

Napoléon contre la croissance ?

À propos de droit, d'économie et d'histoire

Le droit français serait-il, par opposition à la *common law* britannique, un obstacle à la croissance ? Des économistes réputés, les grandes institutions internationales et de nombreux dirigeants politiques en semblent convaincus. L'historienne Claire Lemerrier discute la validité de tels jugements et montre que la notion de « tradition juridique » n'a guère de sens. Un débat important pour les sciences sociales et l'action politique.

Singapour, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis sur le podium ; la France 31^{ème}, assez loin derrière la Thaïlande, l'Estonie et l'Arabie saoudite ; fermant la marche, la République centrafricaine et la République démocratique du Congo. Il ne s'agit ni du nombre de médailles olympiques ni du palmarès des universités, mais du classement selon la « facilité de faire des affaires » de *Doing Business*, élaboré par un groupe d'experts aux brillants parcours universitaires, sous l'égide de la Banque mondiale, et qui se donne comme « une sorte de test de cholestérol pour l'environnement réglementaire des entreprises »¹. Cet indice agrège des notes données selon dix critères, comme la facilité d'obtenir un permis de construire, un prêt, de fermer une entreprise, la « protection des investisseurs » ou l'« exécution des contrats ».

La dernière édition de ce classement est antérieure à l'extension de la crise et aux discussions sur la manière de « réguler le système financier mondial », pour reprendre une formule souvent utilisée. Mais elle témoigne de la même attention portée à l'encadrement juridique des marchés (le contenu des normes et les instances et sanctions prévues pour les faire respecter) comme forme d'intervention publique dans l'économie. On ne voit plus

¹ « A kind of cholesterol test for the regulatory environment for domestic business » : http://www.doingbusiness.org/documents/DB09_About.pdf.

seulement dans « l'intervention de l'État » les traditionnelles politique monétaire et politique budgétaire : la « régulation » inclut aussi, par exemple, le Code du travail, les lois sur les faillites, la célérité ou la sévérité des tribunaux lorsqu'ils traitent de conflits entre entreprises ou entre entreprises, salariés, consommateurs et pouvoirs publics. Depuis quelques décennies, les économistes se sont ainsi de plus en plus intéressés aux institutions, au sens large, et plus particulièrement aux effets du droit sur l'économie, avec le courant – ou la sous-discipline – appelé *law and economics* [Kirat, 1999].

Parallèlement est apparu, dans le contexte de la mondialisation et des réformes structurelles dans les pays de l'ancien bloc de l'Est, ou encore en Asie après la crise de 1997, un véritable marché mondial du droit [Dezalay et Garth, 2002 ; Deffains, 2005 ; Halliday et Carruthers, 2007] – d'où la demande de classements et *benchmarks* à laquelle répond, entre autres, *Doing Business* : « Le droit et l'organisation judiciaire des États sont devenus des facteurs de compétitivité des entreprises »². Banque mondiale, FMI et autres organisations internationales, publiques ou privées, incluent des recommandations en matière de réformes du droit dans leurs prescriptions ; bien des pays en développement ou en transition démocratique ont fait ou « font leur marché » (on parle en anglais de *law shopping*) dans le droit commercial étranger. Les grandes entreprises prennent en compte le droit, parmi d'autres facteurs, pour implanter leurs sièges sociaux ou leurs usines délocalisées ; quand elles recourent à l'arbitrage international pour leurs différends (entre elles ou avec les États), elles peuvent également choisir suivant le droit de quel pays elles seront jugées.

Sur ce « marché », le droit français n'est pas toujours bien placé, ou en tout cas bien classé. Même si l'on parle de lois et de tribunaux plutôt que d'impôts, de protections douanières ou d'inspecteurs tatillons, on retrouve le sempiternel cliché de la flexibilité anglo-saxonne opposée à la rigidité interventionniste française – avec les recommandations de réformes qui en découlent. Il est même renforcé par des travaux d'économistes reconnus, aux fondations empiriques apparemment solides, travaux dont s'est inspirée la méthodologie de *Doing Business*. C'est de ces travaux que je discuterai ici. On les désigne parfois comme l'étude des *legal origins* ou *traditions* (traditions juridiques, pourrait-on imparfaitement traduire), mais les économistes en parlent plus souvent en évoquant « LLSV » : les initiales des noms des auteurs de « Law and Finance » [La Porta, Lopez-de-Silanes, Schleifer et

² Citation de Perrette Rey, présidente du tribunal de commerce de Paris, ouvrant en 2007 les célébrations du bicentenaire du Code de commerce.

Vishny, 1998], un de leurs articles fondateurs et certainement le plus discuté (il a déjà été cité quelques milliers de fois dans d'autres publications, si l'on en croit Google Scholar).

Mon propos ne sera pas de défendre un modèle français, de Code ou de tribunaux de commerce notamment, dans la compétition mondiale – comme le font diverses institutions, par patriotisme, conviction juridique ou intérêt direct³. Je ne me lancerai pas non plus dans une contestation de principe de l'avantage de la flexibilité par rapport à la rigidité, ou un rappel général des avantages politiques et sociaux de l'intervention de l'État. C'est comme historienne que je souhaite présenter un débat dont les enjeux touchent, de façon inséparable, les sciences sociales et l'action politique. La discussion critique des propositions de LLSV a déjà stimulé de très intéressantes recherches qui, qu'elles soient menées ou non par des historiens, ont souvent mobilisé des données sur le passé. En effet, les clichés sur les modèles français et anglo-saxon sont fondamentalement statiques. Se pencher sur l'histoire oblige à abandonner des explications trop simples par les cultures nationales, à se demander ce qui fait que les lois changent et, de fil en aiguille, à réintroduire les dimensions du pouvoir, de l'inégalité et des choix politiques de valeurs, gommées par des classements sur une échelle unique d'« efficacité économique ».

Les traditions juridiques : *common law* contre *civil law*

Comment LLSV aboutissent-ils à une énième condamnation de la rigidité française ? Ils partent, dans leur article fondateur, de prémisses assez consensuelles en économie du droit. La croissance économique serait largement influencée par l'état du système financier – on ne peut guère en douter actuellement –, lui-même en partie dépendant de facteurs juridiques, qui déterminent par exemple les chances qu'a un créancier de récupérer un jour son argent, ou le risque pour un investisseur étranger de se faire exproprier. Pour mesurer ces facteurs juridiques, LLSV contruisent des indicateurs (et des palmarès), par exemple de protection des créanciers en cas de faillite ou de longueur des procédures judiciaires, à partir de critères élémentaires additionnés⁴.

³ Il existe ainsi une « Fondation pour le droit continental » dont c'est le but explicite : voir <http://www.fondation-droitcontinental.org>. Plus nuancés, les débats organisés pour le bicentenaire du Code de commerce français allaient pour partie dans le même sens : <http://www.bicentenaireducodedecommerce.org/videos.html>

⁴ Ils ont conduit de vraies enquêtes empiriques sur les lois et les procédures contemporaines et ont l'élégance de laisser leurs données à disposition en ligne : voir <http://www.economics.harvard.edu/faculty/shleifer/paper>

Mais, pour des économètres, intégrer directement de tels facteurs juridiques comme explications possibles dans un modèle prédisant la croissance (ou la taille du marché financier) d'un pays pose un problème : en effet, on peut penser que le contenu de ces règles est au moins autant la conséquence que la cause de l'état de l'économie du pays. Le problème, d'apparence technique (celui de l'« endogénéité »), renvoie à des questions de fond : faut-il un certain niveau de croissance pour que l'on pense à faire une loi pour protéger les créanciers, par exemple, ou faut-il une telle loi pour que la croissance commence ? On voit déjà que prendre en compte des données historiques permettrait de se faire une idée sur la chronologie de ces changements ; mais LLSV travaillent sur des données en coupe, sur le présent, et n'envisagent pas une telle solution.

Pour rendre possible le traitement du droit comme une variable totalement exogène par rapport à l'économie, ils se sont en revanche saisis d'un concept emprunté aux juristes, celui de familles de droit. Ils parlent ainsi de droits d'origine anglaise, française, germanique ou scandinave, en général « exportés » par la conquête militaire ou la colonisation, donc sans possibilité de choix pour le pays qui en hérite, et en tout cas pour ses entreprises. Leurs résultats mettent surtout en avant les contrastes entre origine anglaise (*common law*) et française (*civil law*). La première serait plus souple (le juge ayant plus de marge d'interprétation, la création de droit serait plus décentralisée) et plus efficace, avec en particulier des procédures plus courtes et – ces éléments étant appréciés à partir de sondages d'opinion – des juges moins corrompus et plus fiables. Les actionnaires et les créanciers, en particulier, seraient aussi mieux protégés dans les pays de *common law* ; et tous ces écarts entre traditions juridiques vaudraient même à niveau de développement égal (entre pays européens comme entre les plus pauvres des pays africains, par exemple). De plus, même si les origines romaines de la *civil law* sont évoquées, elle est clairement identifiée par LLSV à une France napoléonienne agressive et jacobine, où la loi est élaborée de façon centralisée et appliquée sans souplesse. Ce poids de l'Empereur dans l'imaginaire historique de certains économistes ne surprendra pas, du reste, les lecteurs réguliers de *La Vie des idées* [Delalande, 2008].

Une autre histoire

Une journée ordinaire au tribunal, le 7 février 1806 : plus de 300 commerçants présentent des billets à ordre impayés – ce qui se rapprocherait d'un chèque sans provision d'aujourd'hui. Quand les mauvais payeurs sont là ou se sont faits représenter (plus de quatre-

vingts cas), le tribunal leur accorde soit un délai supplémentaire de vingt-cinq jours, soit la possibilité de rembourser en plusieurs fois. Cela se passe au tribunal de commerce de Paris, sous Napoléon : il semble bien peu protéger les créanciers, comme LLSV le reprochent au droit français. Mais *quid* du manque de souplesse et de l'étranglement des juges par la loi, lorsque ceux-ci appliquent si libéralement les délais de grâce laissés à leur appréciation ?

Changeons de décennie, et d'échelle d'opérations : le 15 novembre 1843, dans une affaire impliquant un agent de change, le même tribunal mêle à des références à la loi et à un arrêt de la Cour de cassation l'idée que l'agent de change était obligé, de bonne foi, de réaliser des marchés à terme (pourtant alors interdits), et affirme dans ses attendus « que l'influence salubre de ces opérations a été consacrée par l'expérience du passé ; que les annuler n'aurait d'autre but que d'entraver les transactions commerciales et de fournir aux gens de mauvaise foi ou à leurs ayant cause, l'occasion de s'affranchir de leurs engagements lorsqu'ils sont onéreux »⁵. Cette fois, c'est le respect du contrat qui prime pour les juges, même quand ce contrat contredit une loi.

Des exemples similaires ne sont pas difficiles à trouver. Alain Cottureau [2006] est allé jusqu'à parler d'établissement d'une sorte de *common law* du travail en France, avant 1860, par les conseils de prud'hommes – pourtant eux aussi créés par Napoléon. Pendant cette période, les rares lois françaises traitant spécifiquement du travail, comme celle de 1851 sur l'apprentissage, s'inspirent directement de la jurisprudence prud'homale et lui laissent une importante marge de manœuvre [Lemercier, 2007]. Dans un domaine plus proche des centres d'intérêt de LLSV, Naomi Lamoreaux et Jean-Laurent Rosenthal [2005] ont montré que le « menu » offert aux créateurs de sociétés commerciales en termes de formes d'organisation possibles était bien plus ouvert en France qu'aux États-Unis au milieu du XIX^e siècle – et que les lois sur cette question n'étaient pas plus faciles à modifier outre-Atlantique.

Tout cela ne fait pas, en soi, une réfutation – en particulier des résultats contemporains de LLSV sur les pays en voie de développement. Mais cela pointe d'importantes failles dans leur raisonnement, que les terrains historiques permettent de mieux percevoir, et qui devraient

⁵ Archives départementales de Paris, D2U3 1619 et D2U3 2074, n° 36.

conduire à envisager autrement la place du droit dans l'action économique⁶. Elles concernent l'idée même de « tradition juridique » conçue comme immuable, la mesure de « l'efficacité économique » du droit et la prise en compte de l'ensemble des choix ouverts aux acteurs économiques.

La tradition, le législateur et l'entrepreneur

Un premier élément crucial, d'ailleurs évoqué en passant par LLSV, qu'on sent gênés aux entournures par la convergence des systèmes juridiques au sein de l'Union européenne, est qu'il ne suffit pas d'appeler quelque chose « tradition » pour garantir son caractère exogène. Même les traditions ont une date de naissance, connaissent des évolutions, divergent ou s'hybrident. On n'a pas attendu *Doing Business* et son palmarès des pays ayant réalisé le plus grand nombre de réformes en 2007-2008 (en tête, l'Azerbaïdjan) pour changer les lois en fonction de diverses recommandations, et parfois les changer à tel point que parler de « traditions » n'a plus guère de sens.

« Le passé » n'est pas un bloc indifférencié qui pèserait de tout son poids sur le présent : cette évidence est trop souvent méconnue par les approches économiques dites « de très long terme » [Colliard, 2007]. Les structures immunes à toute modification de la part des individus sur qui elles pèsent ne sont qu'un rêve d'économètre. Et pourtant le droit, depuis qu'il intéresse les économistes, a souvent été décrit comme un cadre totalement extérieur et contraignant. Or, si l'on se penche une seconde sur le droit « français », par exemple, on découvre non seulement que Napoléon n'en est pas responsable en bloc, du Moyen Âge à nos jours, mais encore que les grands codes, dont le Code de commerce de 1807 (d'ailleurs rapidement « décodifié » par diverses lois dès le XIX^e siècle), ont fait l'objet, lors de leur élaboration, de larges débats, entre parlementaires, juristes, mais aussi groupes d'intérêts, dont beaucoup d'entrepreneurs.

« Le poids de l'histoire » ne peut donc pas être étudié comme une simple variable indépendante dans des régressions fondées sur des données contemporaines. Or, dès que des économistes prennent la peine d'aller consulter la lettre des lois pour plusieurs dates du passé, ils s'aperçoivent d'une part que les « traditions » française et anglaise ont souvent été à front

⁶ Le détour par l'histoire n'est pas le seul moyen d'aborder cette question, particulièrement prise en compte, en France, par le laboratoire IDHE, où elle a récemment fait l'objet d'un colloque international : <http://calenda.revues.org/nouvelle10904.html>

renversé par rapport à la situation actuelle, d'autre part que la variété dans le temps est, globalement, beaucoup plus importante que les écarts entre traditions. C'est ce que soulignent en particulier les travaux de Jérôme Sgard [2006] et d'Aldo Musacchio [2008] sur les droits des créanciers. En suivant un cas sur quelques décennies, puis en comparant plusieurs pays vers 1910, le second souligne que la forte et constante protection des créanciers au Brésil à la Belle Époque n'a pas immédiatement provoqué d'essor des marchés financiers, ni n'a empêché leur crise quand les conditions macro-économiques ont changé ; les États-Unis, eux, par exemple, n'offraient alors qu'une protection minimale. En reprenant les critères mêmes de LLSV, Sgard montre, lui, que tous les pays qu'il étudie, sauf l'Angleterre, protégeaient très fortement les créanciers au XIX^e siècle, puis ont progressivement réduit ces protections.

Les lois font l'objet de débats, et ceux-ci ne sont pas strictement nationaux : la tentation de chercher ailleurs des modèles plus « efficaces » ne date pas d'aujourd'hui, pas plus que la demande, de la part des hommes d'affaires, d'une harmonisation internationale du droit qui les régit. De nos jours, l'articulation est sans doute plus complexe que jamais entre évolutions des lois nationales et des normes internationales [Halliday et Carruthers, 2007]. Mais il y a déjà eu dans le passé des périodes de convergence sous l'effet d'évolutions économiques – mais aussi idéologiques – générales, qui venaient contrarier le poids des « traditions » [Nelken, 2004].

Ainsi, si Napoléon a été critiqué par des hommes d'affaires de son époque, c'est en réalité parce qu'il croyait, comme la plupart des autres dirigeants politiques d'alors, que les lois sur les faillites devaient être particulièrement dures envers les débiteurs. Au cours du XIX^e siècle, au fil des crises, l'image du failli non pas malhonnête, ni même incompetent, mais seulement victime des circonstances s'est de plus en plus imposée, d'où des lois moins unilatéralement favorables aux créanciers. C'est seulement au XX^e siècle que des considérations d'emploi sont entrées en ligne de compte dans bien des pays, favorisant les formes de poursuite d'activités des faillis que regrettent LLSV du point de vue du droit des créanciers. Nulle continuité donc entre la France de Napoléon et un « droit français » qui serait trop indulgent envers les faillis.

Un droit efficace... pour qui ?

La question des faillites, et plus largement des dettes, souligne également qu'il est délicat de décréter *a priori* que telle ou telle règle de droit est meilleure que telle autre « pour l'économie ». Rares sont en fait les débats où les entrepreneurs (ou même les entrepreneurs

« les plus dynamiques ») font front contre des législateurs étatistes ou défendant les seuls ouvriers. Bien plus souvent, l'étude de la préparation des lois souligne l'opposition entre groupes d'intérêts, voire entre théories économiques différentes. Ainsi, au XIX^e siècle, des questions comme les marchés à terme ou la procédure d'autorisation des sociétés anonymes ont longtemps divisé la Chambre de commerce de Paris elle-même, qui ne représentait pourtant qu'une petite fraction (dominante) des entrepreneurs [Lemerrier, 2003].

En effet, ce qui est efficace pour une entreprise, en fonction de sa position du moment (créancière ou débitrice, par exemple), de sa taille ou de son secteur d'activité, ne le sera pas pour toutes les autres. De façon agrégée, tel ou tel point de droit a donc bien plus de chances d'avantager une partie des acteurs économiques par rapport aux autres que d'avoir des effets bénéfiques dans l'absolu : s'il y a sans doute des équilibres meilleurs que d'autres pour l'intérêt général, il est difficile de les identifier si on ne reconnaît pas dès le départ que chaque choix juridique fait à la fois des heureux et des malheureux. Or LLSV, en fixant leurs critères, considèrent à chaque fois ce problème comme résolu : la protection des créanciers doit être maximale, les délais de jugement minimaux, etc. Ce faisant, ils ignorent d'une part les phénomènes d'inégalités et de pouvoir (comme lorsqu'ils oublient les rapports de force dans l'élaboration des lois), d'autre part l'évolution historique des jugements sur ce qui est bon pour l'économie (manifeste dans le cas des lois sur les faillites) – en bref, ils reproduisent des défauts que les sociologues du droit ont maintes fois reprochés aux économistes du droit [Edelman, 2004].

Heureusement, il est possible, tout en restant économiste, d'affiner mesures et modèles pour prendre en compte cette complexité de la notion d'efficacité. Ainsi, c'est en confrontant de nombreux indicateurs comme, dans le cas des lois sur les faillites, l'évolution du nombre de faillites et de sa variabilité annuelle, leur poids dans le PIB, la durée et le coût des procédures, ou encore la part des dettes recouvrées par chaque type de créancier, que l'on peut avancer des conclusions globales sur l'efficacité économique de chaque système national [Di Martino, 2008]. Au niveau micro, les préférences des entreprises et des créanciers entre les procédures de faillite disponibles dépendent beaucoup des particularités de leur situation [Hautcoeur et Levratto, à paraître]. Au niveau macro, le législateur qui choisit de faire respecter une version rigide des droits des créanciers prend le risque de ralentir la redistribution des capitaux, voire de provoquer des faillites en chaîne, ou encore d'inciter les commerçants à s'arranger entre eux en contournant la procédure – sans même parler du fait qu'il doit en réalité choisir quel

type de créanciers faire passer avant les autres et parfois, comme aujourd'hui, décider d'empêcher purement et simplement les faillites dans certains secteurs...

À qui profite l'« informel » ?

Les différences de préférences entre acteurs ont aussi été explorées, en termes de théorie des jeux, par plusieurs auteurs [Casella, 1996 ; Mattli, 2001] qui se sont intéressés à l'arbitrage, en forte expansion ces dernières années dans le domaine des conflits commerciaux internationaux. Contrairement à ce qu'affirment le plus souvent ses thuriféraires comme ses détracteurs, l'arbitrage n'est pas forcément « informel »⁷. En effet, on peut décider qu'il se pliera à telle ou telle loi nationale ou à un code international : les arbitres n'en font pas qu'à leur tête, surtout lorsque l'arbitrage a lieu dans le cadre d'une institution spécialisée dans ce domaine, comme la Chambre de commerce internationale. En outre, il faut généralement l'appui de la force publique d'un État pour faire appliquer la décision. L'arbitrage n'est pas non plus toujours rapide ou peu coûteux. En revanche, il peut s'avérer avantageux pour certains acteurs, dans certaines circonstances : c'est en particulier le cas pour les conflits internationaux plutôt que nationaux, mais bien d'autres facteurs (comme la durée de la relation entre partenaires commerciaux, ou le moment dans cette relation) peuvent entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de trancher entre arbitrage *ad hoc*, arbitrage institutionnalisé et procès « classique » en fonction de critères comme la spécialisation du juge, le coût du jugement et la probabilité que celui-ci soit exécuté.

Même hors du cadre de l'arbitrage, des critères d'« efficacité » de la justice apparemment simples, comme les délais et plus globalement la simplicité des procédures, peuvent en fait être discutés : tous les acteurs économiques préfèrent-ils toujours une justice informelle et expéditive ? L'équipe LLSV [Djankov *et al.*, 2003] construit ainsi un indicateur de complexité procédurale (défavorable aux pays de *civil law*) sur la base d'un idéal-type de la justice « entre voisins » (*neighbor model*), une sorte de médiation hyper-informelle, qui n'est définie qu'en creux, mais dont on apprend qu'elle se serait mieux préservée en Angleterre qu'en France, depuis le Moyen Âge, parce que la société anglaise était plus pacifiée... Postuler que cette solution « entre voisins » serait forcément préférable « pour l'économie » méconnaît

⁷ En juillet 2008, on a vu de beaux exemples d'incompréhension autour de l'arbitrage rendu dans l'affaire Tapie-Crédit lyonnais. Le texte de l'arbitrage est en ligne, ce qui permet de constater qu'il ne s'agit pas d'un avis de voisin donné sous un chêne : <http://fr.calameo.com/books/000000009c8e3b3477360>. Les auditions devant la commission des Finances de l'Assemblée nationale [http://www.assemblee-nationale.fr/commissions/cfin_actualite.asp] permettent de mieux comprendre les stratégies qui ont abouti au choix de l'arbitrage dans une affaire nationale et impliquant l'État.

des décennies de débats sur les procédures judiciaires et les formes alternatives de règlement des conflits. Ceux-ci ont souvent conclu que les formes les moins procédurières de justice (comme la justice de paix) ne pouvaient bien fonctionner que dans des sociétés très hiérarchiques, où l'autorité sociale n'était guère contestée ; c'est d'ailleurs pour cette raison qu'après avoir observé de près les systèmes danois et français de ce type, les Américains renoncèrent à les adopter au XIX^e siècle [Kessler, 2009]. Le recours aux avocats, interdit, possible ou obligatoire, donne un autre bon exemple de ce type de dilemmes. En France, il était interdit devant les prud'hommes au XIX^e siècle, ce qui participait à en faire une justice très accessible du point de vue du coût ; mais le recours à des avocats peut également contribuer à égaliser les compétences juridiques des parties, donc à protéger la plus faible (par exemple des PME dans des conflits commerciaux).

En fait, comme on peut décrire les attentes des entrepreneurs vis-à-vis de l'État en général en termes de tension permanente entre demandes de liberté et de protection [Hirsch, 1991], on retrouve, dans le domaine du droit et des tribunaux, une recherche d'équilibre entre vitesse et informalité d'un côté, égalité entre parties et impartialité de l'autre ; ou encore entre flexibilité et adaptation des juges aux particularités du conflit d'un côté, prévisibilité, stabilité, possibilités d'information sur le cadre juridique de l'autre (ce sont ainsi des associations de marchands anglais qui ont demandé et obtenu, à la fin du XIX^e siècle, que la jurisprudence commerciale soit mise à plat dans de grandes lois). Tous les acteurs sont partagés, mais les ressources et positions de certains – dont les législateurs – font pencher leurs choix dans un sens qui est rarement, de façon univoque, bon ou mauvais pour l'économie en général.

Prendre en compte les usages du droit

Il est donc difficile de qualifier une tradition juridique dans son ensemble de bonne ou mauvaise pour l'économie, non seulement parce que toute mesure peut être nuancée, mais aussi pour des raisons plus fondamentales. D'une part, il n'existe pas de traditions immuables et exogènes ; d'autre part, chaque système juridique ne représente qu'un arbitrage entre différentes versions de ce qui est bon pour l'économie, versions qui n'opposent pas de façon simple « les entrepreneurs » aux « législateurs ». Si ce constat ne plaide pas pour un usage généralisé des indicateurs de LLSV, il ne doit pas être pour autant vu comme un simple « tout est plus complexe ». Au contraire, il ouvre déjà sur de nouvelles recherches, susceptibles à leur tour d'avoir des implications en politique économique : d'une part sur ce qui fait que les lois, voire les traditions changent (études sur le *lobbying*, les « transplantations juridiques »,

etc.), d'autre part sur les préférences et les stratégies des acteurs économiques en matière de droit.

Du côté de l'histoire, le premier point renvoie à un courant de recherches déjà bien vivace depuis les années 1990. En se centrant plutôt sur l'administration économique ou les lois douanières, nombre d'études ont démontré que la caractérisation de deux modèles de politique économique opposés, l'un rigide et l'autre flexible, relevait de la caricature [par exemple Nye, 1991 ; Minard, 1998 ; Moullier, 2005]. Elles ont aussi travaillé sur l'origine de ces mythes, en particulier sur la France (colbertisme) et l'Angleterre (libre-échangeisme), déjà répandus aux XVIII^e et XIX^e siècle, et sur la réalité des circulations entre les deux pays.

En revanche, les historiens ont plus encore tardé que les économistes à prendre en compte le droit des contrats et l'activité des tribunaux. La matière est certes technique, et les archives, quand elles sont conservées, sont si massives qu'il est facile de s'y noyer ; mais les dizaines de milliers d'affaires par an traitées par les prud'hommes ou les tribunaux de commerce témoignent aussi du fait que les entrepreneurs, petits ou grands, y étaient souvent confrontés. D'où l'importance, à la fois pour mieux faire de l'histoire et pour ne pas laisser des auteurs comme LLSV réifier le passé sous forme de « traditions légales », de se demander ce que les différents acteurs économiques pouvaient attendre et espérer des tribunaux, de quelles « ressources juridiques » ils pouvaient user pour créer une entreprise ou conclure un contrat, à différents moments du passé et dans différents pays. Les recherches de ce type, en France, n'en sont qu'à leur début [Stanziani, 2007].

Dans le même temps, le caractère relativement massif du recours aux tribunaux ne doit pas faire oublier que tout conflit (économique) ne se transforme pas forcément en litige (devant un tribunal, ou même un arbitre). Les effets « du droit sur l'économie » ne sont pas les mêmes dans des contextes où tous ont des avocats et en usent et dans ceux où des modes d'action plus « informels » dominant : c'est seulement en essayant de reconstituer l'ensemble des solutions possibles pour les acteurs – possibles en fonction non seulement de l'état du droit, mais de la connaissance qu'ils en ont et de leurs ressources – que l'on peut envisager de réellement conclure sur cette question. La sociologie offre ici des outils utiles, trop méconnus par les historiens comme par les économistes, comme la notion de « conscience du droit » [Pélisse, 2005].

Cet espace des possibles juridiques qui s'offre aux acteurs est en général complexe : il ne se limite pas à l'opposition « droit français ou anglo-saxon » (dans un conflit international) ou au choix entre « violence, négociation informelle, arbitrage ou tribunal ». Au sein même du droit français, par exemple, les procédures sont très différentes selon qu'il s'agit de droit pénal, civil, administratif, commercial ou du travail. C'est même pour cela que l'idée de « dépenaliser le droit des affaires » a été si débattue depuis 2007, certains parlant de « triples » ou « quadruples peines » quand plusieurs juridictions étaient saisies sur une même affaire, tandis que d'autres affirmaient que le recours au pénal était parfois surtout motivé par le faible coût de cette justice. La volonté de dépenaliser était également liée aux effets symboliques, en particulier médiatiques, du pénal, au moins autant qu'au type de peines encourues. Le fait que les juges du commerce soient des dirigeants d'entreprises et non des juristes de formation a également été évoqué, que l'on craigne ou souhaite de leur part une plus grande indulgence pour leurs pairs.

Finalement, alors que la ministre Rachida Dati invoquait « l'attractivité économique de la France » et un handicap à « l'esprit d'entreprise » pour demander un rapport sur la question, celui-ci, œuvre de juristes et de représentants d'entreprises, est bien plus nuancé [Coulon, 2008]. Il met en évidence l'imbrication du droit français et des prescriptions européennes et internationales, ainsi que la sévérité des droits de bien d'autres pays, et rappelle le poids d'impératifs comme la « protection du faible contre le fort ». À la critique globale du gouvernement sur le système français, il répond par un examen précis des procédures et de leurs effets possibles sur l'économie.

Ainsi les chercheurs, étudiant le passé ou le présent, comme les gouvernants, devraient-ils se garder de jugements fondés uniquement sur la lettre des lois – ou sur des clichés généraux quant aux cultures nationales – et focalisés sur des critères trop simples. Essayer de comprendre quels types d'acteurs économiques chaque norme peut favoriser, donc de reconstituer les marges de manœuvre réelles de ces acteurs, selon l'état du droit, mais aussi leur niveau de formation ou d'information juridique, les moyens de la justice, les caractéristiques sociales des juges et des avocats, la disponibilité de formes alternatives de règlement des conflits, etc. : ce programme de recherche, déjà engagé dans certaines des études évoquées ici, peut fédérer utilement les forces de l'économie, de la sociologie, du droit et de l'histoire. Sans demander aux acteurs politiques de s'y intéresser, car il ne produira jamais de palmarès aussi attrayants que celui de LLSV, on pourrait simplement souhaiter

qu'ils en retiennent qu'il n'est guère utile de tout miser sur un seul critère, de réformer pour améliorer un seul indicateur (comme le permet le « simulateur de réformes » du site *Doing Business*) ou de courir après les modèles « taille unique » de droit proposés par les institutions internationales [Halliday, 2004] – ne serait-ce que parce que les demandes des entrepreneurs elles-mêmes ne vont jamais unilatéralement vers l'informalité, la rapidité, la flexibilité ou la protection⁸.

Références bibliographiques

- Alessandra Casella, « On market integration and the development of institutions. The case of international commercial arbitration », *European Economic Review*, 40, 1996, p. 155-186 (disponible dans ScienceDirect).
- Jean-Édouard Colliard, « Problème de croissance ou problème de lama ? Sur quelques théories bizarres de la croissance de très long terme », blog *Mafeco*, 17 et 18 octobre 2007, <http://www.mafeco.fr/?q=node/17> et <http://www.mafeco.fr/?q=node/18>
- Alain Cottereau, « Sens du juste et usages du droit du travail : une évolution contrastée entre la France et la Grande-Bretagne au XIX^e siècle », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 33, 2006, p. 95-115, <http://rh19.revues.org/document1148.html>
- Jean-Marie Coulon (dir.), *La Dépenalisation de la vie des affaires, rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Paris, La Documentation française, janvier 2008, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000090/0000.pdf>
- Bruno Deffains, « Introduction. Le droit comme facteur de développement économique », *Mondes en développement*, 129, 2005, p. 7-11, <http://www.cairn.info/revue-mondes-en-developpement-2005-1-page-7.htm>
- Nicolas Delalande, « Une histoire de la confiance est-elle possible ? », *La Vie des idées*, 24 juin 2008, <http://www.laviedesidees.fr/Une-histoire-de-la-confiance-est.html>
- Yves Dezalay, Bryant Garth (dir.), *Global Prescriptions: The Production, Exportation and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2002.
- Paolo Di Martino, « Dealing with failure. Bankruptcy and insolvency in the English experience (1890-1939) », *Histoire & Mesure*, XXIII-1, 2008, p. 137-165, <http://histoiremesure.revues.org/document3083.html>
- Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, « Courts », *The Quarterly Journal of Economics*, mai 2003, p. 453-517, <http://www.economics.harvard.edu/faculty/shleifer/files/courts.pdf>
- Lauren B. Edelman, « Rivers of law and contested terrain: a law and society approach to economic rationality », *Law & Society Review*, vol. 38, n° 2, 2004, p. 181-197 (disponible dans Jstor).
- Terrence C. Halliday, « Crossing oceans, spanning continents: exporting Edelman to global lawmaking and market-building », *Law & Society Review*, vol. 38, n° 2, 2004, p. 213-220 (disponible dans Jstor).
- Terrence C. Halliday, Bruce G. Carruthers, « The recursivity of law: global norm making and national lawmaking in the globalization of corporate insolvency regimes », *American Journal of Sociology*, vol. 112, n° 4, janvier 2007, p. 1135-1202, <http://www.americanbarfoundation.org/publications/79>
- Pierre-Cyrille Hautcoeur, Nadine Levratto, « Bankruptcy law and practice in nineteenth-century France », à paraître dans *Insolvency and Bankruptcy Laws. Issues and Perspectives*, Amicus Books, http://www.pse.ens.fr/hautcoeur/Hautcoeur-Levratto_Prasad.pdf

⁸ Je remercie Nicolas Delalande, Liora Israel, Hélène Lemesle et Sylvain Salagnac pour leurs remarques sur une version antérieure de ce texte.

- Jean-Pierre Hirsch, *Les Deux Rêves du commerce. Entreprise et institution dans la région lilloise (1780-1860)*, Paris, Éditions de l'EHESS, 1991.
- Amalia D. Kessler, « Deciding against conciliation: the nineteenth-century rejection of a European transplant and the rise of a distinctively American ideal of adversarial adjudication », *Theoretical Inquiries in Law*, à paraître en juillet 2009, <http://ssrn.com/abstract=1229249>
- Thierry Kirat, *Économie du droit*, Paris, La Découverte, « Repères », 1999.
- Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andre Schleifer, Robert W. Vishny, « Law and finance », *Journal of Political Economy*, 106-6, décembre 1998, p. 1113-1155, http://www.economics.harvard.edu/faculty/shleifer/files/law_finance.pdf
- Naomi R. Lamoreaux, Jean-Laurent Rosenthal, « Legal regime and contractual flexibility: a comparison of business organizational choices in France and the United States during the era of industrialization », *American Law and Economics Review*, 7, printemps 2005, p. 28-61, <http://www.econ.ucla.edu/people/papers/Rosenthal/Rosenthal309.pdf>
- Claire Lemerrier, *Un si discret pouvoir. Aux origines de la chambre de commerce de Paris, 1803-1853*, Paris, La Découverte, 2003.
- Claire Lemerrier, « Apprentissage », in Alessandro Stanziani (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit, XVIII^e-XX^e siècles*, Paris, LGDJ, 2007, p. 23-34, <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00325116/fr/>
- Walter Matli, « Private justice in a global economy: from litigation to arbitration », *International Organization*, 55-4, 2001, p. 919-947 (disponible dans Jstor).
- Philippe Minard, *La Fortune du colbertisme. État et industrie dans la France des Lumières*, Paris, Fayard, 1998.
- Igor Moullier, « Le ministère de l'Intérieur sous le Consulat et le Premier Empire (1799-1814). Gouverner la France après le 18 brumaire », thèse de doctorat d'histoire, université de Lille-III, 2004, <http://documents.univ-lille3.fr/files/pub/www/recherche/theses/moullier-igor/html/these.html>
- Aldo Musacchio, « Can civil law countries get good institutions? Lessons from the history of creditor rights and bond markets in Brazil », *Journal of Economic History*, 68-1, mars 2008, p. 80-108, <http://ssrn.com/abstract=1080051>
- David Nelken, « Comparing Legal Cultures », in Austin Sarat (dir.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, Blackwell, 2004, p. 113-127 (accessible aux abonnés à <http://www.blackwellreference.com>).
- John V. Nye, « The myth of free-trade Britain and fortress France: tariffs and trade in the nineteenth century », *Journal of Economic History*, 51-1, mars 1991, p. 23-46 (disponible dans Jstor) ; une version résumée pour un plus large public est disponible ici : <http://www.econlib.org/library/Columns/y2003/Nyefretrade.html>
- Jérôme Péglise, « A-t-on conscience du droit ? Autour des *legal consciousness studies* », *Genèses*, 59, 2005 p. 114-130, <http://www.cairn.info/revue-geneses-2005-2-p-114.htm>
- Jérôme Sgard, « Do legal origin matter? Bankruptcy law in Europe, 1808-1914 », *European Review of Economic History*, 10-3, décembre 2006, p. 389-419, <http://www.cepii.fr/anglaisgraph/workpap/pdf/2006/wp06-26.pdf>
- Alessandro Stanziani (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit, XVIII^e-XX^e siècles*, Paris, LGDJ, 2007, recensé par *La Vie des idées* : <http://www.laviedesidees.fr/Histoire-du-capitalisme-francais.html>

Texte paru dans laviedesidees.fr, le 21 novembre 2008

© laviedesidees.fr