

Il peut sembler curieux de rapprocher le droit comparé et l'efficacité économique, c'est-à-dire d'associer une méthode d'acquisition du savoir et une finalité pratique. Le rapprochement entre ces deux termes est pourtant effectué de deux manières, l'une connue, l'autre moins. La première manière, la plus connue des juristes français, consiste à apprécier l'apport du droit comparé à la problématique de l'efficacité économique en droit. L'apport de l'un à l'autre est réel et bénéfique. Il est réel puisque c'est par le biais du droit comparé que l'analyse économique du droit a été introduite (dans les années 1980) puis vulgarisée dans la pensée juridique française (1). Or l'analyse économique du droit est une analyse d'efficacité. L'apport est en outre bénéfique, aussi bien pour la science juridique que pour les juristes eux-mêmes. En effet, cette analyse contribue au réalisme du droit pour cette raison simple que dans le monde réel, la question de l'efficacité économique se pose. Or, comme le théorème de Coase vise à le démontrer, le droit a des répercussions directes sur le fonctionnement du système économique et en particulier sur son degré d'efficacité (2). Dès lors, s'il est souhaitable que les économistes n'ignorent pas les données juridiques -ce qui était l'objectif que Coase avait initialement en vue- il est pareillement souhaitable que les juristes prêtent attention aux conséquences économiques du choix d'une règle ou d'une décision par rapport à une autre. C'est dans cette optique, pour ne prendre qu'un seul exemple, que le comparatiste anglais Bernard Rudden avait pu attirer l'attention des juristes français sur les effets néfastes de l'obligation précontractuelle d'information qu'une analyse "morale" tendait à l'époque à étendre (3). Par ailleurs, et dans le prolongement de ce qui précède, l'analyse économique du droit préserve, quoi qu'on dise, le rôle des juristes. En effet, si l'on admet que le droit exerce une influence sur le fonctionnement du système économique et que l'efficacité est une finalité nécessaire, alors de deux choses l'une : soit les juristes ignorent cette dimension au nom d'un certain positivisme ou d'une conception du droit centrée sur l'art du juste plutôt que sur le moyen de réaliser des buts concrets (4) et d'autres qu'eux s'en empareront, soit les juristes se préoccupent de cet aspect des choses et ils pourront conserver ou tenter de conserver leur pouvoir (5). En invitant les juristes à emprunter cette seconde voie, le droit comparé renoue avec l'une des fonctions essentielles que lui reconnaissait Saleilles, à savoir la défense du droit civil(6).

Si l'apport du droit comparé à la problématique de l'efficacité économique en droit est certain, il doit néanmoins être apprécié à sa juste mesure. A cet égard, il ne faut pas perdre de vue qu'il n'existe aucun lien ontologique entre ces deux éléments. Ce qui explique, d'une part, que des auteurs français aient pu se pencher sur les répercussions économiques des règles de droit bien avant la naissance du comparatisme juridique (à la fin du XIXe siècle) (7), et ce qui explique, d'autre part, pour s'en tenir à l'époque contemporaine, que l'immense majorité des études d'analyse économique du droit menées en *common law* ne comportent pas la moindre dimension comparative. La séparation entre les deux éléments est donc nette.

Il faut, par ailleurs, souligner qu'en dépit de certaines apparences, le droit comparé n'est pas une discipline servile au service de l'analyse économique du droit. Au contraire, le comparatiste pourrait aisément montrer que plusieurs raisons qui sont à l'origine du succès de cette école de pensée aux Etats-Unis n'existent pas en droit français. Un premier facteur de différence tient au mode de rédaction des arrêts américains. Ces arrêts sont composés d'opinions de plus en plus longuement motivées, ce qui tend mécaniquement à diminuer le rôle de commentateurs dévolu à la doctrine universitaire, laquelle a trouvé dans l'analyse économique du droit une expertise lui permettant de récupérer une partie de son pouvoir. Un second facteur tient à la répartition des pouvoirs qui est telle que des questions éminemment politiques, comme, par exemple, l'interdiction de la publicité des cigarettes ou l'ampleur des études requises préalables à la mise sur le marché d'un médicament, qui seraient tranchées en France par le pouvoir exécutif ou le

pouvoir législatif, le sont parfois aux Etats-Unis par le juge, de ce fait beaucoup plus réceptif aux analyses économiques (8).

Qui voudrait convaincre de l'absence d'asservissement du droit comparé aurait également beau jeu de faire état des nombreux articles publiés ces dernières années rédigés par des auteurs américains dénonçant, souvent avec véhémence, l'obscurité croissante de l'analyse économique du droit et la faiblesse de son apport quarante ans après son apparition (9).

En somme, le comparatiste peut s'enorgueillir d'avoir introduit l'analyse économique du droit dans les pays de tradition "civiliste", puis, quoique dans une moindre mesure, d'en avoir montré les limites. L'observation est indéniable mais trop connue pour que l'on insiste plus avant.

Il semble plus instructif de renverser la perspective et donc de se pencher, non pas sur l'apport du droit comparé à l'efficacité économique, mais sur l'apport de l'efficacité économique au droit comparé. C'est la seconde manière de rapprocher les deux termes du sujet et c'est celle qui nous retiendra parce qu'elle est la moins familière.

Qu'est-ce que l'efficacité économique peut apporter au droit comparé ? Cette question est récente. Elle a été posée pour la première fois au cours des années 1990, notamment sous la plume du comparatiste italien Ugo Mattei (10). A cette question, deux réponses ont pu être apportées. Certains ont vu dans l'efficacité économique l'explication de ce phénomène majeur que sont les transferts de droits d'un pays à l'autre. Si cela était établi, la contribution de l'efficacité économique à la science comparative serait alors considérable. Il n'est toutefois pas exclu que l'apport de l'efficacité au droit comparé soit plus limité et qu'il se borne à fournir un outil. L'efficacité économique serait un étalon à la lumière duquel peut être mesurée la place accordée par différents droits aux considérations économiques ou un étalon à la lumière duquel peut être appréciée la cohérence interne d'un droit.

Ce sont ces affirmations qu'il faut vérifier en se demandant si l'efficacité économique, plutôt que la cause de la circulation des droits (I), n'est pas simplement un instrument parmi d'autres de comparaison (II).

I - L'efficacité économique, cause de circulation des droits ?

La circulation des droits est un phénomène qui remonte à l'Antiquité, mais qui, exception faite de la réception du droit romain en Europe, n'est l'objet d'études approfondies que depuis quelques décennies (11). Ces études portent sur l'existence même du phénomène, évidente pour beaucoup, mais contestée par ceux qui estiment que le droit est trop intimement lié à la culture nationale pour pouvoir véritablement circuler (12). Les études portent également sur l'ampleur de la circulation des droits, sur son effectivité ou bien encore sur les facteurs qui la déclenchent. C'est précisément sur le terrain des causes que se situe la nouveauté. La circulation des droits

s'expliquerait par leur efficacité économique intrinsèque. Telle est la thèse défendue qu'il convient de présenter (A) avant de pouvoir l'apprécier (B).

A - La thèse

La thèse repose sur une intuition simple : les droits qui concilient le mieux les valeurs d'efficacité économique et de justice sont ceux qui servent de modèles et ceux qui, par conséquent, ont le plus de chance de circuler (13). Cette intuition a été théorisée (1.), puis consacrée au plan institutionnel (2.).

1. La construction théorique

M. Mattei, principal auteur de la théorie, reconnaît aux comparatistes le mérite d'avoir perçu l'importance de la circulation dans l'évolution des droits et d'avoir contribué à la compréhension du phénomène (14). Mais il leur reproche de ne pas avoir réussi à expliquer de manière satisfaisante les causes de la circulation des droits -signe, toujours selon l'auteur, de leur relatif manque d'intérêt pour les explications théoriques- (15). Selon M. Mattei et ses épigones, qui se proposent donc de combler cette lacune, la cause prédominante de la circulation des droits se trouve dans leur efficacité économique intrinsèque (16). La théorie peut être résumée de la manière suivante.

Il est d'abord affirmé que chaque droit (tout au moins appartenant au monde occidental) contient des principes efficaces, qui certes sont parfois dissimulés derrière des notions juridiques ou la technicité des règles, mais que le comparatiste qui pratique l'analyse économique du droit est à même de découvrir (17).

Par ailleurs, toujours selon cette opinion, le droit est conçu comme une "chose" dans le commerce. Autrement dit, il existe dans la sphère internationale un marché des droits ouvert à la concurrence (18).

La thèse est alors que si un droit, ou un élément d'un système juridique, circule, s'il est choisi de préférence au sien ou à celui d'un autre, c'est parce qu'il est économiquement plus efficace que le droit du pays importateur. Le cas échéant, cette circulation fera suite au travail du comparatiste qui aura préalablement montré l'efficacité économique supérieure de telle ou telle règle ou de telle ou telle institution (19).

L'un des prolongements de cette affirmation est le suivant. Puisque le phénomène de transfert se répète sans cesse, il faut en conclure que l'efficacité économique n'est pas seulement la cause de la circulation des droits, mais qu'elle est également la cause de leur convergence (20). Si, en pratique, la convergence des droits n'est pas atteinte, ce peut être pour deux raisons très différentes. Soit les divergences tiennent au fait que la circulation entraîne en elle-même des "coûts sociaux". Et les partisans de la thèse vont jusqu'à présenter les traditions ou les cultures juridiques comme des entraves au libre jeu de la concurrence des droits ou comme des moyens

stratégiques de préserver des situations "monopolistiques" (21). Soit les divergences demeurent car elles sont économiquement fondées. Si deux droits apportent à un problème donné une solution économiquement efficace, alors il est rationnel qu'il n'y ait pas d'emprunt d'un droit à l'autre (22).

Franchissant le seuil des cercles académiques, cette théorie a été immédiatement consacrée par des institutions officielles.

2. La consécration institutionnelle

Plusieurs institutions encouragent la circulation des droits réputés les plus efficaces ou les plus en harmonie avec le bon fonctionnement d'une économie de marché concurrentielle.

C'est le cas de l'Union européenne tant dans ses relations avec les Etats tiers que dans ses relations avec les Etats membres. Concernant les relations avec les tiers, ce sont les conditions imposées aux Etats candidats à l'adhésion à l'Union européenne qui doivent être évoquées. En effet, parmi ces conditions, que l'on nomme "critères de Copenhague" dans le langage diplomatique, se trouvent, entre autres, le respect de la primauté du droit, le respect des droits de l'Homme, le respect des minorités et leur protection, ainsi que la reprise de l'acquis communautaire, laquelle entraîne, par définition, un transfert de droit justifié principalement par des considérations économiques tenant au bon fonctionnement du marché intérieur.

S'agissant des relations avec les Etats membres, on peut se reporter, pour illustrer la consécration de la thèse, au *Livre blanc sur la responsabilité environnementale* présenté le 9 février 2000. Le régime spécial préconisé par la Commission dans ce document fut celui retenu dans la Directive du 21 avril 2004. Or le choix de ce régime fut indéniablement dicté par une exigence d'efficacité économique. En effet, le *Livre blanc* compare les coûts respectifs des régimes existants dans plusieurs systèmes juridiques, avant de conclure "*qu'il est important, lors de la définition des caractéristiques du système de responsabilité environnementale, de s'interroger sur les raisons des différences de coûts de transaction entre les différents systèmes, et de ne pas retenir les éléments qui risquent de contribuer à accroître particulièrement ces coûts*" (23). On ne saurait être plus clair : qu'il s'inspire du droit américain, du droit interne d'un Etat membre ou d'ailleurs, le système se devait avant tout être économiquement efficace.

Mettant de manière plus explicite encore l'accent sur les incidences économiques et se voulant comparatives, les études de la Banque Mondiale offrent également un bon exemple de l'institutionnalisation de la théorie. Chacun a à l'esprit les rapports *Doing Business* publiés chaque année depuis 2004. En valorisant les réformes entreprises et en élaborant un classement annuel et détaillé des différents pays, ces rapports incitent les Etats à adopter les règles et les institutions juridiques les mieux à même de favoriser le développement économique et la croissance. Pour la Banque Mondiale, une règle économiquement efficace est une règle qui a vocation à circuler, à se propager (24).

Mais la Banque Mondiale est avant tout une institution financière. Elle ne rédige pas seulement des rapports, elle agit. Depuis 1990, elle a soutenu quelque 330 projets de réforme juridique dans le monde et dépensé environ 3 milliards de dollars pour favoriser leur adoption et leur mise en oeuvre (25).

Etant donné l'accueil favorable réservé à la thèse présentée jusque dans les lieux de pouvoirs, il semble plus que jamais nécessaire de la soumettre à une appréciation critique.

B - Une appréciation critique

Avant toute chose, il faut préciser que ce qui circule, ce sont des règles, des notions, des institutions, des théories, des idées, mais jamais un droit dans son intégralité. Cette précision étant apportée, peut-on valablement soutenir que la circulation est causée par l'efficacité économique supérieure de l'élément transféré ? Une réponse négative s'impose. La thèse présentée pêche par son dogmatisme (1.) et par son simplisme (2.).

1. Une thèse dogmatique

La thèse est dogmatique en ce sens qu'elle possède un caractère affirmatif que rien n'autorise. Dans la plupart des cas en effet, il est tout simplement impossible de prouver que l'efficacité économique supérieure est la cause déterminante de la circulation, d'une part, parce que l'efficacité économique est une notion controversée que le comparatiste n'est pas mieux à même de cerner que les autres juristes (26), d'autre part, parce que la cause de la circulation est souvent inconnue ou refoulée (27).

De surcroît, même dans les hypothèses où les considérations économiques ont incontestablement joué un rôle dans la circulation du droit, rien ne permet d'affirmer qu'elles ont été la cause unique ou la cause décisive du transfert. Prenons par exemple l'importante réforme de la procédure civile anglaise entrée en vigueur en 1998. L'un des objectifs officiels, mis en avant par Lord Woolf dans son Rapport (28), puis explicitement consacré par la loi (29), était de faire en sorte que le coût de la justice soit proportionnel aux ressources des justiciables et de l'Etat. La réforme anglaise a exercé une réelle influence sur d'autres pays (30), ce que le rapport *Doing Business* 2008 n'a pas manqué de souligner (31). Mais il est bien évident qu'en dépit de la place officiellement reconnue à la gestion efficace des ressources, la circulation des règles anglaises est due à d'autres facteurs, en particulier un meilleur respect des droits fondamentaux du justiciable (accès au juge, célérité de la justice, etc.). Et l'emprise des droits fondamentaux a certainement été plus déterminante que la seule considération du facteur économique, même s'il existe entre les deux des zones de recoupement (32).

2. Une thèse simpliste

La thèse est par ailleurs simpliste quant à la méthode et quant au fond.

L'une des exigences élémentaires de la méthode comparative en droit est qu'une règle, une institution ou une notion ne doit jamais être isolée du système auquel elle appartient. En d'autres termes, l'objet de la comparaison ne doit jamais être séparé du contenu des autres normes ni des valeurs qu'elles incarnent. Or, l'accent mis sur la seule efficacité économique favorise cet isolement. Cette façon de procéder représente le dernier avatar de la méthode fonctionnelle. L'étude est concentrée sur les conséquences, et parmi elles uniquement sur celles d'ordre économique. Comme le relevait Jean Carbonnier, cette méthode axée sur les résultats "*n'a pas peu contribué à rendre [les comparatistes] indifférents à tout ce qui n'était pas le droit dans sa technicité*" (33). Les observations auxquelles elle conduit sont réductrices et partant faussées (34).

Le risque d'une méthode aussi étroite est en effet de s'interdire de comprendre pourquoi une règle *a priori* plus efficace que celle en vigueur dans un ordre juridique donné ne circulera pas pour cette seule raison. Par exemple, il existe en droit américain une procédure appelée "*discovery*" donnant aux parties l'accès aux pièces utiles à l'instruction de l'affaire, que celles-ci soient en possession de la partie adverse ou en possession d'un tiers. Les juristes américains savent pertinemment que cette procédure entraîne un gaspillage de temps et d'argent et qu'elle constitue un obstacle à l'accès à la justice pour les moins fortunés. Ils savent également qu'il existe d'autres régimes, moins coûteux, plus efficaces, à l'étranger (35). La "*discovery*" sera-t-elle abandonnée pour ce seul motif ? Rien n'est moins sûr. Pour le comprendre, il suffit de la replacer dans son contexte. Ce régime de production des preuves s'explique principalement par le rôle relativement passif du juge, passivité qui elle-même s'explique par la présence d'un jury (y compris en matière civile), présence qui est constitutionnellement garantie et que personne ne songe sérieusement à remettre en cause.

L'autre risque d'une méthode aussi étroite est de ne pas voir que la règle ou l'institution qui circule peut perdre tout ou partie de son efficacité parce que l'environnement juridique du pays importateur n'est pas le même que celui du pays d'origine. Par exemple, comme M. Libchaber l'a justement souligné, l'introduction de la fiducie par imitation des droits de *common law* n'atteindra pas l'effet escompté car le droit français a accueilli l'institution sans accorder aux parties toute la liberté qui fait le prix du "*trust*" (36).

Simpliste d'un point de vue méthodologique, la thèse l'est également quant au fond. Supposer, comme le font les défenseurs de la thèse, que les transferts de droit sont le fruit d'une décision volontaire, prise par une autorité pleinement informée, rationnelle et à l'abri des luttes d'intérêts laisse pour le moins sceptique (37). Sans être nécessairement spontanée, la circulation est un phénomène moins calculé, qu'il s'agisse de son ampleur, de son effectivité et même de ses causes.

Pour s'en tenir aux causes, il semble assez vain de nier l'importance des autres facteurs mis au jour par les comparatistes, les historiens et les anthropologues. Ces facteurs sont, pour l'essentiel, les migrations de populations, par exemple de commerçants (38) ou de colons (39), le prestige du droit imité, c'est-à-dire le facteur qui suscite le désir d'obtenir ce qui est ou est supposé être

supérieur (40), la faiblesse des modèles concurrents ou du droit local applicable (41), le contenu de l'enseignement universitaire (42), la construction d'ordres juridiques supra-nationaux (43), la contrainte (44), les effets de mode... Jusqu'à preuve du contraire, ces facteurs ont joué un rôle bien plus décisif que la seule efficacité économique, sans quoi nous ferions l'apprentissage du droit chinois ou même du droit singapourien, premier pour la troisième année consécutive du classement *Doing Business* (45). Force est donc d'admettre que le droit qui circule le mieux n'est pas celui qui favorise le plus la croissance économique (46).

La conclusion est claire : l'efficacité économique n'est la cause principale ni de la diffusion des droits hors de leurs frontières, ni de leur prétendue convergence. Cette affirmation sans ambages ne prive pas pour autant la notion d'efficacité économique de tout intérêt. A défaut d'être la cause de la circulation des droits, l'efficacité économique peut constituer un instrument de leur comparaison.

II - L'efficacité économique, instrument de comparaison des droits

L'efficacité économique est une sorte d'étalon universel à la lumière duquel les droits peuvent être comparés. En d'autres termes, l'intérêt de cette notion est d'introduire dans la comparaison juridique un élément constant supposé neutre et connu (47). La constance de l'élément tient au fait que les lois du marché et la science économique transcendent les frontières nationales ; de fait, l'efficacité économique est une notion dont la détermination et la compréhension ne dépendent pas d'un système juridique donné. Par ailleurs, l'élément de référence est supposé neutre et connu en quoi il se distingue, par exemple, du droit naturel ou de la justice. Pour l'ensemble de ces raisons, l'utilité de l'efficacité économique comme instrument de comparaison des droits est certaine (A). Mais c'est un instrument imparfait, qui porte en lui un risque d'erreur et de manipulation, et qui par conséquent ne doit être utilisé qu'avec précaution (B).

A - L'utilité de l'instrument

L'utilité de l'instrument doit être appréciée au regard des fonctions du droit comparé lui-même (48). L'instrument est donc susceptible de servir, d'une part, à l'amélioration de la connaissance (1.), d'autre part, à l'amélioration du droit national (2.).

1. L'amélioration de la connaissance (fonction cognitive)

S'agissant, en premier lieu, de l'amélioration de la connaissance, la comparaison menée à travers le prisme de l'efficacité économique ne permet pas de découvrir des différences entre les droits jusqu'alors inconnues (49). L'apport, plus modeste, consiste seulement à compléter ou renouveler l'analyse. Grâce à cet instrument, une réflexion va pouvoir être engagée sur l'opportunité de nouvelles règles, de nouvelles pratiques ou de nouvelles orientations politiques. En voici deux illustrations.

Confronté à l'alourdissement régulier de la charge financière de la responsabilité civile, le juriste français pourrait se demander si, à l'instar des droits allemand, anglais et américain, il n'y aurait pas lieu de faire varier la réparation du dommage en fonction du type d'intérêt lésé, notamment en privilégiant l'indemnisation du dommage corporel au détriment de celle du préjudice purement économique. Ce raffinement dans la définition du dommage réparable, accompagné de cette hiérarchisation des intérêts qui met la protection de la personne au premier plan, pourraient être l'un des remèdes à la crise de la responsabilité civile. Justifiée selon certains au plan économique (50), cette évolution aurait le mérite d'offrir une sécurité juridique plus grande en incitant les tribunaux français à moins utiliser la causalité pour réduire une responsabilité qu'ils n'osent pas officiellement limiter -principe de réparation intégrale oblige-.

A un tout autre sujet, on sait que la motivation de certains arrêts rendus par le juge anglais, américain ou communautaire (51) s'appuie explicitement sur un raisonnement économique. Par exemple, dans une affaire où la responsabilité d'une commune était recherchée pour n'avoir pas mis tous les moyens nécessaires à la réduction de la dangerosité d'un carrefour, Lord Hoffmann explique que l'allocation des ressources doit être efficace, que cet impératif commande certes la mise en jeu de la responsabilité de celui qui par sa faute cause à autrui un dommage, mais que cette responsabilité ne saurait être étendue à l'excès. S'il en allait autrement, ajoute l'éminent magistrat, la commune serait à l'avenir amenée à faire des dépenses importantes tant pour la prévention des accidents que pour assurer sa défense dans d'éventuels litiges, ce qui diminuerait en conséquence le budget communal de l'éducation et des dépenses sociales (52).

Une telle motivation est impensable dans un arrêt de la Cour de cassation où les considérations économiques sont inavouées ou au mieux contenues dans des avis ou des rapports rarement rendus publics. Pourtant, ces données sont présentes dans la majorité des affaires et il est vraisemblable qu'elles exercent une influence sur la décision du juge.

La question se pose alors de savoir si la référence explicite à ce type de considérations dans la motivation des décisions de justice serait profitable ou néfaste. Or s'il est vrai qu'une référence explicite aux considérations économiques peut faciliter la compréhension d'un arrêt (53), du moins lorsqu'elles ont été déterminantes, l'expérience étrangère montre cependant que loin de renforcer l'autorité du jugement et du précédent qu'il constitue, ce type de motivation la fragilise. La principale raison à cela est que l'argument d'ordre économique prête plus facilement le flanc à la critique que l'argument juridique (54). Et s'il en va ainsi, c'est parce que trop souvent des affirmations tiennent lieu de "raisonnement" économique (55).

Ces éléments sont de nature à enrichir la réflexion. Allant plus loin, certains voient dans la comparaison menée en termes d'efficacité économique le moyen, en second lieu, d'améliorer le droit national.

2. L'amélioration du droit national (fonction normative)

Le processus peut être divisé en trois étapes.

La première étape consiste à établir un modèle de ce qui est théoriquement efficace. Par exemple, il est démontré que la clause pénale ou les dommages-intérêts punitifs sont économiquement efficaces.

La deuxième étape consiste à comparer ce modèle à plusieurs droits nationaux pour vérifier s'ils y sont conformes ou non. Par exemple, la clause pénale est-elle admise (56) ? Les dommages-intérêts punitifs sont-ils accessibles ? Si un droit n'est pas conforme au modèle, les raisons pour lesquelles une règle *a priori* inefficace est en vigueur doivent être élucidées.

Enfin, dans une troisième étape, les conditions auxquelles un droit peut évoluer vers une plus grande efficacité économique doivent être indiquées. Par exemple, tirant profit de l'analyse économique et de la connaissance des droits étrangers, on pourrait montrer que les droits anglo-américains, qui admettent les dommages-intérêts punitifs, devraient reconnaître la validité des clauses pénales, de même que l'on pourrait montrer que le droit français, qui admet la clause pénale, devrait laisser place aux dommages-intérêts punitifs. Autrement dit, d'un point de vue strictement économique, la distinction des régimes juridiques de la clause pénale et des dommages-intérêts punitifs ne repose sur aucune justification solide (57).

Ce dernier exemple illustre bien comment l'efficacité économique peut enrichir la comparaison juridique. C'est néanmoins un instrument dont il ne faut pas surestimer la valeur.

B - Les limites de l'instrument

Les limites de l'efficacité économique comme outil de comparaison tiennent au fait qu'il s'agit d'un instrument insuffisant (1.) et orienté (2.).

1. Un instrument insuffisant

Eriger l'efficacité économique en instrument unique ou même principal de comparaison serait une grave erreur pour la simple raison que "*le droit comparé étant une branche de la science juridique, les données qu'il recherche appartiennent au droit*" (58). L'ensemble des facteurs contribuant à modeler le droit, c'est-à-dire ce que R. Sacco appelle les différents "formants" du droit (59), doivent être pris en compte. Ce qui comprend non seulement les formants formulés (par exemple, la loi, le règlement, le principe jurisprudentiel, etc.), mais également ceux qui ne le sont pas (par exemple, les usages, l'idéologie dominante, etc.) (60), en n'omettant pas d'inclure l'environnement institutionnel et l'Histoire. Toutes ces données sont indispensables. Procéder autrement, en se bornant à l'aspect économique des choses, c'est prendre le risque de véhiculer des idées approximatives (pour ne pas dire des clichés consternants) (61) ou de tirer des conclusions hâtives.

Par exemple, soutenir que l'absence de reconnaissance d'un devoir de bonne foi en droit anglais s'explique par le type de capitalisme appliqué dans ce pays (62) est, à notre avis, une analyse erronée. D'ailleurs, si cette raison était décisive, on ne comprendrait pas la reconnaissance de ce devoir en droit américain ou en droit écossais, c'est-à-dire dans des droits soumis à un type de capitalisme similaire ou identique.

Focaliser la comparaison sur l'aspect économique des choses, c'est également prendre le risque de faire des propositions malvenues. C'est ainsi, pour ne prendre qu'un seul exemple, que certains ont suggéré afin de réduire les coûts de la justice de suivre l'exemple anglais en limitant non seulement la possibilité d'interjeter appel mais également l'étendue du contrôle exercé par la juridiction du second degré. Cette proposition passe sous silence les différences institutionnelles entre les deux pays. La qualité des décisions rendues en première instance n'est pas nécessairement identique au Royaume-Uni et en France, Etat dans lequel les juridictions du premier degré sont composées, entre autres, de juges non professionnels ou de jeunes magistrats dont l'expérience juridique est sans commune mesure avec celle d'un juge anglais.

A cette première limite tirée de l'insuffisance de l'efficacité économique comme outil de comparaison s'en ajoute une autre relative à son absence de neutralité.

2. Un instrument orienté

La notion d'efficacité économique n'étant pas arrêtée, une précaution méthodologique élémentaire consiste à retenir une définition (63) et à s'y tenir. Ce qu'il faut souligner ici, c'est que le choix de la définition n'est pas neutre. Il implique un jugement de valeur. Par exemple, affirmer que l'indemnisation allouée en lieu et place de l'exécution escomptée est une sanction économiquement efficace à condition que l'évaluation soit correcte, repose sur une certaine conception de l'engagement et suppose admis sans réserve le caractère d'équivalent universel de l'argent.

La limite de l'instrument n'est pas l'absence de neutralité en elle-même. Après tout, on peut admettre avec Rodolfo Sacco que le comparatiste impartial, c'est-à-dire celui qui prétend traiter séparément droit et politique, est "*lâche et coupable*" (64). La limite de l'instrument tient à sa scientificité apparente, une apparence qui laisse à celui qui l'invoque le loisir de dissimuler des choix partisans. Face à cette situation, il appartient aux juristes en général (65) et aux comparatistes en particulier de dévoiler la dimension de l'argumentation cachée derrière.

Yves- Marie Laithier, Professeur à l'Université de Reims

(1) Ce thème transparaît par exemple in H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, RIDC, 2000, p. 503. Il est en soi significatif que le premier ouvrage d'introduction à l'analyse économique du droit rédigé en français soit l'oeuvre de deux juristes canadiens, E. Mackaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2ème éd., Dalloz, 2008. Ajoutons que ce mouvement d'idées a circulé grâce aux comparatistes non pas seulement en France, mais dans l'ensemble des pays de tradition "civiliste" (Belgique, Allemagne, Suisse, Italie, etc.).

(2) V. l'article fondateur, *Le problème du coût social*, in R. Coase, *Le coût du droit*, trad. Y.-M.

Morissette, PUF, 2000, p. 23, spéc., p. 41 : une fois les coûts de transaction pris en considération, "la délimitation initiale des droits affecte l'efficacité avec laquelle le système économique fonctionne", et p. 45 (à propos du rôle du juge). L'idée est développée de manière plus explicite dans les travaux ultérieurs de Coase, par exemple in *La structure institutionnelle de la production*, *ibid.*, p. 115 et s. : "[s]i nous passons d'un régime où les coûts de transaction sont nuls à un régime où ils sont positifs, une chose devient immédiatement claire : l'importance cruciale du système juridique dans ce nouvel univers. J'ai expliqué dans Le problème du coût social que ce ne sont pas des entités physiques que l'on échange sur le marché, comme le supposent souvent les économistes, mais bien les droits qui permettent d'accomplir certaines choses ; or, les droits que possèdent les individus découlent du système juridique. Si l'on peut imaginer que, dans l'univers hypothétique des coûts de transaction nuls, les parties à un échange quelconque négocieraient afin de modifier l'effet de toute règle de droit les empêchant de prendre les mesures nécessaires pour augmenter la valeur de production, dans l'univers réel des coûts de transaction positifs, de telles démarches seraient extrêmement coûteuses et rendraient non rentables, à supposer qu'elles soient permises, beaucoup des ententes conclues pour contourner la loi. C'est à cause de cela que les droits détenus par les individus, avec les avantages et les obligations qui s'y attachent, correspondent dans une large mesure à ce qui est décrété par le droit. Il s'ensuit que le système juridique aura une profonde influence sur le fonctionnement du système économique, au point qu'on pourra même dire dans certains cas qu'il le contrôle" (nous soulignons).

(3) B. Rudden, *Le juste et l'inefficace, pour un non- devoir de renseignements*, RTDciv., 1985, p. 91. On fera observer que l'analyse économique de l'obligation d'information développée par Mme Fabre-Magnan a été, en retour, remarquée par la doctrine anglaise, V. J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28th ed., Oxford, OUP, 2002, p. 263.

(4) V. M.-A. Frison- Roche, *L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit*, in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein, (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005, p. 19, spéc., p. 21.

(5) V. par exemple, E. Mackaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. 601 et 602.

(6) V. en ce sens, C. Jamin, *Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité*, RIDC, 2000, p. 733, spéc., p. 739.

(7) V. par exemple, C. Jamin, *V° Economie et droit*, in D. Alland, S. Rials, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003. Pour une illustration, V. M. Xifaras, *Science sociale, science morale ? Note sur la pénétration de l'économie dans la pensée juridique française au XIXe siècle*, in J.-F. Kervégan, H. Mohnhaupt, (dir.), *Economie et théories économiques en histoire du droit et philosophie*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2004, p. 185 (à propos de la nature juridique du mandat et de sa distinction avec la location d'ouvrage).

(8) Pour d'autres raisons, d'ordre plus théorique, V. H. Muir Watt, *Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil*, in B. Deffains, (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, préface G. Canivet, éd. Cujas, 2002, p. 37.

(9) V. par exemple, A. Bernstein, *Whatever Happened to Law and Economics ?*, (2005) 64 Md. L. Rev. 303. V. également, U. Mattei, *The Rise and Fall of Law and Economics : An Essay for Judge Guido Calabresi*, (2005) 64 Md. L. Rev. 220 ; et pour le droit des contrats seulement, E. A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades : Success or Failure ?*, (2003) 112 Yale L.J. 829.

(10) V. en particulier, U. Mattei, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, Univ. of Michigan Press, 1997.

(11) Les premières études datent des années 1970, V. par exemple, M. Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in M. Reimann, R. Zimmermann, (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2006, p. 441, spéc., p. 442 ; R. Sacco, *Rapport de synthèse*, in *La circulation du modèle juridique français*, TAHC, t. 44, Litec, 1994, p. 5 et les références citées.

- (12) V. en ce sens, par exemple, P. Legrand, *The Impossibility of 'Legal Transplants'*, (1997) 4 Maastricht Journal of European and Comparative Law 111, spéc., p. 115 et s. (une règle ou plus exactement son énoncé peut circuler, mais la circulation d'un pays à l'autre en affecte inévitablement le sens sous l'effet de divers facteurs culturels ; le sens d'une règle ne pouvant être séparé de la règle elle-même, il s'ensuit que sa "transplantation" est impossible).
- (13) V. R. Sacco, *Rapport de synthèse, op. cit.*, p. 14.
- (14) V. U. Mattei, *Comparative Law and Economics, op. cit.*, p. 123 et s. (citant notamment les travaux de Watson et Sacco).
- (15) V. U. Mattei, *ibid.*, p. 124. La remarque est assez ridicule en tant qu'elle vise M. Sacco.
- (16) V. U. Mattei, *ibid.*, p. 125 et s..
- (17) V. U. Mattei, *ibid.*, p. 144.
- (18) V. U. Mattei, *ibid.*, p. 106 et p. 130 et s. V. également, U. A. Mattei, L. Antonioli, A. Rossato, *Comparative Law and Economics*, in B. Bouckaert, G. De Geest, (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 505, spéc., p. 508 et s. ; U. Mattei, A. Monti, *Comparative Law and Economics : Borrowing and Resistance*, (2001) 1 Global Jurist Frontiers, Iss. 2, Art. 5, spéc., p. 5 ; A. Ogus, *Economic Analysis and Comparative Law*, in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, SLC, 1999, p. 169, spéc., p. 172 et s. ; A. Ogus, *Competition Between National Legal Systems : A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law*, (1999) 48 Int'l & Comp. L.Q. 405. On en trouve une illustration dans la jurisprudence de la CJCE relative à la liberté d'établissement, qui stimule la concurrence entre les droits nationaux des sociétés, laquelle est pleinement assumée comme le montrent les conclusions de l'Avocat général dans l'arrêt "Centros" (§ 20 : "En l'absence d'harmonisation, en somme, c'est la concurrence entre systèmes normatifs ("competition among rules") qui doit pouvoir s'exercer librement, même en matière de sociétés commerciales"), ou dans l'arrêt "Inspire Art" (§ 139 : "Tant que les législations resteront en l'état, il n'y a aucune raison de restreindre la concurrence entre les différents régimes en interprétant à cette fin les règles du traité relatives à la liberté d'établissement"). Sur cette "action militante" de la CJCE, V. par exemple, M. Menjuq, *L'Europe et le droit de l'entreprise*, JCP éd. G, 2007, I, 130, spéc. n° 11 et s. Comp. A. Raynouard, *La concurrence normative dans l'Union européenne*, in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 903, selon qui il n'existe pas de concurrence normative au sens d'un prétendu marché des règles de droit, mais seulement une concurrence de solutions juridiques.
- (19) V. U. Mattei, *ibid.*, p. 141.
- (20) V. U. Mattei, *ibid.*, p. 19 et p. 126 et s. V. dans le même sens, R. Caterina, *Comparative law and economics*, in J. M. Smits, (ed), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006, p. 161, spéc., p. 162. Adde M. Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, op. cit.*, p. 473.
- (21) V. R. Caterina, *ibid.*, p. 163 ; U. Mattei, *ibid.*, p. 120 et s. et p. 141 et s. V. également, O. Ogus, *The Economic Approach : Competition between Legal Systems*, in E. Örucü, D. Nelken, (eds), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 155, spéc., p. 163 ; N. Garoupa, A. Ogus, *A Strategic Interpretation of Legal Transplants*, (2006) 35 J. Legal Stud. 339.
- (22) V. U. Mattei, *ibid.*, p. 133 et s. ; U. Mattei, A. Monti, *Comparative Law and Economics : Borrowing and Resistance, op. cit.*, p. 5.
- (23) Commission des Communautés européennes, *Livre blanc sur la responsabilité environnementale*, 9 février 2000, p. 32.
- (24) V. également, évoquant la volonté de la Banque Mondiale de "standardisation du droit", B. du Marais, *Attractivité économique du droit : le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale ?*, Droit & Patrimoine, mai 2008, p. 38, spéc., p. 42.
- (25) Ces chiffres sont donnés par M. Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, op. cit.*, p. 459.
- (26) L'apport du comparatiste est de montrer que l'analyse économique du droit est plus

développée dans certains droits et d'en suggérer les raisons (V. par exemple, F. Faust, *Comparative Law and Economic Analysis of Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann, (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, *op. cit.*, p. 837, spéc., p. 857 et s.), mais la popularité de cette école ne saurait être confondue avec l'efficacité économique du droit considéré.

(27) Pour un exemple d'imitation dissimulée, V. R. Sacco, *Rapport de synthèse*, *op. cit.*, p. 8.

(28) V. Lord Woolf, *Access to Justice. Final Report*, 1996, spéc. "Overview", n° 5.

(29) *Civil Procedure Rules*, art. 1.1 (2).

(30) Ainsi, l'optimisation des coûts et l'efficacité économique en matière de procédure civile sont au coeur des réformes allemandes adoptées depuis le début de la décennie, V. par exemple, S. Guinchard et al., *Droit processuel*, 5ème éd., Dalloz, 2009, n° 6. Elles retiennent également de plus en plus l'attention des auteurs français, V. par exemple, G. Canivet, *Du principe d'efficience en droit judiciaire privé*, in Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz, 2000, p. 243 ; du même auteur, *Evaluation de l'efficacité économique des procédures*, in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein, (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, *op. cit.*, p. 81 ; C. Jamin, *L'efficacité au service de la justice*, *Gaz. Pal.*, 21 avril 2007, p. 2.

(31) *Doing Business 2008*, World Bank, 2007, p. 51 *in fine*.

(32) Sur le recoupement partiel entre l'efficacité économique de la justice et le respect des droits fondamentaux, V. *supra* le rapport de C. Pérès, *Rapport introductif*, n° 16 et s. ([N° Lexbase](#)).

(33) Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 1994, p. 22.

(34) En dépit de quelques améliorations, l'incomplétude des rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale reste criante. Ainsi, dans le rapport *Doing Business 2009*, les développements consacrés à l'exécution des contrats (en réalité le modèle simplifié à outrance est celui d'un acheteur défaillant dans un contrat de vente isolé) ne traitent que de l'organisation judiciaire (le nombre de tribunaux, l'existence ou non de juridictions spéciales, la durée des procédures, leurs coûts, la possibilité de faire appel, la possibilité d'intenter une action "en ligne", etc.). Le fond du droit n'est pas étudié qu'il s'agisse des pouvoirs respectifs du créancier et du juge, du moment du transfert de propriété, des peines privées, de l'incidence du droit de la consommation ou de celle du droit des procédures d'insolvabilité, de l'hypothèse où le demandeur est créancier d'une obligation non-monnaire, etc. Pour une critique plus générale, V. B. du Marais, (dir.), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, La documentation française, 2006. En outre, d'un point de vue empirique, certaines données des rapports *Doing Business* peuvent être utilement comparées à celles réunies dans l'étude intitulée *Oxford Civil Justice Survey*, élaborée conjointement au cours de l'année 2008 par l'*Oxford Institute of European and Comparative Law* et l'*Oxford Centre for Socio-Legal-Studies* (étude accessible sur le site www.iecl.ox.ac.uk), et qui remet en cause quelques idées reçues sur l'influence de droits de *common law* dans le monde des affaires.

(35) Sur tous ces points, V. l'article retentissant de J. H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, (1985) 52 U. Chi. L. Rev. 823.

(36) V. R. Libchaber, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, *Def.*, 2007, p. 1194, spéc., n° 37.

(37) V. également, M. Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, *op. cit.*, p. 459 et 460.

(38) V. par exemple, à propos des marchands venus de l'Italie du Nord, J. Gaudemet, *Les transferts de droit*, in *Sociologie historique du droit*, PUF, 2000, p. 91, spéc., p. 100.

(39) V. par exemple, à propos des Français au Canada, J. Vanderlinden, *La réception des systèmes juridiques européens au Canada. Regards d'un historien du droit sur ses origines*, (1996) 64 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 359, spéc., p. 360.

(40) V. R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *Economica*, 1991, p. 123 et s. Sur le prestige du droit romain dans les provinces de l'Empire et la "volonté de paraître romain", V. J. Gaudemet, *Les transferts de droit*, *op. cit.*, p. 95 et p. 98. Derrière le prestige

se cache parfois la puissance, notamment celle de grands cabinets d'avocats anglais ou américains dont la dimension a crû avec l'ouverture des frontières, V. par exemple, Y. Dezalay, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992, p. 230.

(41) V. par exemple, J. Gaudemet, *ibid.*, p. 117.

(42) V. J. Gaudemet, *ibid.*, p. 105 et p. 118 et s. ; R. Sacco, *Droit commun de l'Europe, et composantes du droit*, in M. Cappelletti, (dir.), *New Perspectives for a Common Law of Europe - Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Leyden, Sijthoff, 1978, p. 95, spéc., p. 102.

(43) Par exemple, l'ordre juridique communautaire.

(44) Pour une illustration, V. par l'anthropologue J. Malaurie, *Droit et logique coloniale*, in M. Doucet, J. Vanderlinden, (dir.), *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 449, spéc., p. 455, qui montre que le droit n'est pas seulement le résultat d'une contrainte militaire ou politique, mais qu'il a aussi pu être un instrument de contrainte destiné à faciliter l'exploitation de certains peuples. Dans l'ensemble, les cas de circulation des droits par la contrainte sont peu nombreux. Même dans les colonies européennes, le droit européen a rarement été imposé ; il a plutôt été voulu par les pouvoirs locaux devenus indépendants, V. R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *op. cit.*, p. 123. Cela étant dit, la contrainte peut aujourd'hui s'exercer de manière plus subtile, par des pressions politiques et économiques. C'est ainsi, par exemple, que la législation fiscale des Comores a récemment "subi" l'influence des Etats africains voisins (je remercie Daniel Gutmann de m'avoir donné cette dernière indication).

(45) V. *Doing Business 2007*, World Bank, 2006, p. 6 ; *Doing Business 2008*, World Bank, 2007, p. 6 ; *Doing Business 2009*, World Bank, 2008, p. 6. Dans le dernier rapport publié, la France reste à la 31ème place.

(46) L'importance des autres facteurs signalés explique corrélativement pourquoi des règles ou des institutions circulent, alors qu'elles ne répondent à aucun besoin économique apparent, V. M. Graziadei, *The functionalist heritage*, in P. Legrand, R. Munday, (eds), *Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2003, p. 100, spéc., p. 120 et 121, note 70 *in fine*.

(47) V. également, O. Brand, *Conceptual Comparisons : Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies*, (2007) 32 *Brook. J. Int'l L.* 405, spéc., p. 421 et s..

(48) Sur les fonctions de la méthode comparative en droit, V. Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, Dalloz, coll. Cours, 2009, n° 7 et s..

(49) C'est le reproche qui peut être adressé aux travaux de M. Mattei consacrés au "trust". Comparant les droits de *common law* et les droits "civilistes", l'auteur soutient que l'utilisation du "trust" en droit anglais ne tient pas tant à la qualité de son régime juridique qu'aux insuffisances du droit des contrats (en particulier à une conception très stricte de l'effet relatif) et à la protection offerte par le droit des biens (V. U. Mattei, *Comparative Law and Economics*, *op. cit.*, p. 131 et s. ; H. Hansmann, U. Mattei, *The Functions of Trust Law : A Comparative Legal and Economic Analysis*, (1998) 73 *N.Y.U. L. Rev.* 434, spéc., p. 450 et s.). Mais qu'est-ce que l'analyse économique ajoute à cette analyse fondamentalement juridique ?

(50) Pour une justification économique de la règle plus radicale excluant en principe la réparation du dommage purement économique, V. R. A. Posner, *Common-Law Economic Torts : An Economic and Legal Analysis*, (2006) 48 *Ariz. L. Rev.* 735, spéc., p. 736 et s.. Pour une étude mêlant données comparatives et analyse économique, V. M. Bussani, V. V. Palmer, F. Parisi, *Liability for Pure Financial Loss in Europe : An Economic Restatement*, (2003) 51 *Am. J. Comp. L.* 113.

(51) A propos du juge communautaire, V. A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Avant-Propos B. Versterdorf, Préface G. Canivet, LGDJ, 2008, n° 742, p. 472 et s. et les références citées.

(52) V. Lord Hoffmann, in *Stovin v. Wise*, (1996) A.C. 923, spéc., p. 944 et p. 958 : "Why should one

be held liable rather than another? In economic terms, the efficient allocation of resources usually requires an activity should bear its own costs. If it benefits from being able to impose some of its costs on other people (what economists call 'externalities,') the market is distorted because the activity appears cheaper than it really is. So liability to pay compensation for loss caused by negligent conduct acts as a deterrent against increasing the cost of the activity to the community and reduces externalities. But there is no similar justification for requiring a person who is not doing anything to spend money on behalf of someone else. Except in special cases (such as marine salvage) English law does not reward someone who voluntarily confers a benefit on another. So there must be some special reason why he should have to put his hand in his pocket. [...]. In my view the creation of a duty of care upon a highway authority, even on grounds of irrationality in failing to exercise a power, would inevitably expose the authority's budgetary decisions to judicial inquiry. This would distort the priorities of local authorities, which would be bound to try to play safe by increasing their spending on road improvements rather than risk enormous liabilities for personal injury accidents. They will spend less on education or social services. I think that it is important, before extending the duty of care owed by public authorities, to consider the cost to the community of the defensive measures which they are likely to take in order to avoid liability".

(53) V. également sur la motivation, les développements substantiels (qui en réalité dépassent le seul cadre du droit de la concurrence) de A.-L. Sibony, thèse préc., n° 1099 et s., p. 650 et s..

(54) V. B. Markesinis, *Judicial Style and Judicial Reasoning in England and Germany*, (2000) 59 Cambridge L.J. 301, spéc., p. 303.

(55) Rappr. C. Jamin, *Que répondre à Eric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste)*, LPA 19 mai 2005, p. 54, qui indique, à propos de l'économie, que "cette science n'est presque jamais interrogée par les juristes, elle leur sert plutôt d'argument d'autorité".

(56) V. U. Mattei, *The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts*, (1995) 43 Am. J. Comp. L. 427.

(57) Pour de plus amples développements, V. Y.-M. Laithier, *Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs*, in C. Jamin, (dir.), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 141, spéc., p. 145.

(58) R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *op. cit.*, p. 8.

(59) V. R. Sacco, *ibid.*, p. 33 et s..

(60) V. R. Sacco, *Le droit muet*, RTDciv. 1995, p. 783, spéc., n° 11.

(61) V. ainsi, à propos de la "souplesse" de la *common law* et de la "rigidité" du "droit civil", B. Chopard, B. Deffains, *Droit, finance et efficacité économique : au-delà des indicateurs de protection légale des investisseurs*, in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein, (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, *op. cit.*, p. 123, spéc., p. 129.

(62) V. en ce sens, G. Teubner, *Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, (1998) 61 Mod. L. Rev. 11, spéc., p. 24 et s..

(63) Au passage, la définition adoptée par M. Mattei est singulièrement évasive, V. U. Mattei, *Comparative Law and Economics*, *op. cit.*, p. 145.

(64) P. Legrand, *Questions à Rodolfo Sacco*, RIDC, 1995, p. 943, spéc., p. 959.

(65) Rappr. N. Molfessis, *La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine*, RTDciv., 2003, p. 161, spéc., p. 166 : "[...] le juriste, loin d'avoir l'obligation de s'abstraire de jugements de valeur de type moral, politique ou philosophique a au contraire le devoir de les mettre au jour et d'en permettre la discussion".