

**PRÉSENTATION DE LA POSITION FRANÇAISE (FONDATION DU DROIT CONTINENTAL ET
APPROCHE ACADÉMIQUE UNIVERSITAIRE) SUR
L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE DU DROIT**

INTRODUCTION

La rencontre non-fortuite, en France, de l'héritage de la science juridique et de l'actualité, marquée depuis 2007 par la crise financière et économique que nous traversons, permet un regard croisé entre la science juridique et la science économique. La rencontre de ces deux disciplines a été, et continue d'être très productive quant à de nombreux aspects ; parmi ceux-ci, il convient de citer ici la question de l'efficacité économique du droit, qui nourrit de nombreux débats des deux côtés de l'Atlantique, et dont les répercussions sont réelles quant au développement de chaque nation dans le monde.

Au regard des questions relatives à l'efficacité économique du droit, on peut avancer l'idée selon laquelle, schématiquement, on trouve à son sujet deux visions complémentaires ; Pour ce qui est de la Fondation du Droit Continental en particulier, et de la position académique universitaire de manière plus large, on a :

1. D'une part, « l'Analyse Economique du Droit » (AED). Ce courant doit beaucoup au mouvement de la « *Law & Economics* », ce dernier présupposant notamment dans son analyse juridique des facteurs économiques : 1. un marché économique ouvert et efficient, 2. une rationalité des acteurs. La « *Law & Economics* » est une école académique riche, mais la renommée des discutés rapports de la Banque Mondiale « *Doing Business* » a conduit à une focalisation sur quelques aspects seulement de l'efficacité des systèmes juridiques, réduisant d'autant le spectre originel de l'analyse. Les avancées de la recherche académique sur les questions de l'AED sont indissociables des travaux d'Ejan MacKaay.

2. D'autre part, les travaux relatifs à la « théorie de la régulation » (au sens, en Anglais, de *regulatory*, et non de *regulation*) qui recouvre des études diverses, mais qui se focalise ultimement sur le fait de favoriser la croissance, prévenir et minimiser les crises ; Elle trouve ses bases dans la discipline de l'économie industrielle (*Industrial Organization*) en donnant une importance aux structures, aux optimisations, et encore aux externalités négatives telles qu'analysées par Coase et Schmalensee. Elle se concentre sur les modalités et les effets des actions de l'Etat sur les agents économiques, et se situe alors en dehors du débat droit continental / *common law* : l'important étant ici que des principes fondamentaux (à commencer par le droit de propriété) soient clairement définis.

I. APPORTS DE L'APPROCHE DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE DU DROIT, EN FRANCE

I.i. L'introduction de l'analyse économique dans la science juridique permet une fertilisation commune des disciplines très positive :

- L'approche de l'efficacité économique du droit a introduit la question de la *mesurabilité* (économétrique) des institutions (y compris juridiques), le rôle de ces dernières dans le développement économique et social n'étant plus à démontrer ;
- Cette efficacité a déjà été envisagée par Max Weber dès le XIX^{ème} siècle (concept du degré de dépersonnalisation, c'est à dire, très brièvement, que le cas juridique est traité non selon la personne, mais selon les principes abstraits du droit : la fonction prime sur l'être) ;
- Avec la vision actuelle de l'efficacité économique du droit, c'est la possibilité de la mesure scientifique précise du système de droit qui deviendrait possible. C'est une avancée méthodologique certaine.

I.ii. La prise en compte (par les universitaires et les professionnels dans les domaines du droit et de l'économie) de l'importance de l'efficacité économique du droit : un effet positif bienvenu de « *Doing Business* ». Des interrogations de fond demeurent.

- Ces rapports de la Banque mondiale ont généré un important débat théorique et pratique sur l'efficacité économique du droit. Cependant, il serait hasardeux de les considérer exempts de toute critique ; on pense à certaines des applications statistiques dont ces rapports font usage, et qui ne correspondent pas de manière suffisamment fidèle à la réalité ; à titre d'exemple, la position de « *Doing Business* » au regard de pays tels que le Japon, ou encore la Chine, manque sans nul doute d'approfondissement sur la question du lien entre leur développement et leur systèmes juridiques, qui ne sont pas assimilables à la *common law*, mais très nettement davantage au droit continental. De même, il a été souligné que le développement de long terme (du début du XIX^{ème} à la fin du XX^{ème} siècles) du PIB par habitant de la France n'est pas inférieur à celui de l'Angleterre, alors même que l'Angleterre est le berceau de la *common law*, et la France celui du droit continental (civil).
- C'est pourquoi la Fondation du Droit Continental, selon ces résultats, accorde la plus haute importance à créer une communauté académique et professionnelle du droit continental, au sein de laquelle la France et la Russie tiennent une place fondamentale.
- De plus, en réponse à « *Doing Business* », il est en train d'être élaboré, au niveau global, un *Index de Sécurité Juridique* (en cours d'élaboration, développements du projet à être présentés prochainement). Cela vise, entre autres, à présenter une vision du développement économique, au niveau des acteurs économiques privés et au niveau du développement économique global, différente de celle développée selon la vision des rapports précités de la Banque mondiale, et dont les conclusions paraissent parfois sujettes à caution.

II. LES DÉVELOPPEMENTS DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE DU DROIT DANS LA RÉGULATION

II.i. Le débat actuel (depuis la crise de 2007, notamment) relatif à la régulation est étroitement lié avec les questions d'efficacité économique du droit :

- Il est essentiel de garder à l'esprit la finalité de la régulation : minimiser les externalités négatives (compris ici comme les effets négatifs dont le coût n'est pas internalisé) de la défaillance (faillite) d'un acteur privé, et limiter les conséquences d'une crise économique généralisée ;
- Dans ce sens, les projets de régulation financière américaine (sénateur Dodd), porteurs de la réforme du système financier américain, sont pourvoyeurs d'une nouvelle vision structurelle de l'efficacité économique de la régulation ;
- On parvient donc à une redéfinition de l'efficacité économique du droit, ce n'est pas seulement un droit qui coûte le moins cher, ou un droit rapide (même si c'est positif, naturellement) : l'efficacité économique du droit, c'est surtout un droit qui, comme structure, permet un développement économique équilibré et stable (on peut sacrifier aux expressions courantes de « soutenable », « durable », etc.; en somme, une prise en compte du moyen et long terme). C'est le but de la régulation, qui est donc au centre de la question de l'efficacité économique du droit.

II.ii. Les deux modes d'action du droit comme signaux de son efficacité économique

Le droit apporte des réponses tant en amont, qu'en aval, aux problèmes de conception et de fonctionnement régulier des structures économiques ; La science juridique intervient alors à deux étapes fondamentales de l'activité :

- Le droit en tant qu'outil de structuration conceptuelle
 - Le droit continental, codifié, est adapté au travail de définition des notions fondamentales (en amont) ;
 - or, les agents économiques ayant besoin de certitude et de prévisibilité, la définition claire des concepts leur est essentielle (On pense aux problèmes liés aux définitions trop lâches du *too big to fail*, qui illustre le problème issu du défaut de structuration de la sphère économique, et a des conséquences de première importance en matière de régulation, notamment bancaire et financière. L'interaction du droit et de l'activité économique est ici très étroite).
- Le droit en tant qu'outil de sanction
 - L'expression du droit est la norme, et par suite la sanction en cas de violation de cette dernière ;
 - Cela a des conséquences immédiates sur les agents économiques n'ayant pas respecté une norme, et ce bon fonctionnement du droit est un fondement de son efficacité économique (Par exemple, on peut penser à l'aléa moral découlant d'une application personnalisée –c'est-à-dire pas objective, et ne répondant pas aux critères wébériens précités–, en l'occurrence l'aléa moral (*moral hazard*) lié au sauvetage (*bailing out*) des banques n'ayant pas respecté certaines normes, mais étant considérées comme trop importante / interconnectées pour faire faillite (*too big to fail*)).

II.iii. L'efficacité économique du droit peut enfin être vue comme un mode d'action de qualité de la part de l'Etat, sur les agents économiques, à travers l'outil normatif :

- L'efficacité économique du droit consiste d'abord dans l'établissement de la confiance :
 - En garantissant que l'Etat n'interviendra pas (ne pas interférer avec l'initiative privée) ;
 - En garantissant que l'Etat intervient (typiquement : Défense du droit de propriété, ou maintien de la rationalité et de la confiance des agents économiques en cas de crise importante, etc.).

- La limite du choix politique
 - L'économie est un excellent outil pour le droit, comme instrument de mesure objectif et scientifique ; l'Analyse Economique du Droit qui en découle est elle-même un excellent outil pour les choix politiques.
 - Cependant, la décision est d'abord politique, c'est à dire qu'elle découle d'un choix de société (âge de la retraite, régulation de secteurs vitaux comme l'énergie, etc.) et l'Analyse Economique du Droit, même comme discipline très riche, ne peut pas s'y substituer ; de même, c'est plutôt un mode d'action fiable et optimal de l'Etat qui est efficace économiquement, plus qu'il faut opposer droit continental et *common law*. Cependant, on ne peut cacher que le droit continental reste un excellent outil structurel de croissance pour un pays, comme les exemples de la Russie, du Japon, de la Chine et d'autres encore peuvent le montrer.

CONCLUSION

L'efficacité économique du droit, depuis la crise notamment, a connu une redéfinition, pour accepter une vision plus globale du développement et de la performance économique d'une nation, alors qu'avant l'accent était mis presque exclusivement sur l'efficacité immédiate, à court terme, du droit. Ceci est très important, mais pas l'élément unique. Les recherches économiques liées à l'innovation et à l'investissement dans de nouveaux domaines de croissance le montrent, et l'efficacité économique du droit doit prendre en compte ces nouveaux objectifs pour rester un outil de décision pertinent.

D'un point de vue plus économique, il est aussi permis d'avoir une vision alternative au débat sur l'efficacité économique du droit.

Si l'on sait déjà qu'il recouvre deux visions :

- le coût du droit (par lui-même) : procédure, délais, etc.

- le coût *social / sociétal* d'un bon ou d'un mauvais système juridique,

alors le point fondamental n'est pas le coût du droit par lui-même, mais le coût économique et social d'un bon ou d'un mauvais droit (c'est-à-dire, inapte comme institution de développement et de croissance). Ainsi, en terme d'externalités, le coût pour la société d'un mauvais droit (d'une mauvaise structure/institution juridique et judiciaire) dépasse de loin le coût privé du droit (coût du droit par lui-même, c'est-à-dire des procédures et démarches). Inversement, les externalités positives d'un « bon droit » sont bien supérieures à leur coût privé...

Cela modifie les termes du débat des rapports « *Doing Business* » (et, partiellement, de la *Law & Economics*), et expliquerait pourquoi, malgré des conclusions sur l'efficacité du droit (par lui-

même) dans les pays de droit de *common law*, le développement économique des pays de droit continental est sans doute au moins aussi bon que celui des pays de *common law*.

Ces questions montrent, enfin, que la prise en compte de l'héritage de la science juridique est une nécessité pour répondre aux questions actuelles, notamment économiques, et plus spécialement relatives à la régulation ; au sein de ce débat, la France comme la Russie ont des atouts majeurs à faire valoir, tant au niveau académique qu'au niveaux politiques et économiques, dont dépend leur influence, et le modèle de développement d'autres nations.

Ce texte reprend, dans ses lignes principales, le contenu de propos tenus lors de la V^{ème} Ecole internationale d'études pratiques des jeunes juristes-chercheurs et des professionnels du droit, sur le thème de l'héritage de la science juridique et l'actualité, au sein de l'Institut de législation et de droit comparé auprès du gouvernement de la Fédération de Russie, et méritant par ailleurs d'être approfondis, nuancés, ou renforcés. A cet égard, la Fondation du droit continental et l'université Paris-IX Dauphine n'entendent leur donner ni approbation ni improbation.

Jean-Romain FAYARD,
Avocat au barreau de Paris ; Université Paris-IX Dauphine