sur les marchés. Il a pour cœur le droit de la concurrence, le droit public, le droit européen et mondial des échanges économiques. Par force, il est extirpé des frontières de la normativité juridique ordinaire qui prend forme dans le national ; par force, il est transdisciplinaire, par exemple en intégrant de plus en plus la comptabilité, comme mode d'information des investisseurs sur les marchés. Cela tient au fait que le droit économique est réaliste et, en cela, ses contours suivent les réalités économiques.

6.— Certains ont pu y voir une forme de défaite du droit face à l'économie, puisque le premier abandonne les contours du politique, notamment le contour national de la décision politique qui choisit, pour suivre ceux du second qui s'impose. Cela n'est pas acquis car lorsqu'on évoque la « régulation de la mondialisation », c'est sur des mécanismes juridiques que l'on travaille. En outre, c'est présenter les rapports entre droit et économie, si ce n'est comme en guerre, à tout le moins comme en rivalité, alors que le démantèlement des frontières économiques et la concurrence des droits requièrent plus que jamais une réflexion d'ensemble.

7.— Pour prendre quelques éléments dans cet ensemble, on peut penser tout d'abord le droit comme forme que prend la politique économique, là où le droit s'insère dans un triangle entre les comportements, les organisations, et le politique. On peut dans un deuxième temps, par une sorte de retour en arrière, poser ce que l'économie libérale, celle qui se prétend souvent libérée de l'État et de ses politiques économiques, requiert du droit, par exemple ce que le fonctionnement des marchés doit aux contrats ou au juge. Enfin, dans un troisième temps, alors que le droit est entré dans le système économique par des politiques qu'il implante, ou qu'il soutient une économie de marché par ses instruments propres, l'économie pénètre à son tour dans l'ordre juridique en analysant le droit, en jugeant son efficacité, cette analyse économique du droit étant comme une queue de scorpion qui se recroqueville. Certains membres de la doctrine juridique y voient comme un suicide du droit.

I. LE DROIT, FORME DES POLITIQUES ÉCONOMIQUES

8.— Le droit peut se définir par son pouvoir de contrainte. C'est le plus souvent ainsi qu'on le présente. Par exemple, la politesse prescrit un comportement mais, parce que ce dictat n'est pas associé à un déclenchement possible de force publique lorsque la prescription n'est pas respectée, la politesse se distingue du droit. Ainsi, le droit se caractériserait par son appareil, son juge vers lequel on se plaint, sa violence légitime dont huissier, police et prison sont les signes les plus nets. Ainsi, le droit est avant tout une force, mais une force légitime, puisque sa source normative a pour creuset la volonté démocratique.

9.— Il ne s'agit que d'une conception du droit, que l'on peut discuter, mais pour l'instant, par méthode, gardons-la. Dans celle-ci, le droit est avant tout le bras armé de l'État, au sein duquel des volontés légitimes (parce qu'elles ont elles-mêmes une source légitime, par exemple le législateur) prennent des décisions pour l'ensemble du groupe social

10.— Le droit est donc essentiellement la forme par laquelle l'État prend des décisions sur tous, sur tout objet, notamment sur l'économie. La première conséquence, et tout cela peut paraître de l'évidence, est que nous sommes donc dans la sphère du droit public, ce que présuppose un système juridique encore construit sur la *summa divisio* du droit public et du droit privé.

11.— La deuxième conséquence est que le juge naturel des décisions juridiques en matière de politiques économiques est le juge administratif. La troisième conséquence est l'objet que l'on doit contrôler : non pas le résultat de la politique économique (cela, c'est l'affaire de l'exécutif et du politique, pouvant changer d'avis en cas d'échec), mais, dans l'ordre du droit, la légalité de l'organe politique qui a pris la décision de politique économique (légalité du décret, constitutionnalité de la loi, etc., sans considération pour les effets économiques de ces actes juridiques).

12.— Ainsi, tout à la fois le droit est très puissant sur l'économie, puisqu'il peut décider et imposer, mais il est aveugle, puisqu'il n'intègre pas les résultats de cette politique économique en confrontation avec les effets recherchés. Ainsi, la loi demeure, gravée dans le marbre, alors même qu'elle ne produit pas les résultats économiques attendus. Il n'est donc pas requis, au sein du système juridique, dans sa conception traditionnelle, de mesurer les effets économiques de celui-ci. Nous reviendrons sur ce point en troisième partie de notre réflexion, qui portera sur l'analyse économique du droit, laquelle présuppose l'inverse. L'une des raisons pour lesquelles l'analyse économique du droit est très difficilement admise en France, paraît même scandaleuse, tient à cette opposition des présupposés.

13.— Si l'on s'en tient au droit comme expression d'une politique économique, le plus simple peut être non plus tant de donner des ordres à des institutions

ou à des opérateurs mais de permettre à des institutions politiques de devenir opérateurs pour mettre en œuvre directement des politiques économiques. Plus que tout autre pays, la France conçoit les monopoles publics, par exemple EDF. Il s'agit alors d'une concentration en un seul organe du triangle entre le droit, l'économie et le politique, ce que la notion de « service public » exprime.

14.— Depuis 20 ans, ce qui est peu à l'échelle du droit, ce concentré est récusé par défiance à l'égard du politique. Le droit français fait confiance à l'État pour se mouvoir à travers les opérateurs publics pour agir pour le bien de la Nation. Le droit européen ne lui fait pas confiance, Il n'admet l'État comme opérateur (entreprises publiques) ou comme investisseur (aide d'État) que s'il se comporte comme un opérateur ou un investisseur « ordinaire ». Dès lors, la notion même d'État-actionnaire est la plus floue qui soit. Et plus encore, si l'État ne peut agir sur l'économie comme un autre opérateur, alors le droit comme instrument d'une politique économique est neutralisé par le droit. Le droit européen exprime en cela une radicalité que le droit nord-américain, bienveillant à l'égard des aides d'État, ne partage pas, ce qui donne un avantage concurrentiel important du second par rapport au premier.

15.— Ce droit de la concurrence, né à la fin du XIX^e siècle aux États-Unis, dans le Traité de Rome en Europe, prend non pas tant pour objet de contraindre le marché mais le prend comme source directement de normativité : le droit exprime la loi du marché. Ainsi, les juges déterminent le marché pertinent puis mesurent les comportements qui ont ou auraient pu lui nuire. Cela engendre un droit très violent, non seulement parce que le droit de la concurrence est un droit de sanction, mais encore un droit où ces sanctions peuvent être achetées par les entreprises délinquantes si elles dénoncent aux autorités de concurrence leurs co-auteurs, à travers les programmes de clémence. Cela tient au fait qu'il s'agit d'un droit qui protège un système économique, la concurrence et non les concurrences, cette vision organistique du droit n'étant pas alors sans rappeler les théories considérées naguère comme odieuse de la défense sociale.

16.— Le droit européen est plus violent encore que le droit nord-américain, car il s'agit de construire un marché qui n'existait pas. Dès lors, le droit n'est plus qu'un instrument, imprégné d'une finalité dans laquelle réside sa véritable normativité. On trouve ainsi en droit de la concurrence des techniques qui n'existent pas par ailleurs, comme « l'effet utile » ou « la règle de raison » entièrement construite sur l'efficacité et les finalités économiques que le droit doit concrétiser par l'usage de sa puissance. Plus encore, prenons l'exemple des sanctions et des responsabilités. Ordinaire, la responsabilité vise à sanctionner un comportement passé et à réparer le dommage. En économie, on dirait qu'il s'agit d'un mécanisme *ex post*.

17.— Mais si le droit est l'instrument d'une fin économique, la construction du marché, alors, il faut l'infléchir, certains diraient le « distordre », pour qu'ils

fonctionnent avant, en *ex ante*. Dès lors, on va privilégier ce qui construit le futur économique grâce au droit. Mais il ne s'agira plus d'ordre donné par l'État, fût-il européen, il s'agira des engagements que les entreprises prennent, sur ordre des autorités de concurrences, en réalité en négociation avec elle. Plus encore, le contrôle des concentrations d'entreprises, exercé par les autorités de concurrence, permet au droit de construire les marchés, en négociant avec les entreprises. Le fait qu'en France, la loi du 4 août 2008 ait transféré ce pouvoir de contrôle du Ministre de l'Économie à l'Autorité de la concurrence est un signe de l'affaiblissement du politique au bénéfice d'un lien bilatéral renforcé entre le droit et l'économie.

18.— Ainsi, le futur des marchés se construit en collaboration entre droit et économie, non plus, par des volontés politiques alliées, dispersées, qui ne parviennent pas à s'allier. Interviennent alors des organismes que sont les régulateurs. Ce que le droit français désigne comme des autorités administratives indépendantes, expression un peu contradictoire dans les termes, sont peut-être l'avenir des rapports entre le droit et l'économie, si le politique n'a plus les moyens de dessiner les marchés.

19.— Cela s'est imposé depuis plus de 20 ans dans les secteurs qui ne peuvent pas construire ou maintenir leur équilibre par la seule force des agents économiques. Cet ensemble de secteurs régulés, comprend les télécommunications, les médias, l'énergie (ces trois premiers souvent désignés comme « industries de réseaux »), la finance, la banque. Depuis une dizaine d'années, s'élabore un droit autonome de la régulation. Il ne s'agit pas ici de le décrire, mais de souligner qu'il n'appartient ni au droit public ni au droit privé, ni aux droits nationaux, ni au droit communautaire, ni au droit international. Il s'agit d'un droit véritablement nouveau, dont les contours émanent du secteur technique lui-même, dont les règles suivent de près les technologies et dont les régulateurs, eux-mêmes en réseaux sont au cœur.

20.— L'économie précipite alors le droit dans le véritablement nouveau : non plus le classement entre les frontières (droit international privé), non le droit relatif à des opérations qui enjambent des frontières (par exemple les contrats internationaux), mais un droit sans frontière, notamment en matière financière, un droit global, c'est-à-dire hors de l'espace et du temps. Le droit de la régulation bancaire et d'un marché financier global est à construire, tâche d'autant plus difficile qu'il est avant tout à concevoir.

II. LE DROIT, SOUS-JACENT DE L'ÉCONOMIE LIBÉRALE

21.— L'économie de marché peut se penser comme étant en dehors de ce qui est construit par le droit, puisque la masse des demandes rencontre la masse de l'offre, le marché jouant le rôle du commissaire-priseur qui permet à la fois

aux agents de produire et de se procurer les informations pertinentes pour aboutir à un prix d'équilibre, que l'on appelle parfois « juste prix ».

22.— Ne nous mettons pas même hors de l'épure, n'évoquons pas les politiques consumérismes ou les actions de l'État à long terme, notamment les politiques d'investissements. Ne considérons pas les défaillances de marchés, que sont les asymétries d'informations, ou les particularismes des réseaux, ou de procédures d'enchères. Restons dans le modèle simple de l'économie de marché.

23.— L'économie de marché ne fonctionne pas sans des sujets de droit, êtres humains ou entreprises que le droit revêt de cette aptitude à être titulaires de droits et d'obligations. Sans cela, il ne peut y avoir de marché, et nous sommes ici très loin du droit de la concurrence, lequel est avant un droit factuel, par exemple le fait du marché pertinente, le fait du pouvoir de marché ou le fait de l'influence déterminante dans la prise de décision dans des unités économiques et sociales.

24.— En deuxième lieu, l'économie de marché ne peut pas fonctionner sans les droits de propriété privée portant sur les valeurs qui circulent, les transformant en biens. Tant que le pouvoir normatif du droit n'y procède pas, il n'y a que des choses disponibles à qui les paye. Les réflexions actuelles sur la marchandisation portent précisément sur ces choses qui supposent juste un échange sans droit, et sans juste prix (ce que l'on appelle les marchés noirs, celui de la drogue ou d'organe, sont à prix très élevés). Pour qu'il y ait marché, il faut donc des droits de propriétés privés délivrés par le droit. Ce pouvoir est exercé sur peu de choses et dans peu de pays. Dans certains d'entre eux, on n'a quitté l'économie d'État que pour entrer dans l'économie de mafia.

25.— Le troisième sous-jacent juridique de l'économie libérale est le contrat, à la fois le contrat comme forme neutre et préalable à l'échange et le contrat comme organisation à long terme des organisations. Le marché est par son propre effet à court terme, voire instantané, et en cela le contrat échange est son double, son expression juridique. Lorsqu'il faut construire à long terme, si l'on ne recourt pas à l'exogénéité de l'État, par essence hors du temps, éternel, alors le contrat construit la firme ou le réseau.

26.— Plus encore, le marché ne fonctionne que s'il n'y a pas de temps entre la définition des termes de l'échange et l'échange économique lui-même. Mais si ce temps existe, alors le temps de l'engagement et le temps de l'exécution se distinguent et le marché tombe dans le trou noir du temps, car celui qui s'engage n'entend plus forcément exécuter.

27.— Le marché, parce qu'il n'est pas la force pure, comme la mafia par exemple qui exprime sa force à obtenir exécution sans avoir à la médier par le droit, ne peut pas trouver de solution à cette différence de temps sans le droit, parce que le droit apporte ce que l'économie ne produit pas par elle-même : la force obligatoire. Le contrat a une force obligatoire, constitue une « petite loi » pour les parties qui devront parce qu'elles se sont dans le passé engagées, s'exécuter

dans le futur. Ainsi le marché fait fonctionner les échanges et perdurer les engagements. La principale difficulté de l'économie et du droit, à savoir le temps, est encore à la fois commune et résolue, par l'alliance entre droit et économie.

28.— Mais, et c'est ainsi qu'apparaît le quatrième sous-jacent juridique de l'économie libérale, l'instrument montre sa faiblesse puisque l'exécution, perspective éloignée dans le temps, peut se heurter à des difficultés, par exemple l'inexécution ou la rupture. Il faut donc un juge. Ce juge doit être suffisamment compétente et impartial, notamment lorsqu'il s'agit de protéger des investissements étrangers à long terme. Or, là aussi, l'existence d'un système juridictionnel suffisamment impartial et compétent ne caractérise que peu de pays, essentiellement l'Europe et l'Amérique du Nord. On se focalise souvent entre juristes sur les oppositions entre *Civil Law* et *Common Law*, mais il s'agit de différences très relatives par rapport à cet élément commun fondamental.

29.— Si l'on admet ces quatre pré-requis juridiques pour une économie de marché (sujet de droit, droit de propriété privé, liberté contractuelle, accès à un juge impartiale), alors de nombreux systèmes économiques sont en train - de s'ouvrir (Chine, Russie), alors que ces pré-requis juridiques ne sont pas satisfaits. La Banque Mondiale s'en préoccupe mais en dissociant trop le souci juridique d'une part, par exemple la lutte contre la corruption ou le souci d'une organisation judiciaire efficace, et d'autre les actions économiques sur les marchés ou vis-à-vis des Gouvernements. Elle sous-estime leur corrélation étroite.

30.— En rapprochant davantage qu'on ne l'a fait en France le droit et l'économie, on permettrait une vision plus exacte, parce que plus réaliste, des contacts entre droit et économie, comme elle est menée aux États-Unis. Ce faisant, certains y ont vu l'entrée du vers dans le fruit : puisque, le droit trouvant de la pertinence dans l'économie, l'économie en trouva dans le droit : l'analyse économique du droit pouvait en faire son entrée, elle fut fracassante, et son rejet par certains, principalement en France, tout autant.

III. L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT OU LA QUEUE DU SCORPION

31.— L'analyse économique du droit est une idée simple, plutôt née dans l'Université de Chicago dans les années 1960, notamment à partir des travaux de Coase, mais aussi du seul fait que professeurs et élèves de la *Law School* et de la *Business School* ont bien voulu s'adresser la parole, l'ensemble étant relayé par des juges qui tout en réfléchissant en amont, ont repris certaines idées dans leurs décisions, par exemple le juge Posner ou, à la Cour Suprême, le juge Stephen Breyer.

32.— Ces circonstances propices ont créé le mouvement de pensée *Law and Economics*, avec enseignements, PHd et revues à l'appui. L'idée est simple et

s'appuie sur les premiers travaux de Coase sur le « coût social du droit ». Celui-ci publia cet ouvrage en 1960 pour étudier l'effet d'une réglementation relative à des indemnisations sur les chemins de fer, et réfutant des travaux du professeur anglais Pigou, Coase affirmant que le marché, par le processus de l'assurance, permet de retrouver l'équilibre général. Des conceptions plus institutionnelles ont été développées, et les polémiques sont nombreuses, mais la discipline est reconnue dans son utilité.

33.— Le mouvement *Law and Economics* est ouvertement en faveur d'une économie libérale, mais il admet pleinement la complexité que le droit amène dans le système économique, notamment les interactions, par exemple celle entre la responsabilité civile, le coût des procès et le mécanisme de l'assurance. Dans sa complexité, par exemple le lien entre responsabilité civile et pratique du contrat d'assurance. En tout cas, une telle analyse prend comme préalable nécessaire la mesure de l'effet économique du droit.

34.— On pourra certes faire le reproche à ce mouvement encore jeune, en train de se développer, du simplisme de sa perception du droit. En effet, dans bien des études menées en analyses économiques du droit par des économistes, le droit est réduit à la réglementation (*regulation*). Beaucoup de leurs études empiriques montrent ainsi avec pertinences que les réglementations protectrices d'une catégories de personnes, par exemple un type d'acheteurs, ont en réalité produit des rentes pour la catégorie adverse, par exemple les vendeurs du bien en cause, dont le prix a ainsi augmenté au détriment des acheteurs. Mais le droit ne se réduit pas à la réglementation, à un empilement de textes. C'est aux juristes d'apprendre cela aux économistes, que le droit est un système, qu'il faut prendre en tant que tel.

35.— Par ailleurs, le mouvement *Law and Economics* suppose que le droit est un instrument. Cela n'est pas reprochable en soi, car l'analyse économique du droit ne prétend pas occuper toute la scène de la normativité et laisse le droit exprimer des valeurs, sur le mur lesquelles les puissances économiques du marché doivent buter. Ainsi, il peut y avoir analyse économique du droit sans que cela produise nécessairement une instrumentalisation indifférenciée du droit par rapport aux désirs marchands, par exemple concernant le corps humain.

36.— Cela dit, là où le droit est un instrument économique valide, hors des valeurs que le politique lui fait donc exprimer, par exemple le service public ou la bioéthique, cela suppose que l'on mesure l'efficacité de l'instrument. Cela est d'ordre tautologique.

37.— S'il en est ainsi, la normativité du droit n'est pas dans la prescription ou l'interdiction de comportement, mais dans les résultats que l'auteur de la décision juridique veut obtenir. Pour cela, il doit expliciter les résultats qu'il vise. Cela peut paraître aller de soi, mais jusque dans les années 1970, le législateur n'indiquait pas dans le corps du texte les finalités poursuivies. Cela était « auxi-

liaire », relevant notamment de la sociologie juridique, parente pauvre du droit. Désormais, parce que le droit économique a appelé l'analyse économique du droit, la finalité est au premier rang des articles des lois nouvelles. Il y a déplacement du « centre de gravité normative » dans l'art législatif vers les finalités.

38.— Dès lors, il faut mesurer les effets économiques des lois ; c'est une fois exprimée que l'on doit mesurer d'une façon neutre la volonté du législateur quant à ses buts, notamment dans l'application qu'en fait le juge. Nous n'avons que très peu d'instruments pour cela. Nous sommes très en retard en cela. Pourtant, il faudrait simplement mesurer en premier lieu les effets produits par la loi et en second lieu les confronter aux effets normativement désirés par le législateur. S'il y a coïncidence, alors la loi est respectée, s'il n'y a pas coïncidence, alors la loi n'est pas respectée, même si elle paraît formellement l'être et son dispositif même, ses articles, méritent d'être changés.

39.— L'office du juge est lui-même modifié par une telle conception car il est l'agent neutre d'une loi dont la normativité est déplacée dans les effets économiques qu'elle produit, confrontée aux objectifs qu'elle a posés. Il n'y a rien de politique en cela. Il n'y a ni gouvernement des juges ni emprises de l'économie sur le droit. C'est une rationalité nouvelle, plus complexe, mais pas une sorte de prise de pouvoir de l'économie sur le droit.

40.— Pourquoi alors cette sorte de lever de bouclier en France contre l'analyse économique du droit ? Peut-être parce que, comme toute corporation, les juristes aiment rester entre eux, au chaud de leur savoir, protégés par les frontières. Mais surtout parce que la Banque Mondiale l'a reprise « en vrai », et non plus à travers des travaux lointains, du fait des rapports *Doing Business*.

41.— On peut ici s'exprimer d'une façon qui est à la fois radicale et modérée, parce que les rapports annuels *Doing Business* reposent sur une idée excellente aux modalités calamiteuses. L'idée excellente est la suivante. Les décennies d'aides macro-économiques ont été désastreuses, consistant pour les institutions nationales et internationales, à verser des sommes considérables à des gouvernements corrompus, l'ensemble alimentant le trafic d'armes et les guerres civiles.

42.— L'idée, validée par exemple par la réussite des micro-crédits, est d'adopter une démarche de micro-économie, en suscitant des initiatives à très petite échelle, pour que des initiatives spontanées, souvent du fait des femmes, se développent loin des gouvernements, et perdurent, pour reconstituer un tissu économique par le bas et non par le haut.

43.— La Banque Mondiale a pris l'hypothèse simple et exacte d'une personne isolée qui a un peu de temps pour entreprendre une activité économique spontanée qu'elle va étendre à ses voisins, à d'autres objets, à d'autres endroits, etc. Ainsi se créent l'entreprise et la participation à un marché, par lesquels se redresse le pays en voie de développement. Ce mouvement se fait aussi par

l'instrument du droit, par exemple l'emploi de la voisine comme salarié, ou l'obtention d'un prêt auprès de la banque de la rue d'à côté. Il faut donc mesurer l'efficacité économique du droit.

44.— C'est là où la Banque Mondiale, qui a vu essentiellement juste, va commettre une erreur méthodologique : parce qu'elle croit que le droit n'est qu'un amas de réglementation, elle va mesurer l'efficacité du droit suivant son simple coût. Ainsi, plus c'est rapide et peu coûteux, et plus ce serait efficace. Ainsi, devoir fournir un formulaire et non pas deux, devoir attendre 8 jours et non pas 15, etc., ce serait économiquement plus efficace et mériterait félicitations et bon classement.

45.— Mais c'est méconnaître la complexité intrinsèque du droit, c'est-à-dire l'interaction de ses processus internes, notamment les processus contractuels, la protection des droits de propriété, le souci des salariés, des débiteurs, l'impartialité requise des juridictions, etc., qui sont comptés pour rien par la Banque Mondiale. Ces perspectives-là sont confiées dans l'organigramme de la Banque à d'autres services, à d'autres experts.

46.— Mais si l'on neutralise cette dimension, alors le système juridique le plus léger, c'est souvent le cas des systèmes corrompus et brutaux, est le meilleur et serait le plus efficace économiquement. C'est pourquoi le droit français est très mal classé dans les rapports *Doing Business*. La doctrine juridique a vilipendé ceux-ci et l'analyse économique qu'elle exprime.

47.— Cette doctrine a certainement raison en ce qui concerne les critères d'appréciation de l'efficacité économique du droit, puisque la nature du droit y est méconnue. Nous ne sommes donc pas dans le seul ordre des modalités mais bien de la compréhension par les économistes de ce qu'est le droit. Elle a sans doute tort lorsqu'elle estime que le droit, parce qu'il exprime des valeurs, n'est pas évaluable, car mesurer notamment la coïncidence entre les finalités et les résultats, c'est accroître la rationalité des processus et l'efficacité des volontés, ce n'est pas pour autant restreindre les marges de choix, au contraire.

48.— Si une politique s'avère économiquement très coûteuse, un droit exorbitant mais voulu, alors l'analyse économique du droit ne fait que l'éclairer, elle n'a pas la prétention de dicter le choix. Le droit reste l'expression du choix légitime, celui de la Nation ou de la personne, le contractant, le juge. L'analyse économique du droit éclaire le choix, elle ne le dicte pas. Elle est de nature scientifique, et c'est lui faire mauvais procès que de la présenter comme normative. Éclairant les choix, elle suscite sans doute une explicitation de ceux-ci et peut-être est-ce une réticence à rendre des comptes sur le pouvoir de choisir qui est sous-jacente à cette présentation parfois malveillante de l'analyse économique du droit. Haro sur le baudet...