

1. Dans son introduction aux *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Ripert voyait d'un très mauvais oeil le divorce annoncé de l'enseignement du droit et de l'économie dans les universités. Commentant la volonté de certains économistes de quitter les facultés de droit et de libérer leurs étudiants de la contrainte d'avoir à étudier le droit, il écrivait ainsi que, d'un côté, *"les juristes ne sauraient appliquer, ni interpréter les règles de droit s'ils ne connaissent pas l'économie"* et que, de l'autre, les économistes *"ne saurai[ent] analyser l'activité productrice des hommes [sans savoir] quelles sont les institutions [juridiques] par lesquelles elle s'exerce"* (1). Sans être révoquée, cette époque, où l'on cherchait avant tout à mettre au jour les liens réciproques du droit et de l'économie en vue d'une meilleure connaissance des deux disciplines, est d'une certaine manière dépassée. Un pas supplémentaire a été franchi sous l'effet de l'omniprésence, dans le discours politique et l'action gouvernementale, du thème de l'efficacité économique. En effet, dans un temps relativement bref, l'efficacité économique est devenue un véritable slogan, au sens propre du terme, c'est-à-dire une *"formule concise et expressive, facile à retenir, utilisée dans les campagnes de publicité, de propagande pour lancer un produit, une marque ou pour gagner l'opinion à certaines idées politiques ou sociales"*. Les illustrations en sont multiples. De la lutte pour le pouvoir d'achat à la réforme des heures supplémentaires dont un rapport de la Commission des finances de l'Assemblée nationale révèle déjà qu'elle serait inefficace (2), du rapport de la Commission pour la libération de la croissance française présidée par Jacques Attali (3) à la réforme du contrat de travail et de l'assurance-chômage, de la réforme de la carte judiciaire à celle des universités, de l'évaluation des ministres à la réforme de la notation des enseignants, les mesures récemment adoptées ou préconisées sont pour la plupart frappées au sceau de l'efficacité qu'elles sont censées promouvoir. Instrument de légitimation des réformes dans un contexte de mondialisation et de crise économique, l'efficacité envahit d'autant plus rapidement le discours contemporain qu'elle se prête volontiers à la polarisation dont raffolent les médias, les invitant à lui opposer frontalement, et parfois trop simplement, tantôt la justice sociale, tantôt le respect des particularismes nationaux, régionaux ou locaux. Suivant un glissement qui semble inéluctable, l'analogie se fait bientôt entre la recherche de l'efficacité économique et la modernité, l'innovation ou le succès, toute réserve vis-à-vis de l'essor de l'impératif d'efficacité étant aussitôt interprétée comme le signe d'un conservatisme désuet, d'une fermeture d'esprit et d'un immobilisme conduisant au déclin.

2. De cette promotion inédite de l'efficacité économique sur le devant de la scène juridique, les raisons ne sont pas uniquement médiatiques ou conjoncturelles. Plus profondes, elles invitent à croire que le phénomène n'est pas éphémère mais constitue au contraire sinon une mutation majeure du moins une orientation marquée du droit contemporain. Précisément, cette évolution résulte de la conjonction de plusieurs éléments. Elle tient d'abord à la diffusion et la progression de l'analyse économique du droit (4) qui offre un cadre intellectuel et une caution scientifique à l'épanouissement de l'efficacité économique en droit. Né aux Etats-Unis au milieu du siècle dernier, ce mouvement doctrinal de très grande envergure (5), fondé sur le modèle néo-classique, a pour objet d'appliquer les méthodes et les concepts économiques à l'étude du droit et de mettre l'accent sur les effets économiques des règles juridiques. Distinct du droit économique, qui approfondit pour sa part l'étude juridique des mutations économiques (6), ce courant de pensée, qui prend son envol au début des années 1960 avec les travaux de Guido Calabresi (7) puis de Richard Posner (8), repose sur l'idée générale que l'ensemble des règles de droit sont ou doivent être orientées vers la maximisation des satisfactions individuelles et la recherche des solutions économiques les plus efficaces, l'homme étant un être rationnel qui cherche à effectuer le choix optimal dans une situation de contraintes données et qui accroît ainsi, par son calcul, l'utilité générale de la société. Ce mouvement très prolifique a rapidement connu un succès considérable aux Etats-Unis, en dépit des critiques dont il a été l'objet et de sa fragmentation en différentes

écoles de pensée, et il s'est étendu avec succès au début des années 1980 à d'autres pays, y compris non anglophones, tels que l'Allemagne et les Pays-Bas.

Mais, pour des raisons déjà mises en lumière et qui tiennent pêle-mêle à la réticence qu'inspire la philosophie utilitariste, à l'atteinte portée à la figure traditionnelle de la Loi, à l'organisation de l'enseignement universitaire, à l'obstacle linguistique et à la faible intelligibilité par la communauté juridique des modèles mathématiques (9), l'analyse économique du droit a beaucoup moins prospéré en France. Aussi certains vont-ils d'ailleurs jusqu'à considérer qu'en France, aujourd'hui, le rôle de l'analyse économique du droit est justement de "*ranimer la doctrine, qui a eu tendance à sombrer dans un positivisme sans avenir*" (10). La critique est un peu sévère si l'on songe que Christian Mouly avait notamment développé une analyse économique du transfert de la propriété (11) et si l'on se souvient que, dès le début des années 1970, René Savatier avait proposé une analyse économique de la communauté conjugale (12) ainsi qu'une théorie des obligations en droit privé économique (13) sur laquelle Denis Mazeaud, qui a accepté de mesurer le droit des obligations à l'aune de l'efficacité économique (14), reviendra peut-être. Et de fait, prolongeant ces premiers essais, les travaux consacrés à l'analyse économique du droit se sont récemment multipliés (15). Plusieurs thèses ont été soutenues ces dernières années portant notamment sur le droit des contrats (16), la responsabilité civile (17), le droit pénal (18), le droit de la concurrence (19) ou encore sur l'histoire de ce courant doctrinal (20) formant ainsi le gage de l'attrait croissant de cette approche pour les jeunes générations (21). Dans le même ordre d'idées, l'organisation depuis 2003 de plusieurs cycles de conférences à la Cour de cassation relatifs aux rapports du droit, de l'économie et de la justice (22), dont celui portant actuellement sur le droit du travail, et le développement de l'enseignement de l'analyse économique du droit dans certaines facultés de droit, dont celle d'Aix-Marseille (23), témoignent de la curiosité suscitée par ce prisme particulier. Toutefois, ces éléments ne suffisent pas à expliquer l'intérêt actuel porté aux rapports plus généraux de l'efficacité économique et du droit, d'autant que, malgré son apport, l'effort doctrinal de la communauté juridique française en matière d'analyse économique demeure pour l'instant encore modeste à la lumière des innombrables travaux qui lui consacrés ailleurs. Aussi faut-il certainement compter, pour comprendre le phénomène, sur d'autres éléments dont le regain d'intérêt actuellement porté au droit comparé et particulièrement à la Common Law, dans un contexte de concurrence accrue des systèmes juridiques (24). Yves-Marie Laithier, qui s'efforcera de démêler les liens de l'efficacité économique et du droit comparé au cours de cette matinée, nous le montrera sans doute (25). Mais, l'on peut d'ores et déjà supposer qu'il existe une nette corrélation entre, d'un côté, le prestige, plus ou moins "mythique" (26) de la Common Law réputée si efficace (27) et, de l'autre, l'ascension normative et doctrinale de l'efficacité économique en droit français.

Enfin, le rayonnement juridique actuel de l'efficacité économique tient naturellement à l'adhésion de certaines organisations internationales, en particulier la Banque mondiale, au postulat développé par certains universitaires nord-américains selon lequel le droit d'un pays donné aurait une incidence directe sur son développement économique et sur sa croissance (28). Largement relayés par les médias à qui ils fournissent des résultats simples et immédiatement exploitables, les rapports annuels Doing Business s'efforcent ainsi d'évaluer et de classer les systèmes juridiques de cent soixante dix huit pays, de l'Afghanistan au Zimbabwe, en fonction d'un indice universel censé traduire la plus ou moins grande facilité à y faire des affaires (29). Ainsi, pour l'année 2010, c'est Singapour qui arrive en tête, la France occupant la trente et unième place. A l'occasion de chaque rapport, qui fait l'effet d'une onde de choc, la Banque mondiale distribue les

bons et mauvais points, félicitant et finançant les pays qui ont entrepris les réformes parées des atours de l'efficacité économique, stigmatisant au contraire ceux qui persistent dans la mauvaise voie, et encourageant ainsi finalement, sous la pression internationale, une harmonisation des droits au nom de l'impératif d'efficacité. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 qui se donne ouvertement pour objectifs de renforcer l'attractivité de l'économie et de faciliter le développement des entreprises en constitue une illustration saisissante. Il fallait s'y attendre, ces classements successifs ont donné naissance à une nouvelle forme de littérature juridique, de riposte collective visant non seulement à souligner les faiblesses des critères pris en compte mais aussi, dans un sursaut national, à défendre l'efficacité économique et, plus largement, les qualités du système juridique français (30). Ces ouvrages collectifs et ces programmes d'études, souvent menés ensemble par des juristes et des économistes, favorisent ainsi, par la force des circonstances, l'apparition d'une pluridisciplinarité de combat, dont l'avenir dira si elle modifiera en profondeur le cloisonnement intellectuel que certains nous reprochent.

**3.** Dans ce contexte général particulièrement fécond, le Centre d'études juridiques sur l'efficacité des systèmes continentaux de la faculté de droit de Reims a souhaité, à l'occasion de cette journée, apporter sa propre contribution à l'étude de l'efficacité économique en droit en se plaçant délibérément dans la perspective d'un bilan intermédiaire. Intermédiaire parce que le champ ouvert à la réflexion est encore extrêmement vaste, certaines matières, comme par exemple le droit international privé que Sylvain Bollée a accepté d'examiner (31), étant restées assez inexploitées (32). Intermédiaire encore parce que les termes fondamentaux de la question sont-ils suffisamment connus pour que l'on puisse raisonnablement se départir d'une prise de position dogmatique en forme de "tout ou rien", qui consisterait soit à louer sans réserve les vertus juridiques de l'efficacité économique, soit, au contraire, à rejeter en bloc les apports d'une utilisation nuancée de l'approche économique par le droit. S'intéresser à l'efficacité économique en droit, ce n'est donc en aucune manière réduire l'homme à sa seule efficacité (33) ; ce n'est pas renier la dimension profondément morale du droit ou la nécessité de préférer, dans certains cas, la justice ou l'équité à l'efficacité. Ce n'est pas non plus renoncer au droit et l'inféoder à l'économie (34). En vérité, ce qui importe, ce n'est pas de se demander si l'efficacité économique joue un rôle en droit, tant la réponse est évidente. Ce qui importe, c'est de déterminer quel rôle lui est exactement dévolu aujourd'hui par le droit. Chaque rapporteur se livrera sans doute à cet exercice à l'occasion de l'étude des différentes matières, particulièrement emblématiques au regard de l'actualité, qui ont été retenues. Ainsi l'intervention de Daniel Gutmann (35) nous permettra-t-elle de mieux cerner les liens tissés entre le droit fiscal et l'efficacité économique tandis que celles d'Etienne Patout (36) et de Benjamin Rémy (37) mettront respectivement l'accent, pour l'une, sur le droit communautaire et l'impact des libertés économiques et, pour l'autre, sur le droit bancaire.

Dans le cadre nécessairement plus général de ce rapport introductif, il apparaît de bonne méthode, pour cerner la place de l'efficacité économique, de mettre successivement l'accent sur deux aspects complémentaires. Dans une première approche, l'on peut d'abord scruter l'efficacité économique pour elle-même et s'interroger sur la nature, juridique ou non, que lui accorde notre propre système juridique. En d'autres termes, l'efficacité économique relève-t-elle de l'ordre du fait, en l'occurrence économique, ou de l'ordre du droit ? Dans une seconde approche, l'on peut ensuite chercher à mettre l'intérêt croissant porté à l'efficacité économique en perspective avec d'autres évolutions contemporaines majeures, et en particulier avec la promotion des droits fondamentaux qui innerve en profondeur l'ensemble du droit positif. Autrement dit, l'efficacité

économique constitue-t-elle ou non une force de résistance à l'expansion des droits fondamentaux ? En définitive, pour apprécier la place générale de l'efficacité économique en droit, il convient d'examiner sa valeur propre, d'une part (I), et sa valeur relative, d'autre part (II).

## **I. - La valeur propre de l'efficacité économique en droit**

**4.** Chercher à mieux cerner la valeur propre de l'efficacité économique en droit revient à s'interroger sur le statut que notre droit accorde à l'efficacité économique elle-même. Pour ce faire, l'on peut emprunter à Demolombe (38) et Larombière (39) une distinction forgée pour l'étude des présomptions. En effet, ces auteurs ont été parmi les premiers à dissocier les présomptions-motifs, qui n'ont aucune finalité probatoire et dans lesquelles la notion de présomption vise simplement à expliquer, à justifier le fondement de la solution consacrée par la loi, des présomptions proprement dites, qui sont d'authentiques règles de preuve.

Suivant une démarche similaire, l'efficacité économique peut a priori jouer deux rôles bien distincts. Remplissant une fonction persuasive, elle peut d'abord être avancée comme fondement d'une règle de droit (A). Remplissant une fonction normative, elle peut ensuite être elle-même érigée en règle de droit, ce qui soulève plus de difficultés (B).

### **A. - L'efficacité économique avancée comme fondement d'une règle de droit**

**5.** Dans une logique persuasive, l'efficacité économique peut d'abord être avancée comme fondement d'une règle de droit. Dans cette perspective, l'efficacité économique intervient dans le discours juridique comme un argument, parmi d'autres, visant à expliquer, à justifier, à convaincre de la pertinence de la solution retenue. De fait, au même titre que la morale, l'équité, la justice ou la dignité de la personne, l'efficacité économique constitue naturellement un élément propre à emporter la conviction du législateur au stade de l'élaboration de la règle de droit, à déterminer celle du juge dans les décisions qu'il rend et enfin à susciter l'adhésion de la doctrine dans son oeuvre de systématisation du droit positif.

**6.** Encore faut-il, pour cerner l'importance actuelle de ce phénomène, identifier au préalable ce que recouvre exactement l'efficacité économique pour un juriste. Pour ce faire, il est devenu usuel de distinguer l'efficacité des notions voisines que sont l'effectivité et l'efficience. En effet, ces trois notions sont bien différentes. Est effectif, ce "qui produit des effets", ce "qui existe réellement" (40), ce qui passe de la virtualité à la réalité (41). En ce sens, on dira qu'une règle est ineffective lorsqu'elle n'est pas appliquée ou lorsque la sanction qu'elle énonce n'est pas prononcée (42). Par exemple, la loi qui impose le port de la ceinture de sécurité est effective si les automobilistes attachent réellement leur ceinture (43). Au contraire, est efficace "ce qui produit l'effet attendu" (44). Par conséquent, la mesure de l'efficacité suppose d'identifier préalablement les fins poursuivies afin de vérifier, ensuite, si elles ont été satisfaites. Une règle pourra donc être effective tout en étant inefficace. Tel sera le cas, par exemple, si le nombre d'accidentés de la route ne diminue pas en dépit du port de la ceinture de sécurité (45). En d'autres termes, "*l'efficacité est un mode d'appréciation de l'adéquation du moyen employé à la fin poursuivie*" (46), ce qui soulève le

problème de l'identification des fins lorsqu'elles n'ont pas été explicitées. L'efficacité se distingue aussi de l'efficace. Tandis que l'efficacité ne préjuge pas de la nature de la fin poursuivie, l'efficace consiste à "*porter [un] jugement sur le caractère approprié ou proportionné du moyen. Le terme 'efficace' revêt donc un sens propre lorsqu'il qualifie un moyen qui atteint le résultat souhaité au moindre coût*" (47). On dira ainsi d'un vaccin qu'il est efficace s'il permet de prémunir le patient contre la maladie et que les conditions de sa fabrication ont été efficaces si les coûts de sa fabrication sont inférieurs aux profits qu'elle procure. Une règle efficace est donc une règle économiquement efficace lorsqu'elle permet la meilleure allocation possible des ressources.

A première vue, l'efficacité économique est donc une notion relativement aisée à cerner. Mais, à la vérité, rien n'est moins sûr. Dès que l'on se tourne vers les économistes, les doutes surgissent, et ce pour au moins trois raisons complémentaires. Premièrement, les économistes sont eux-mêmes divisés sur le choix du critère permettant de déterminer la meilleure allocation possible des ressources, c'est-à-dire celle qui est économiquement la plus efficace, les uns se ralliant au critère dit de Kaldor-Hicks (48), les autres préférant celui dit de Pareto (49) selon les noms de leurs promoteurs respectifs. Deuxièmement, chez les économistes, l'efficacité économique ou l'efficace ne constitue pas une notion unitaire. Elle se décline à la faveur de classifications raffinées qui distinguent notamment l'efficace allocative, productive, dynamique ou encore sélective (50). Troisièmement, le reproche est souvent fait aux économistes de fonder leur définition de l'efficacité sur des théories générales excessivement abstraites, reposant sur des modèles mathématiques extrêmement élaborés, mais privés de dimension empirique, de données concrètes permettant de vérifier les multiples postulats sur lesquels ils reposent (51). Inversement, lorsque des données concrètes sont prises en compte, comme c'est le cas dans le cadre des rapports Doing Business, elles se ramènent généralement aux coûts et à la durée nécessaires à l'accomplissement d'une formalité ou d'une procédure alors que l'efficacité en droit ne saurait se réduire à ces seuls éléments (52). Plus généralement, la difficulté semble bien réelle d'évaluer exactement l'efficacité économique de telle disposition ou de telle solution jurisprudentielle. Anne Perrot, qui abordera justement la question de l'évaluation de l'efficacité économique (53), nous dira sans doute si ces réserves vis-à-vis de notre aptitude à mesurer réellement l'efficacité économique en droit sont ou non fondées. Quoi qu'il en soit, de manière étonnante, ces obstacles, supposés ou avérés, ne freinent pas le succès de l'invocation de l'efficacité économique par les juristes, qui se contentent généralement de l'identifier, d'une manière assez simple et presque intuitive, à l'absence de gaspillage ou à l'obtention d'un gain (54).

**7.** Sans doute n'est-ce pas fondamentalement nouveau. Les considérations économiques ont toujours joué un rôle décisif en droit. Olivier Descamps (55), qui nous livrera un éclairage historique, nous le montrera certainement. Déjà, les rédacteurs du Code civil s'étaient ouvertement montrés très sensibles aux incidences économiques du Code ainsi qu'en témoignent certains extraits des travaux préparatoires relatifs au prêt à intérêt, à l'hypothèque, à la propriété ou aux relations commerciales (56). Par ailleurs, certaines disciplines reposent directement, par nature même, sur une approche économique. Tel est en particulier le cas du droit de la concurrence, dans lequel "*l'analyse économique n'a pas seulement droit de cité, [mais] apparaît comme une composante de la légitimité des règles de droit*" (57). Dans un autre registre, certaines techniques juridiques sont présentées sous l'angle des bienfaits économiques qu'elles procurent aux sujets de droit. Il suffit de songer aux règles supplétives de volonté qui dispensent les contractants d'avoir à fournir l'effort de prévoir toutes les éventualités susceptibles de survenir et qui limitent ainsi le poids des coûts de transaction (58). Plus avant, certaines solutions

jurisprudentielles sont régulièrement analysées et justifiées en doctrine à l'aune de leurs incidences économiques, telles que l'admission de la rupture unilatérale du contrat fondée sur la gravité du comportement du débiteur ou la liberté de principe de rompre les pourparlers.

Mais, ce qui frappe aujourd'hui, c'est la multiplication des hypothèses dans lesquelles le souci d'efficacité économique est délibérément affirmé et assumé au soutien de l'adoption d'une règle de droit. A l'instar de la nécessaire adaptation du droit à l'évolution des mœurs qui est systématiquement avancé à l'appui des réformes du droit de la famille, la recherche d'une plus grande efficacité économique est devenu un leitmotiv des interventions législatives. On en prendra ici deux exemples. Le premier est tiré de la réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 juin 2006 dont les travaux préparatoires traduisent très clairement la volonté d'adapter la loi à la transmission des entreprises afin de pérenniser l'emploi ou encore de favoriser l'anticipation successorale et la liberté individuelle du de cujus dans le but d'inciter les jeunes générations à la consommation. Le second est puisé dans la loi du 19 février 2007, relative à la fiducie, qui doit très largement son adoption à la volonté de doter la France d'un équivalent pourtant très limité à l'efficace trust anglo-saxon, à la faveur de ce qu'un auteur a qualifié de "comparatisme d'intimidation", l'expression désignant le raisonnement consistant à considérer que *"tout ce qui se fait ailleurs, dans des pays plus performants économiquement, est nécessairement justifié juridiquement"* (59). Ce qui est vrai de la loi, l'est naturellement moins de la jurisprudence, en tout cas judiciaire, compte tenu de la méthode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation. Ainsi, en dehors des contentieux spécifiquement économiques, l'efficacité économique affleure surtout dans les documents publiés en marge de l'arrêt qui permettent de reconstituer le raisonnement des juges et de souligner l'influence exercée sur eux par l'impact économique de leur décision. L'exemple le plus saisissant peut en être puisé dans les arrêts rendus par la Chambre mixte le 23 novembre 2004 (60) relativement aux contrats d'assurance-vie à l'occasion desquels le premier avocat général avait recueilli les observations du ministère de l'économie et des finances, du ministère de la justice, du Conseil supérieur du notariat et de la Fédération française des sociétés d'assurances avant d'expliquer, dans son avis, que la requalification en contrats de capitalisation n'était pas *"économiquement souhaitable eu égard à ses lourdes conséquences"* (61).

Quoi qu'il en soit, dans toutes ces hypothèses, l'efficacité économique remplit le même rôle. Relevant de l'ordre du fait, elle est extérieure au droit lui-même dont elle vient simplement éclairer les solutions afin d'explicitier leur fondement et ainsi convaincre de leur cohérence et de leur légitimité dans un monde où les ressources sont limitées.

Mais est-il possible d'aller plus loin et de confier à l'efficacité économique une fonction proprement normative ? Ce serait l'ériger en règle.

## **B. - L'efficacité économique érigée en règle**

&nbsp;

**8.** Eriger l'efficacité économique en règle, ce n'est pas simplement, à l'image de certains partisans de l'analyse économique du droit, l'élever en objectif vers lequel le droit devrait tendre. C'est, à proprement parler, la faire pénétrer au cœur du système juridique et lui reconnaître, en droit, une

véritable valeur normative. A première vue, cette perspective étonne. Par hypothèse, en effet, l'efficacité économique constitue une donnée extérieure au droit que les juristes peuvent brandir comme un argument d'autorité sur la foi des économistes mais qu'ils ne sauraient a priori s'approprier sauf à l'altérer et à dénaturer le droit lui-même, conçu comme un système distinct et autonome vis-à-vis des autres sciences humaines. Mais, à la réflexion, le procédé, qui consiste pour le droit à faire siens des éléments venus d'ailleurs, n'a rien, en lui-même, d'exceptionnel. Il suffit, pour s'en rendre compte, de songer à l'article 6 du Code civil et à sa référence aux bonnes moeurs ou à l'article 1135 du même code et à l'hommage qu'il rend à l'équité. Or, sauf à retenir un parti pris dogmatique, ce qui est vrai, de longue date, de la morale ou de la philosophie, doit pouvoir l'être aussi a priori de l'économie. Reste à savoir si cette possibilité constitue aujourd'hui, en droit, une réalité. Pour ce faire, il convient de distinguer selon les deux formes que ce processus est susceptible d'emprunter.

**9.** La première consiste à intégrer formellement l'efficacité économique dans l'énoncé d'une règle de droit afin d'en faire l'un de ses éléments. Une brève interrogation du site Legifrance est à cet égard intéressante qui révèle que plusieurs textes emploient effectivement la formule "efficacité économique". Par exemple, l'article L. 1 du Code des postes et communications électroniques énonce dans son alinéa 4 que "*Le service universel postal [...] est assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité en recherchant la meilleure efficacité économique et sociale*". De même, l'article L. 528-1 du Code rural prévoit que "*Le haut conseil [de la coopération agricole] contribue à la définition, à la mise en oeuvre et à l'évaluation des politiques publiques en matière de coopération agricole. [...] Il veille à son adaptation permanente, selon des critères qui concilient l'efficacité économique, les exigences spécifiques du statut coopératif et le développement territorial*" (62). Mais, cette approche purement formelle est manifestement insuffisante tant il est vrai que l'efficacité économique peut avancer masquée sous le voile d'expressions synonymes ou de périphrases. Tel est le cas notamment dans les disciplines qui reposent, par nature même, sur une approche économique, comme le droit de la concurrence. Ainsi, l'article 98 du Traité instituant la Communauté européenne énonce que les Etats membres "*agissent dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une allocation efficace des ressources*" (63). Dans un autre registre, la Cour de cassation admet que la réorganisation d'une entreprise peut constituer un motif économique de licenciement lorsqu'elle est effectuée pour sauvegarder sa compétitivité (64). D'une autre manière, enfin, certes plus indirecte, l'efficacité économique peut pénétrer dans la sphère juridique par le jeu de l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil toutes les fois qu'elle est intégrée dans un contrat, à travers des clauses d'objectifs fixant les performances économiques que l'une ou l'autre des parties doit atteindre sous la menace de diverses sanctions, dont la rupture du contrat. Mais l'on peut concevoir une autre façon, pour l'efficacité économique, d'acquérir une véritable valeur juridique. < /p>

**10.** Cette seconde manière consiste à soumettre l'élaboration du droit à une exigence juridique d'efficacité économique. Dans cette perspective, qui renforce considérablement la portée de l'efficacité économique en droit, celle-ci n'est plus une simple finalité que l'auteur de telle règle choisit librement de poursuivre, elle est une contrainte supplémentaire et préalable que le droit lui impose au stade de la production normative elle-même. Pour reprendre la terminologie de Hart, l'efficacité économique n'est plus ici une règle primaire, régissant directement la conduite des sujets de droit, mais une règle secondaire, permettant la création ou la modification des

règles primaires. L'efficacité économique remplit-elle ce rôle en droit positif ? Plusieurs éléments invitent à répondre par l'affirmative.

On songe avant tout aux suites données à la proposition formulée par le Conseil d'Etat dans son Rapport public pour 2006 d'instaurer, dans une loi organique, l'obligation d'effectuer une étude d'impact lors de l'élaboration de tout projet de loi (65). Rappelons que, jusqu'ici, seules des circulaires ministérielles avaient recommandé, à partir du milieu des années 1990, la réalisation d'études d'impact préalablement à la décision de légiférer afin d'en évaluer la nécessité et les effets prévisibles, notamment économiques. Mais, plusieurs rapports ont montré que ces études d'impact ont remporté un faible succès en pratique : *"rédigées la plupart du temps sans véritables moyens, en tout cas sans consultation formalisée [...] des milieux intéressés [...], ne comportant presque jamais d'analyse des conséquences économiques de la nouvelle réglementation envisagée, ces études d'impact n'ont pas eu l'effet espéré de rationalisation des choix publics"* (66). Pourtant, de nombreux pays ont emprunté avec succès la voie des études d'impact préalables : le Canada, la Grande-Bretagne, les Etats-Unis, l'Espagne ou encore le Danemark ont fait le choix drastique de limiter leur inflation normative et d'imposer à leur propre législateur l'obligation de ne légiférer qu'en connaissance des coûts engendrés par la règle nouvelle, après consultation des milieux économiques intéressés. Pour sa part, la Cour constitutionnelle fédérale allemande considère même que l'évaluation des effets de la législation doit recevoir la même protection juridique que celle dont bénéficient les droits fondamentaux de l'individu. A ce titre, elle *"impose au législateur de corriger et d'amender ses textes si les prévisions sur lesquelles ces derniers se sont fondés s'avèrent inexactes"* (67). La Commission européenne elle-même a reconnu les mérites de cette méthode (68). En tout état de cause, si elle s'accompagne d'analyses économiques sérieuses et si elle est faite elle-même à moindre coût (69), l'étude d'impact constitue l'un des meilleurs moyens de réduire sensiblement les coûts engendrés par l'adoption de nouvelles réglementations en permettant au législateur de prendre une décision éclairée. Convaincu de la pertinence de cet outil, le comité de réflexion sur la modernisation des institutions de la Vème République présidé par M. Balladur avait donc proposé, dans son rapport remis au Président de la République le 29 octobre 2007, de lui conférer une valeur constitutionnelle. Précisément, le comité avait recommandé de modifier l'article 39 de la Constitution et de faire de l'existence de ces études d'impact préalables une condition de la recevabilité d'un projet de loi au Parlement sous le contrôle du Conseil constitutionnel (70). A la suite de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la rédaction de l'article 39 a été modifiée. Si le texte constitutionnel n'impose pas directement le recours aux études d'impact, il renvoie à une loi organique le soin de fixer les conditions de l'inscription des projets de loi à l'ordre du jour. C'est justement dans ces conditions que la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009, relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, a récemment conféré un caractère obligatoire à l'évaluation préalable. Précisément, selon l'article 8 de ce texte, *"les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact. Les documents rendant compte de cette étude d'impact sont joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'Etat. Ils sont déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que les projets de loi auxquels ils se rapportent"*. Quant à son contenu, l'évaluation préalable comprend une appréciation, y compris au regard du droit européen, de la législation existante, la définition des objectifs poursuivis, l'exposé des options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et surtout, sous l'angle examiné, une estimation des conséquences économiques et financières de la réforme (art. 8). Le texte ajoute même que l'étude d'impact doit exposer *"avec précision" "l'évaluation des conséquences économiques, financières [...] ainsi que [] les coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue"*. Pour l'essentiel, ce dispositif s'est vu délivrer un brevet de

constitutionnalité (71). Désormais, le Gouvernement est donc tenu de procéder à l'évaluation préalable des conséquences financières et, partant, de l'efficacité économique des réformes qu'il envisage. Par ailleurs, à la faveur d'une réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel a précisé les modalités de son contrôle sur le respect de ce dispositif. A cet égard, il a indiqué que *"si, par suite des circonstances, tout ou partie d'un document constituant l'étude d'impact d'un projet de loi venait à être mis à la disposition de la première assemblée saisie de ce projet après la date de dépôt de ce dernier, le Conseil constitutionnel apprécierait, le cas échéant, le respect des dispositions [...] de l'article 8 de la loi organique au regard des exigences de la continuité de la vie de la Nation"* (cons. 17). En d'autres termes, l'absence d'évaluation préalable n'exposerait pas nécessairement le texte à la censure constitutionnelle, les exigences de la continuité de la vie nationale pouvant justifier que le projet soit néanmoins mis en discussion. Une certaine souplesse est ainsi ménagée. En définitive, par le biais de l'évaluation préalable obligatoire, sinon l'efficacité économique elle-même du moins l'une des techniques juridiques permettant de légiférer dans un souci général de minimisation des coûts se voit accordée pour la première fois dans notre droit une protection de nature constitutionnelle.

D'autres éléments s'y ajoutent d'ailleurs qui incitent à croire en une réelle progression de l'impératif d'efficacité économique dans la sphère normative. Il s'agit notamment de la montée en puissance de tous les mécanismes qui permettent de préserver la sécurité juridique et qui limitent les surcoûts engendrés par un changement législatif ou jurisprudentiel. A cet égard, la rétroactivité forme la cible la plus immédiate qui déjoue les prévisions, instaure la défiance et conduit les entreprises et les secteurs économiques concernés à répercuter les surcoûts sur les prix des produits vendus aux consommateurs (72). Dans cette perspective, la consécration, aussi bien par la Cour de cassation (73) que par le Conseil d'Etat (74), de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence, peut contribuer à limiter efficacement les coûts économiques afférents à la rétroactivité de la jurisprudence. De la même manière, la consécration du principe de sécurité juridique par le Conseil d'Etat et l'obligation imposée au pouvoir réglementaire d'édicter des mesures transitoires en cas de changement de réglementation (75) est de nature à favoriser une adaptation progressive et par conséquent moins onéreuse des stratégies individuelles.

En définitive, qu'elle serve à justifier l'état du droit ou qu'elle soit érigée en règle, l'efficacité économique joue un rôle décisif. Mais, il reste encore, pour en apprécier la portée générale, à la mesurer à l'aune des autres orientations majeures du droit contemporain et, en particulier à la protection des droits fondamentaux. C'est examiner cette fois la valeur relative de l'efficacité économique en droit.

## **II. - La valeur relative de l'efficacité économique en droit**

&nbsp;

**11.** Parmi les mouvements de fond qui marquent de leur empreinte l'évolution contemporaine du droit positif, la promotion des droits fondamentaux et le désordre normatif qu'elle engendre occupent sans nul doute une place de tout premier plan. Aussi importe-t-il de confronter le souci d'efficacité économique à cette autre évolution d'ensemble afin de tenter de déterminer les liens tissés entre ces deux pôles d'attraction majeurs et d'identifier si l'horizon vers lequel ils nous guident est commun. A première vue, il est tentant de croire que le souci d'efficacité économique

rentre franchement en contradiction avec la logique des droits de l'homme. Mais, une étude plus attentive montre que leur opposition n'est pas aussi nette et que ces deux orientations essentielles peuvent aussi s'épauler mutuellement.

Il faut donc mettre en lumière les divergences qui séparent l'efficacité économique de la protection des droits fondamentaux (A) avant de souligner leurs convergences (B).

### **A. - Les divergences**

12. Dans un premier élan, les divergences entre, d'un côté, l'exigence d'efficacité économique, et de, l'autre, la protection des droits fondamentaux semblent très clairement l'emporter. Il suffirait presque, pour s'en convaincre, d'entonner l'air des sévères atteintes que la mondialisation et son cortège de délocalisations portent à certains droits fondamentaux, ceux dits de la deuxième génération, tels que le droit au travail ou de souligner qu'inversement, les droits de l'Homme engendrent des contraintes entravant le libre fonctionnement du marché. Par-delà, plus techniquement, trois séries d'éléments se conjuguent pour conforter cette première impression.

**13.** La première source de divergence a trait à la contradiction fondamentale entre les points de départ respectifs de l'analyse économique du droit et du droit des droits de l'Homme. En effet, tel qu'on a pu l'interpréter, le théorème de Coase revient à considérer qu'en l'absence, toute théorique, de coûts de transaction, l'attribution initiale des droits entre les individus n'a pas d'importance. Le seul rôle du Droit est de définir précisément les droits, le marché rétablissant seul l'optimum grâce à la conclusion d'arrangements privés en affectant les droits au plus offrant. Dès lors, les coûts de transaction étant inévitables dans le monde réel, la mission générale du Droit doit être de réduire ces coûts, afin de faciliter la conclusion de ces arrangements. Dans cette optique, la recherche de l'efficacité économique impose de satisfaire les exigences du marché en donnant la prééminence à celui qui valorise le mieux les ressources et non de répartir les droits entre tous dans un souci de justice. Ici, les droits individuels ne sont donc que des moyens pour atteindre une fin. Ils sont instrumentalisés. En somme, pour reprendre la formule de Dworkin, l'efficacité économique ne prend pas les droits au sérieux (77). Il est difficile de concevoir un postulat plus opposé à celui qui anime la théorie des droits de l'Homme. Fille du droit naturel, elle déclare, mais ne crée pas, les droits immuables, universels et inaliénables qui appartiennent à tout être humain. Ces droits, parce qu'ils sont fondamentaux, sont inhérents à la personne et constituent ainsi, en eux-mêmes, leurs propres fins.

**14.** La deuxième source de divergence tient au rôle décisif du droit européen des droits de l'Homme dans la promotion des droits fondamentaux et à la moindre place accordée aux droits patrimoniaux dans les textes européens eux-mêmes (78), aux yeux desquels l'individu n'est pas l'homo oeconomicus. Or, par nature même, la recherche d'efficacité économique s'épanouit essentiellement dans la sphère patrimoniale. Aussi y a-t-il a priori peu de points de contact entre les sphères privilégiées de l'efficacité économique, d'une part, et des droits fondamentaux, d'autre part. Sans doute faut-il nuancer. D'un côté, une interprétation jurisprudentielle créatrice, non seulement de la notion de bien mais aussi du droit à un procès équitable, a permis à la Cour européenne des droits de l'Homme d'accroître son influence sur le terrain patrimonial, rendant

ainsi possible ces points de contact que l'on pensait de prime abord inexistant. D'un autre côté, plusieurs auteurs, et spécialement Richard Posner, ont proposé une analyse économique de matières extrapatrimoniales, notamment du droit de la famille. Par exemple, ils ont cherché à appréhender l'adoption à travers le prisme du marché, ce qui montre que l'efficacité économique peut aussi s'appliquer à des disciplines touchant directement à la personne humaine. Et de fait, la famille constitue bien une unité de production ou de consommation dont les comportements économiques peuvent être orientés, notamment par une politique fiscale adéquate. Mais, en tout état de cause, dans ces domaines, la recherche d'efficacité économique apparaît diluée et très secondaire au regard d'autres finalités ressenties comme beaucoup plus légitimes et qui tiennent à la morale, aux liens affectifs ou à la structure de la société (79).

< p>

**15.** Enfin, la troisième source de divergences peut être tirée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative aux lois de validation, par lesquelles le législateur entend briser net la jurisprudence en déclarant les nouvelles dispositions immédiatement applicables aux instances en cours. En effet, cette jurisprudence est particulièrement révélatrice de l'hostilité du juge européen vis-à-vis des considérations économiques avancées par les Etats au soutien des atteintes qu'ils portent aux droits fondamentaux protégés par la Convention. Précisément, en l'état actuel, toute loi de validation déclarée immédiatement applicable aux instances en cours s'expose à la censure, sauf à être justifiée par un impérieux motif d'intérêt général (80). Aussi les législateurs nationaux tentent-ils régulièrement de faire valoir qu'un tel motif se trouve justement caractérisé. Mais, la Cour européenne se montre extrêmement sévère et, surtout, elle refuse systématiquement d'admettre que des considérations économiques puissent constituer un impérieux motif d'intérêt général (81). Selon une formule récurrente, la Cour considère qu' "*en principe un motif financier ne permet pas à lui seul de justifier une telle intervention législative*" (82) et jusqu'ici elle n'a jamais admis que la volonté de limiter les répercussions économiques d'un revirement jurisprudentiel était de nature à la justifier. Sans doute cette solution, désormais reprise à l'unisson par la Cour de cassation (83) et le Conseil d'Etat (84), vise-t-elle peut-être à protéger davantage l'indépendance du juge contre l'immixtion du législateur dans les procès que les droits fondamentaux des justiciables. Mais, indépendamment de ses véritables motivations, cette indifférence radicale du juge européen aux effets économiques du droit traduit une opposition très nette du droit des droits fondamentaux et de la recherche d'efficacité économique.

Plus généralement, ces divergences peuvent être interprétées de deux manières. Soit que l'on considère que la tension entre ces deux tendances majeures du droit positif permet de maintenir entre elles un point d'équilibre, évitant ainsi de sombrer dans leurs excès respectifs. Dans cette perspective, les droits fondamentaux constituent des forces de résistance à l'attraction de l'efficacité économique et, inversement. Soit que l'on estime au contraire que cet antagonisme laisse en réalité entrevoir l'existence d'un "droit à deux vitesses" (85), occupant deux sphères distinctes et largement impénétrables l'une à l'autre : le premier, non marchand, exaltant les droits subjectifs dans une logique d'égalité, le second, marchand, utilisant les droits subjectifs à des fins d'efficacité.

A moins qu'en définitive, les convergences entre l'efficacité économique et la protection des droits fondamentaux ne soient les plus fortes.

## **B. - Les convergences**

**16. En dépit des apparences, les convergences entre l'exigence d'efficacité économique et le droit des droits fondamentaux sont bien réelles. Elles sont de deux ordres.**

Certaines sont d'ordre substantiel. Ici, les solutions matérielles inspirées par les droits fondamentaux et par une logique d'efficacité coïncident. Il en va ainsi particulièrement en matière procédurale. Précisément, les garanties déduites du droit à un procès équitable et surtout le droit d'être jugé dans un délai raisonnable participent de la recherche d'une justice plus efficace, plus rapide et moins coûteuse.

Mais, les convergences les plus saillantes sont d'ordre méthodologique. Tout d'abord, la recherche d'efficacité économique et le droit européen des droits de l'Homme reposent tous les deux sur une même méthode de raisonnement, dite conséquentialiste (86), consistant à appréhender le droit sous le seul angle de ses effets. Sans doute n'est-ce pas vrai des droits de l'Homme en général qui souffrent bien souvent du caractère purement symbolique de leur proclamation et de l'absence de caractère obligatoire du texte qui les consacre (87). Mais, pour sa part, la Cour européenne des droits de l'Homme rappelle régulièrement que la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs (88). Cela se traduit notamment dans la longueur des décisions de la Cour, qui font apparaître dans le menu détail l'ensemble des données de fait et de droit, ou encore dans la théorie dite des obligations positives qui impose aux Etats de ne pas rester passifs et d'adopter les mesures adéquates et raisonnables pour protéger effectivement les droits garantis (89). Pour leur part, les solutions juridiques dictées par l'efficacité économique sont naturellement empreintes de la même culture du résultat. A ce titre, elles marquent à l'évidence une rupture très nette avec la conception traditionnelle du droit, une conception dite dogmatique, selon laquelle la règle de droit tire sa validité de ses conditions formelles d'édiction et non pas de celles de son application matérielle (90) et qui conduit par exemple au refus de l'abrogation de la loi par la désuétude.

**17. Dans le prolongement de cette considération, l'on peut encore relever que le souci d'efficacité économique malmène, comme les droits fondamentaux, les catégories juridiques traditionnelles. Il se déjoue des divisions académiques, ignore les frontières des différentes matières juridiques, relativise l'importance de l'opération même de qualification juridique, transcende les distinctions fondamentales. A titre d'exemple, la recherche d'efficacité économique appliquée au droit de la responsabilité civile conduit à dépasser les bornes habituelles de cette matière pour intégrer la question de la**

réparation des dommages dans une perspective plus générale, incluant l'ensemble de la procédure civile et des modes alternatifs de résolution du litige. En effet, selon une approche économique, la responsabilité civile doit désigner comme responsable celui qui est le mieux placé pour prévenir le dommage au moindre coût. Or, "un coût trop élevé de résolution des litiges pourrait altérer l'effet incitatif de la responsabilité civile, par exemple en dissuadant la victime d'agir contre le responsable [...] En d'autres termes, l'efficacité de la responsabilité civile est liée à celle de la résolution du conflit qu'elle a pour objet de tarir" (91). En un mot, Oppetit l'avait déjà relevé, l'exigence juridique d'efficacité économique conduit en définitive à considérer que "*les catégories juridiques sont purement conventionnelles*" (92). Dans une certaine mesure, le droit des droits fondamentaux ne procède pas différemment, si ce n'est qu'il développe, à partir des catégories juridiques existantes, des interprétations nouvelles, créatrices et déformantes. Ainsi a-t-on pu relever, par exemple, que le Conseil constitutionnel retient une définition originale des concepts fondamentaux de la responsabilité civile (93) ou que la Cour EDH privilégie une approche élargie de la notion de bien (94) ou de vie privée (95).

Enfin, l'efficacité économique et les droits fondamentaux procèdent du même individualisme méthodologique de départ. Ces deux sources foisonnantes sont animées de la même conviction, selon laquelle la mission essentielle du droit est de satisfaire les aspirations et les intérêts individuels, ceux-ci prenant la forme tantôt de calculs rationnels en vue de la réalisation du plus grand profit, tantôt de désirs personnels en vue de la consécration de prérogatives subjectives.

Par où l'on est ainsi fondamentalement amené à se demander si l'attention croissante aujourd'hui prêtée à l'efficacité économique constitue un progrès pour le droit. Gageons que les riches débats qui vont animer cette journée nous permettront d'y voir plus clair.

Cécile Pérès, Professeur à l'Université de Reims Champagne- Ardenne

(1) G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2ème éd., LGDJ, 1951, p. 4, ajoutant, pour conclure sur ce point, que "*dans tout mépris du droit, il y a la révolte d'une pensée anarchique*". V., déjà F. Génay, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, 2ème éd., LGDJ, 1954, n° 2, p. 3 s. débutant sa critique du positivisme légaliste par le constat d'un délaissement des études de droit au profit de celles des autres disciplines sociales. Par ailleurs, R. Coase n'aurait certainement pas renié la nécessité pour les économistes, soulignée avant lui par G. Ripert, de connaître les institutions juridiques. Comme il l'indiqua lors du discours prononcé à l'occasion de la remise du Prix Nobel en 1991, son célèbre article paru en 1960 "*Le problème du coût*

social" était avant tout une invitation à l'adresse des économistes à prendre en considération les coûts de transaction positifs et le système juridique qui les détermine en partie, V. "La structure institutionnelle de la production", in *Le coût du droit*, trad. Y.-M. Morissette, PUF, 2000, p. 107.

(2) C. Guélaud, "Heures sup" : la loi adoptée à l'été 2007 est coûteuse et peu efficace, *Le Monde*, 9 avril 2008.

(3) Consultable en ligne : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000041/0000.pdf>

(4) Parmi de multiples références, en langue française, v. : T. Kirat, *Economie du droit*, La Découverte, 1999 ; T. Kirat et F. Marty, *Economie du droit et de la réglementation*, Gualino éditeurs, 2007 ; E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2ème éd., 2008 ; A. Ogus et M. Faure, *Analyse économique du droit : l'exemple français*, LGDJ, 2002.

(5) "Il est sans doute le courant intellectuel qui a le plus marqué le monde juridique américain depuis un demi-siècle" : E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., n° 23, p. 7.

(6) Pour une synthèse de ce mouvement doctrinal représenté en France notamment par C. Champaud, *Contribution à la définition du droit économique*, D., 1967, Chron., p. 215 et G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF Coll. Les voies du droit, 2004 ; cf. C. Jamin, *Economie et droit*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. Alland et S. Rials, PUF-Lamy, 2003.

(7) Qui publie une série d'articles sur la responsabilité civile.

(8) *Economic Analysis of law*, Wolters Kluwer, 7th ed., 2007.

(9) B. Oppetit, *Droit et économie*, in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 169 et s. ; H. Muir Watt, *Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, préf. G. Canivet, sous la dir. de B. Deffains, éd. Cujas, 2000, p. 37 et s..

(10) E. Mackaay, *L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, op. cit., p. 11 et s., spéc., p. 31. V., plus largement, Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004.

(11) *Analyse économique du droit régissant le transfert de propriété*, in *Faut-il retarder le transfert de propriété ?*, Cahiers du droit de l'entreprise, 1995/5, p. 6 et s.. Du même auteur, V., déjà *Présentation du colloque sur l'analyse économique du droit*, RRJ, 1987, p. 413 et s..

(12) *La communauté conjugale nouvelle en droit français*, *Analyse juridique et économique*, Dalloz, 1970. V., déjà, du même auteur, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 3ème éd., 1964.

(13) *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 1974, et spéc. le n° 2 soulignant "l'utilité, pour les futurs juristes, d'une vision économique du droit".

(14) V. *infra*.

(15) V. notamment : M. Fabre-Magnan, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 221, 1992 et, du même auteur, *Les obligations*, PUF, Coll. Thémis, 2004, n° 39 et s. et les nombreuses références citées ; *L'analyse économique du droit*, sous la dir. de Ch. Atias, RRJ, 1987-2, n° spéc., p. 409 et s. ; *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, op. cit. ; *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, n° spécial, 19 mai 2005 et, spéc., la contribution de M.-A. Frison-Roche, *L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit* ; H. Muir Watt, *Law and Economics : quel apport pour le droit international privé ?*, in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 685s et, du même auteur, *Analyse économique et perspective solidariste*, in

*La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2003, p. 183 ; *Le droit du travail confronté à l'économie*, sous la dir. de A. Jeammaud, Dalloz, 2005. En langue anglaise, V. encore : H.-B. Schäfer et C. Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2004.

(16) Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 419, 2004, proposant d'articuler les sanctions de l'inexécution du contrat en fonction du critère de leur efficacité respective et non en fonction de leur plus ou moins grande conformité au respect de la force obligatoire du contrat.

(17) G. Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, coll. Droit et économie, 2005.

(18) G. Royer, *L'analyse économique et le droit criminel : une approche juridique*, éd. Le Manuscrit, 2005.

(19) A.-S. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, préf. G. Canivet, LGDJ, coll. Droit et économie, 2008. Bien que l'auteur prenne ses distances avec l'approche de l'analyse économique du droit (n° 18 et s.), sa thèse offre une contribution décisive à la compréhension du rôle joué par l'économie dans la prise des décisions. V. aussi : en droit commercial, Ph. Froute, *Performances économiques et systèmes juridiques : les réformes des droits des défaillances d'entreprise*, thèse Paris I, 2007, en droit public : I. Lianos, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, thèse Strasbourg III, 2004.

(20) S. Ferey, *Histoire et fondements de l'analyse économique du droit*, thèse Paris I, 2004.

(21) En contrepoint, le Fichier central des thèses révèle que très peu de thèses portant sur l'analyse économique du droit seraient actuellement en cours, les dix-sept réponses livrées étant des thèses en sciences économiques et non en droit.

(22) Sur l'intérêt porté par le Premier président G. Canivet à l'analyse économique du droit, V. notamment, R. Encinas de Munagorri, *L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation*, RTDciv., 2006, p. 505 et s. et les références citées.

(23) Qui propose aux étudiants un Master 2 Recherche "Analyse économique des institutions option règles institutionnelles, option institutions et développement, option analyse économique de l'entreprise" et qui organise des séminaires sur les thèmes suivants : "analyse des institutions, analyse économique des décisions publiques, analyse économique du droit, théorie autrichienne et perspectives" (*Guide Lamy*, 2008, 16ème éd., p. 236).

(24) A l'encontre de l'idée d'une concurrence normative des droits à l'échelle européenne, V. : A. Raynouard, *La concurrence normative dans l'Union européenne*, in *Libre droit*, Mélanges en l'honneur de Ph. le Tourneau, Dalloz- Sirey, 2008, p. 903 et s..

(25) V. *infra*.

(26) Sur le rôle du prestige comme "facteur de circulation des modèles juridiques", cf. les stimulantes observations de H. Muir Watt, *Propos liminaires sur le prestige du modèle américain*, in *L'américanisation du droit*, ADP, Dalloz, 2001, p. 29 et s..

(27) Soutenant la thèse, ensuite très critiquée, selon laquelle toute la *Common Law* reposerait sur une logique implicite d'efficacité économique : R. Posner, *Economic Analysis of law*, *op. cit.*, p. 249 et s..

(28) Sur les liens entre le programme *Doing Business* et les travaux de certains universitaires américains regroupés sous les initiales LLSV par référence à celles de certains de ces auteurs, cf. : *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Association H. Capitant, vol. 1, Société de législation comparée, 2006, n° 7 et s., p. 14 et s. ; *Des indicateurs pour mesurer le droit*

? *Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, sous la dir. de B. Du Marais, La Documentation française, 2006, p. 21 et s..

(29) Pour la version française du rapport pour 2008 : [http://francais.doingbusiness.org/documents/fullreport/2008/DB\\_08\\_Full\\_Report\\_French.pdf](http://francais.doingbusiness.org/documents/fullreport/2008/DB_08_Full_Report_French.pdf)

(30) V. : *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, op. cit. ; Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business, op. cit. ; Mesurer l'efficacité économique du droit*, sous la direction de G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein, LGDJ, Coll. Droit et économie, 2005.

(31) V. *infra*.

(32) V. cependant : H. Muir Watt,