

# Le système juridique français est-il un atout ou un handicap pour la compétitivité de nos entreprises et de notre territoire ?

Marie-Anne Frison-Roche

La question a été formulée en ces termes : « Le système juridique français est-il un atout ou un handicap pour la compétitivité de nos entreprises et de notre territoire ? », il convient donc de la prendre telle quelle<sup>1</sup>. D'y répondre par « oui » ou par « non ».

Cette question est pourtant si vaste et la réponse à y apporter est pourtant si difficile. Cette question a donné lieu à tant de réponses, souvent aussi vagues que péremptoires. Parce que la question est elle-même aussi ample que les réponses disponibles sont diverses et émiettées, l'on est vite tenté par l'esquive. Celle-ci est à portée. Il suffirait de répondre d'une façon amusante et caustique, la question ayant donné lieu à bien des piques, le plus souvent contre le droit français, en montrant ce qui serait sa ridicule inadéquation à bien servir les intérêts des opérateurs, ce Droit si vieux, si lent,

1. Communication présentée devant l'Académie des sciences morales et politiques le 25 septembre 2017. Cet article prend appui sur un document de travail bilingue, doté de nombreuses références et renvois par liens hypertextes, accessible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/le-systeme-juridique-francais-est-il-un-atout-ou-h/>. Il est disponible en version anglaise sous le titre : « Is the French legal system an asset or a handicap for the competitiveness of our companies and our territory ? », *Working paper*, 2018, <http://mafr.fr/en/article/le-systeme-juridique-francais-est-il-un-atout-ou-h/>

si ignorant des réalités mondialisées, ce Droit français qui ne parle que français.

Ou bien il suffirait de se noyer dans la technique juridique, paroles d'experts, la question ayant donné lieu à des rapports sur l'attractivité de la France à travers son Droit qui sont autant de reproches, flot de cette littérature à ce point ennuyeuse qu'on la nomme « grise », rapports qui succèdent aux livres unicolores, vert, puis blanc, dont les références emplissent les annexes de nouveaux rapports qui plaident pour un droit qui admettrait de se penser enfin en termes de coûts de transaction et d'incitations à l'innovation, d'un droit qui reconnaîtrait que son progrès consisterait à n'être conçu que par le corridor des notions économiques.

Ou bien, l'on pourrait dire encore que, tout étant dans tout, l'on ne pourrait pas prendre fait et cause, qu'il ne faudrait pas répondre si abruptement, qu'il conviendrait plutôt de débattre et de débattre encore, de faire preuve de mesure et d'équilibre. Il conviendrait de ne pas prendre parti, tout le monde ayant raison en ce qui le concerne, le système juridique français étant un atout en ceci, et un handicap en cela, occasion au passage de bâtir un plan en deux parties. Ainsi, même les amoureux de la forme en seraient contents. Une jolie leçon...

✓ Mais il faut préférer selon le principe de bonne foi, principe enfantin certes mais principe profitable, analyser les termes de la question, pour se donner les moyens de répondre à celle-ci, afin de le faire nettement.

Après un tel préalable d'analyse des termes de la question, il convient d'arrêter une méthode consistant pour chaque discipline à l'œuvre à ne pas prendre l'ascendant sur l'autre. Ce jugement doit être global, porter sur le Droit en tant qu'il est un système. Quand on lit les différents travaux, ils ne portent que sur tel ou tel mécanisme, au mieux sur telle ou telle branche du Droit, ce qui méconnaît le fait que le Droit français est un système. C'est pourtant bien qu'en tant qu'il est un système que le Droit français doit être saisi, l'appréhender non seulement par ses signaux forts, mais aussi par ses signaux faibles. Ceux-ci peuvent constituer les atouts

## *Le système juridique français est-il un atout...*

les plus précieux. Plus encore, il est fructueux de donner plein effet à ce terme si particulier et peu souvent valorisé qu'est le terme de « territoire », placé dans la question, terme si ancien et aujourd'hui si intrigant puisque de « nouveaux territoires » s'offrent à nous : le digital, l'Europe. Et là, le système juridique français, que peut-il apporter, portant alors ce que l'on pourrait appeler la gloire française ? Car le Droit est comme le Politique une discipline qui porte des « prétentions », par exemple celle de construire l'Europe, par exemple l'Europe digitale.

### PRÉALABLE : ANALYSER LES TERMES DE LA QUESTION

À une question, il faut répondre. Sinon, l'on reste dans une éternelle conversation. Or le « contradictoire » n'a d'intérêt que par son issue, constituée par le jugement. Dans la question posée, ce sont implicitement deux thèses qui s'opposent : celle d'un système juridique français qui serait un « handicap » et celle où il constituerait un « atout ». La question est fermée, d'autres qualifications ne sont pas proposées, et finalement plus une question est étroite et impérieuse, plus il est intéressant de se forcer à y répondre.

La voie est donc étroite : faut-il condamner le système juridique français, rejoignant tous ceux qui s'en plaignent, ou bien affirmer qu'il constitue un atout ? Avoir la force de prendre position, n'est-ce pas avant tout cela qui est demandé ? Car le caractère brutal de la question est son principal intérêt, si étranger à la politesse du vieux Droit, qui trouve toujours de l'agrément à toute chose mais pense en même temps toujours à redire, travaillant à élaborer de nouvelles réponses à des questions qui n'étaient pas posées pour améliorer les lois anciennes, apportant des nuances aux règles par les grisés de la jurisprudence. Cette question abrupte met le Droit au pied du mur et l'oblige à sortir de lui-même pour répondre à l'aune d'autres critères : les critères de l'efficacité économique.

Si, confronté à l'appréciation qui sera formulée, le Droit s'avère un « atout pour nos entreprises et nos territoires », le système juridique français aura sauvé sa tête et pourra demeurer ; si le Droit apparaît comme un « handicap », il montera à l'échafaud, c'est-à-dire être réformé au sens militaire du terme. Appréciation d'où il résultera que, si la case « handicap » est cochée, les bénéfiques en seront empochés par ceux qui pressentent ou voient déjà dans celui qui comparait, le « système juridique français », une sorte de criminel-né qui assassine nos entreprises ou/et nos territoires, ou ne leur porte pas assez assistance. Mais si la case « atout » est par préférence choisie, le jugement sera encore à l'actif de celui qui porte une telle appréciation car l'arrêt ainsi formulé plaira tant à ceux qui veulent que le droit français soit « efficace » et soit apprécié pour ce qu'il doit être : un instrument. Ainsi, l'évaluateur est constitué de fait en Législateur lui-même, le Parlement devant recopier la norme qui est la « bonne » puisqu'elle est adéquate. On le voit nettement en matière de Droit du travail ou en Droit des procédures collectives.

Car ce que révèle une telle question, ce n'est pas le choix qu'elle exprime, mais bien le postulat qu'elle impose : le Droit ne serait qu'un instrument au service d'autre chose que lui-même, ici les entreprises ou les territoires. Et cela, il ne conviendrait pas d'en discuter. C'est pourtant sans doute de ce postulat que viennent les malentendus si profonds entre le Droit et l'Économie, car cette nature simplement instrumentale, impliquant un jugement limité au seul critère de l'efficacité économique, n'est pas une chose acquise.

C'est du fait de cette nature purement et simplement instrumentale du Droit, que l'on peut concevoir mais qui n'est pas admise pour tout le monde tandis qu'elle est acquise dans la question ici posée, l'on doit donc se soumettre à l'obligation méthodologique de la reprendre à son compte, sauf à décliner l'idée même de répondre. Mais la tension entre le Droit et l'Économie continuera de sourdre dans la recherche de la réponse.

En effet, et cela suffirait à montrer que le Droit n'est pas qu'un instrument rendant la question vaine et fondant un refus de répondre, il y en aura bien qui penseront que le Droit ne peut jamais être

## *Le système juridique français est-il un atout...*

un « atout » car il serait une plaie en soi et que son efficacité optimale serait sa disparition pure et simple (et de compter les pages du Code du travail avec de grands gestes qui le condamnent dans son existence même), tandis qu'à l'autre bout du spectre d'autres penseront que le Droit est si haut que songer même à l'appréhender comme un outil efficace reviendrait à le méconnaître, et que la seule façon digne de réagir à la question serait l'envoyer au loin car, par sa seule formulation, la question déconsidérerait le Droit, ces critiques oubliant au passage que le Droit est aussi et depuis toujours un art pratique...

À lire les rapports de la Banque mondiale, *Doing Business*, l'on se doute que la première réaction est aujourd'hui plus répandue que la seconde : l'« efficacité » du Droit est le nouveau mantra. Elle résulte de l'Analyse économique du Droit, qui si elle fait parfois l'effort de changer d'objet, passant du Droit de *Common Law* au Droit de *Civil Law* ne modifie pas son principe, à savoir l'appréciation du Droit à l'aune des critères économiques et adopte l'efficacité comme principe d'évaluation, puis de construction, des normes juridiques.

Cette perspective retenue dans la question, à savoir l'efficacité comme critère d'évaluation et de réforme, sera conservée. Mais même sur ce terrain acquis, les analyses économiques qui ignorent le Droit ont tout à y perdre, or elles semblent bien revendiquer cette indifférence comme la méthode scientifique même.

Il s'agit pourtant donc d'apprécier l'aptitude à l'efficacité économique d'un objet, désigné par la question : le « système juridique français ». En cela, le sujet crédite le Droit de bien des qualités qu'on lui dénie souvent, qu'on lui reproche parfois. Le choix de la locution « système juridique » mérite en effet qu'on s'y arrête. Si l'expression de « système économique » ne heurte pas, celle de « système juridique » est aujourd'hui moins aisée et le juriste auquel on soupçonne un « esprit de système » le ressent comme un reproche, car qui dit « système » soupçonne « dogmatisme »...

Pourtant, oui, le Droit se déploie dans un « système ». Le Droit n'est pas qu'une accumulation de textes, de « réglementations », de décisions, de branches du droit entassés : le Droit du travail ici,

le Droit pénal là, le Droit des marchés financier là-bas, le Droit de la concurrence plus loin, empilements particuliers et clos qu'on pourrait apprécier sans les mettre en perspective les uns des autres, dans une méthode que le Droit international privé désigna d'une façon imagée comme celle du « saucissonnage ». Si ce n'était que cela, l'on pourrait prendre chaque règle, chaque cas, chaque jugement, prendre l'objet et dire si oui ou non, cela est efficace ou pas. Il faudrait même faire ainsi, par un vaste catalogue. Avec des bons points et des coups de bâton qui tombent.

Et justement l'on fait cela... Et si souvent. Par exemple, lorsque l'on analyse la pertinence des pouvoirs *ex post* et assez largement discrétionnaires des tribunaux en matière de dommages et intérêts pour licenciement abusif pour en déduire que cela constitue un « handicap » ; l'on adopte alors une nouvelle règle, par une loi ou un décret, en incise pour changer cela dans le système général non seulement du Droit du travail mais encore du Droit de la responsabilité et du Droit judiciaire. Ou bien on évalue que l'opacité d'une société est néfaste au processus de contrôle des flux financiers ; l'on adopte en conséquence une règle nouvelle qui institue par ailleurs un registre des bénéficiaires effectifs, qui frappe le principe même du Droit des sociétés, sans avoir conscience ni souci de toucher un principe dont on ne mesure pas les effets pratiques, alors même qu'on se réjouit par ailleurs des textes ayant tendance à être *principles-based* et non plus *rules-based*. Ou bien on évalue au contraire positivement le pouvoir de transaction dont dispose l'administration douanière ; on étend en conséquence ce mécanisme fructueux à d'autres cas puisque cela marche, sans se soucier du fait que le Droit pénal est affecté par cette contractualisation des sanctions ; pour le mesurer il faudrait avoir une connaissance de base du système complet et des interactions entre les trois branches (pénal, contrat, procès). Ou bien l'on évalue la façon dont les créanciers sont traités lorsque les entreprises sont en difficulté et l'on propose des réformes pour renforcer leurs prérogatives, ce qui se conçoit en soi mais justifie que l'on prenne en considération le droit des garanties, qui relève du Droit civil, branche dont on ne se soucie pas.

## *Le système juridique français est-il un atout...*

Ainsi, l'on prend actuellement le Droit non pas comme un « système juridique » mais point par point, l'analyse impliquant en elle-même sa réforme. Certes, si l'on a un peu de temps l'on fait un peu de *bench marking* et l'on conseille l'importation de la règle contraire à celle qui est si peu efficace en France mais qui a des effets si heureux ailleurs, sans se soucier des difficultés de « greffes » d'un système à un autre, surtout lorsque le système de départ est de *Common Law*.

D'ailleurs, n'est-ce pas ainsi que l'on fait les réformes actuelles ? Sans se soucier que l'on touche ici par injections dans une petite veine les structures fondamentales du système juridique tout entier, non par intention dolosive – car il convient de modifier ce qui est inadéquat – mais par ignorance des effets de système. Ainsi le Droit des obligations est changé par la modification du système d'indemnisation, dont les indemnités de licenciement relèvent, alors même qu'il est par ailleurs réformé dans le Droit civil. De la même façon, par une loi du 8 août 2016, le Droit de l'environnement a adopté un principe général de « non-régression » qui pourrait avoir des conséquences très importantes, alors même qu'il n'est pas connu dans les branches du Droit que l'on pourrait dire *princeps*, ce qui pourrait modifier l'ensemble du système juridique sans que l'on ait même eu conscience de ce qui a été fait dans ce Droit qui cesserait d'être « spécial ». Il est donc manifeste que l'on n'a pas de souci pour le droit en tant qu'il constitue un « système » et un « ordre ».

L'on peut certes dire que peu importe cet « ordre », se contentant de règles pulvérisées et immédiatement adéquates, prises les unes après les unes, simplement juxtaposées. Mais le Droit fonctionne en système. Même le *Common Law* est un système qui n'est pas apprécié point par point et que l'on soit en *Civil Law* ou en *Common Law*, le Droit fait bloc. Ses éléments forment un maillage que l'on pourrait dire de principes (celui du *Common Law* étant le « pragmatisme », qui est un principe comme un autre) de méthodes (celle du *stare decisis* qui fonde le mécanisme du précédent étant particulièrement contraignante), et de sensibilités.

Ceux-ci irradient l'ensemble des branches du Droit. Ils viennent du fond de l'histoire et de la géographie. Pascal l'a dit pour la géographie et il faudra s'en souvenir pour les « territoires ». Savigny l'a dit pour l'histoire : « le Droit, c'est l'esprit d'un peuple ». Il faut que le peuple s'y reconnaisse, qu'il n'en soit pas froissé, qu'il n'en soit pas glacé, qu'il n'en soit pas brûlé, qu'il ne se sente pas « étranger » dans le droit qu'on lui tisse chaque jour, dans ce qui lui est présenté pourtant comme de la simple « réglementation » ou des « normes techniques » sur les bancs de tant d'écoles, alors que Rousseau a si bien décrit l'« amour de la loi » et qu'on nous parle sans cesse du « respect du juge » qui marque les sociétés anglo-américaines. Tout le système en est imprégné. Et même si l'on est limité à la seule perspective de la compétitivité des entreprises et des territoires, c'est bien en tant que la France bénéficie d'un « système juridique », c'est bien dans cela qu'il faut chercher soit un « atout » soit un « handicap », et non pas dans telle ou telle règle.

En effet, la compétitivité vise l'aptitude d'une entité à agir dans un contexte concurrentiel où l'on peut être préféré à d'autres ou délaissé pour d'autres. Les entreprises françaises soumises de droit et de fait à la concurrence doivent être compétitives. Les « territoires », ellipse pour désigner ceux qui en ont la charge, doivent en maintenir les structures et l'organisation afin que les activités demeurent et se développent, ce que l'on appelle usuellement « l'attractivité ».

Si l'on considère que cette attractivité, objet de tant de rapports, parfois anxieux, parfois emplis d'élans de conquêtes tel Napoléon et son Code, est un souci de toutes les entités publiques et privées, alors la même pression concurrentielle s'exerce, l'attractivité pouvant se subsumer sous le phénomène plus général de compétitivité. Le Brexit est un cas d'école de cela.

Cette attractivité vise non pas « les entreprises » et « les territoires », pas même « les entreprises françaises » ou « les territoires français », mais bien « nos entreprises » et « nos territoires ». Sans doute est-ce difficile juridiquement de viser la nationalité des entreprises, surtout lorsqu'elles deviennent globales... Pourtant s'il devait y avoir ce que certains appellent un « patriotisme économique »,



## *Le système juridique français est-il un atout...*

n'est-ce pas par le Droit qu'il s'exprimerait ? Le Droit de la régulation en tant qu'il pondère la neutralité du Droit de la concurrence va dans ce sens.

Ensuite parce que les territoires sont par nature localisés, l'attractivité des territoires vise la géographie française. Mais cela n'est plus si net depuis que l'espace virtuel s'est construit, depuis qu'il est en train de dévorer l'espace matériel.

Si l'on pense que l'avenir se joue dans l'immatériel, l'immatériel de la finance, l'immatériel de la monnaie (notamment européenne, la zone euro qui pourrait être un nouveau territoire de reconstruction européenne), l'immatériel des données, de leur échange, de leur stockage, de leur constitution en métadonnées, de leur création, dans ce nouveau monde digital, alors la richesse première, c'est l'architecture immatérielle de ces nouveaux territoires. Or, cette architecture immatérielle est produite non pas par la technologie mais par le Droit.

En référence à quel système et culture juridique l'architecture du monde numérique sera-t-elle construite ? Est-ce le système juridique français, dans sa façon de se développer ? À lire les projets en cours de l'« Europe numérique », le Droit y a peu de place tandis que la réglementation est partout. Peut-être parce que les non-juristes ne connaissent pas ce personnage si particulier qu'est « l'auteur » et ne s'en soucient pas. Peut-être aussi parce que les juristes ont cessé de l'aimer ; car on prétend encore « aimer » l'État, mais l'on n'apprend plus que la « réglementation » : par exemple lorsqu'on étudie les techniques de « régulation », pourquoi le fait-on secteur par secteur, la perspective s'opérant à l'intérieur de chacun d'eux sans se soucier des personnes qui pourtant concrètement passent d'un secteur à un autre ?

Mais puisque grâce à la question posée, l'on peut parler sans crainte, l'on peut reprendre une perspective plus sereine, plus globale et finalement plus classique et se demander si dans la lutte sans merci que les entreprises se livrent sans plus être protégées par des frontières, l'esprit juridique français est-il un poids ou une arme ? Oui ou Non ?

## *Réformes et transformations*

La seule façon d'y répondre c'est de faire en sorte que les juristes par méthode admettent la légitimité des méthodes gouvernant l'ordre économique et que les économistes par méthode admettent la légitimité des méthodes gouvernant l'ordre juridique. Or, nous ne l'admettons pas et dès lors nous ne discutons pas, nous nous battons, en espérant simplement tenir la plume pour faire passer en force notre logique, aux uns ou aux autres. Commençons par admettre que cela ne sert à rien, car au départ et aujourd'hui les économistes imposent tout d'abord leur conception générale dans les textes mais par la suite les juges réécrivent ceux-ci pour imposer les principes et méthodes de l'ordre juridique. Que d'énergie perdue et que d'inefficacité. La première chose à faire est d'admettre la nécessité de ne pas nous fâcher. Si nous voulons bien prendre cette méthode...

PAR MÉTHODE : NE NOUS FÂCHONS PAS,  
CAR CELA NE SERT À RIEN

Nous disputer – et non pas discuter –, nous fâcher, nous ne cessons de le faire, ne serait-ce que parce que les Français en ont le tempérament. Les rapports entre les juristes et les économistes y sont détestables, les deux disciplines continuant, par travaux savants interposés, à se rosser d'importance, sauf à accepter le statut de « science auxiliaire ». Pour l'instant les économistes tiennent le « haut du pavé », les articles fusant de tous côtés contre cette « vassalisation » et refusant l'apport de la perspective économique perçue comme une stratégie de conquête du pouvoir normatif, tandis que les économistes ironisent sur l'étroitesse d'esprit des juristes qui ne connaissent pas la microéconomie.

Cela peut être légitime, et des deux côtés, mais cela ne sert à rien. En effet, dans cette bataille rangée prenant appui sur de multiples travaux, chacun a raison dans son diagnostic, dans sa sévérité. Les deux blocs de jugements tournent comme autant de

## *Le système juridique français est-il un atout...*

couperets sans aucune rencontre, chacun donnant leçon à l'autre, le Droit rêvé par les économistes, l'Économie rêvée par les juristes. N'en sortirons-nous jamais ?

### *Le système juridique rêvé par les économistes, dans l'ignorance totale et assumée du Droit*

Les travaux savants et argumentés des économistes affirment que nos entreprises n'ont pas de chance parce que le Droit français, son aveuglement, sa lenteur, l'ignorance des juristes qui ne parlent pas anglais, etc., sont autant de cailloux dans les chaussures des entreprises, qui veulent que l'on serve leurs intérêts. Les diagnostics sont en creux d'une part autant de reproches adressés au Droit et surtout aux juristes français et d'autre part autant de compliments adressés au Droit et surtout aux juristes britanniques et américains, salves par rapport auxquelles les juristes continentaux jouent en défense, comme le montre la saga autour des rapports *Doing Business*.

Le premier ensemble de griefs porte sur les « normes ». Est tout d'abord dressé un portrait de la « norme idéale » qui fera ainsi référence et donc repoussoir pour la réglementation examinée. Le « droit idéal » pour que nos entreprises soient compétitives et que nos territoires soient attractifs, serait un droit clair, simple, stable, prévisible dans son adoption et dans son effet, peu coûteux dans son application par l'entreprise, permettant à celle-ci d'avoir confiance dans l'entité qui crée ou applique cette norme : le législateur, l'administrateur, le juge, le contractant.

Pour cette « sécurité juridique », notion-pivot de l'ensemble et que doit secréter le système juridique, il faut un appareillage d'effectivité de la norme (*enforcement*), comme l'exécution des décisions, notamment administrative et judiciaire. À cela, il faut pourtant ajouter de la souplesse au cas par cas, car tandis que les règles générales doivent donner de la prévisibilité, le « droit souple » doit donner de la flexibilité. Et là, les économistes, qui ont conçu l'Analyse économique du Droit, passent à la brosse de fer les lois,

les jugements et les cas pour montrer que tout va de travers, tandis qu'ils trouvent de nombreux exemples donnant satisfaction dans d'autres systèmes. Le remède proposé est alors le suivant : il convient pour tous de devenir britannique.

Un second ensemble de griefs porte sur les « juristes ». Est alors de la même façon et tout d'abord dressé un portrait du « juriste idéal ». Le juriste idéal connaît la microéconomie, les théories économiques, les faits économiques, les entreprises et leurs contraintes, la macroéconomie et le long terme. Et là, les économistes, dans des travaux que je ne vais pas ici contester davantage, soulignent que les juristes sont nuls, non seulement parce qu'ils ne connaissent rien à cela mais surtout parce qu'ils ne veulent rien en connaître. Le remède est alors de confier à des experts qui maîtrisent ce savoir et connaissent les faits pertinents, c'est-à-dire la théorie économique et les entreprises, le soin d'écrire les normes réglementaires. C'est un résultat notamment atteint en comptabilité (il fut un temps où celui-ci était du droit civil) ou en propriété intellectuelle. La méthode est fortement proposée en droit de la faillite, devenu la « résolution des défaillances des entités économiques », ou en droit du travail, devenu une annexe de l'« économie du marché du travail ».

Ne récriminons pas trop car cela serait tomber dans le travers de la paille et de la poutre.

*Le système juridique rêvé par les juristes, dans l'ignorance totale et assumée de l'Économie*

Dans un effet de miroir saisissant, les travaux savants et argumentés construits par les juristes se sont multipliés.

Dans un premier ensemble de griefs, ils affirment que nos entreprises sont avant tout des ensembles d'êtres humains qui doivent réaliser des projets et que leur protection mécanique les méconnaît. Ils affirment que les calculs par la méthode coût/bénéfices réduisent les êtres humains à être des *assets*, tandis que le Droit n'existe que pour préserver le statut de personne à tout être humain, qui

## *Le système juridique français est-il un atout...*

n'est pas qu'une machine à travailler (employé) ou qu'une machine à encaisser (investisseur) ou une machine à procréer (femme). La conclusion en est que le Droit doit être maintenu ou restauré comme système premier par rapport au système économique, lequel n'est pas un fait qui ne doit pas faire régner le Marché, le Droit n'étant pas une technique neutre d'efficacité.

Dans un second ensemble de griefs, ils imputent aux économistes la responsabilité de cette disparition du Droit, le juriste ne devant pas être le vassal, pour ne pas dire le valet, de l'économiste, lequel pense le monde et le construit, puisque nous savons bien que les idées mènent le monde.

Ne cherchons pas qui va gagner : personne ne gagnera. Le Droit ne cessera pas d'être un art pratique et d'avoir une dimension instrumentale, son utilité faisant partie de sa nature, les entreprises étant en droit de demander à y comprendre quelque chose et à y trouver un bénéfice en choisissant la règle et le système juridique qui leur sont les plus adéquats, tandis que les cours constitutionnelles veilleront toujours à rappeler aux entreprises qu'elles ne sont pas les auteurs des « lois du monde » et que le souci d'autrui, qui est le socle du Droit, s'imposera en soi, au-delà de l'utilité immédiate des diverses techniques juridiques.

Alors, il ne sert à rien de se fâcher. L'on peut aussi bien travailler rue d'Assas ou à la Manufacture des tabacs. Mais voilà une grande faiblesse de la France : les économistes et les juristes semblent ne vouloir s'y parler qu'à condition d'avoir d'abord fait ployer le genou de l'autre. Pourtant, tant que le juriste ne reconnaîtra pas les limites de son savoir, art pratique, et la pertinence du savoir économique, tant que l'économiste pensera que le Droit n'est qu'une réglementation valant simple outil de gestion ou instrument économique que l'on peut manier sans avoir à le connaître de l'intérieur, l'on se disputera sans fin. Et cela ne sert à rien.

*Le progrès consistant à admettre la pertinence méthodologique de la discipline à laquelle on n'appartient pas*

Mais si les juristes veulent bien admettre que l'Économie a ses propres critères, à savoir l'efficacité et la prévalence des effets des règles sur les objets de celles-ci, tandis que si les économistes veulent bien admettre que le Droit a ses propres critères, à savoir la protection des valeurs et le souci des faibles, ce qui met à l'inverse en premier les objets des règles et en second leurs effets, colonnes vertébrales des deux ordres qui n'empêchent pas les points de contacts, car objets et effets sont distincts mais sont liés, alors l'on peut *de bonne foi* – principe de méthode supérieur aux autres – essayer de porter un jugement. Pour l'instant, il est porté avec difficulté parce que le Droit n'est pas pris dans sa globalité mais est découpé dans la seule perspective de l'efficacité. Il est donc méconnu.

PROMOUVOIR LE DROIT, REFLET DE SON PROPRE SYSTÈME  
ÉCONOMIQUE PRÉEXISTANT, PLUTÔT QUE SÉQUENCER LE DROIT

Toutes les évaluations ont été faites. Elles sont souvent exploitées dans cet ouvrage même. Quelle en est la méthode ? Elle est assumée et légitime : les branches du Droit sont sélectionnées suivant l'intérêt que celles-ci présentent pour les entreprises, sans souci pour le fait que le Droit est un système, chaque bloc ainsi isolé étant plus ou moins éclairé par le savoir économique, voire reconstruit autour de lui. Mais c'est méconnaître l'aspect « systémique » et du Droit et de l'Économie. Lorsqu'on examine le Droit de la propriété intellectuelle ou le Droit bancaire, l'on s'aperçoit que les Américains promeuvent non pas tant un modèle économique abstrait à travers des solutions juridiques, mais bien leur organisation économique nationale concrète, qu'ils propagent grâce au Droit. Pourquoi ne faisons-nous pas pareil, au lieu de nous disputer ?

## *Le système juridique français est-il un atout...*

### *Le séquençage aveugle du droit*

Est ainsi toujours objet de soins – même sévères – le Droit du travail, tandis que sont délaissées les branches du Droit qui ne semblent pas directement utiles aux entreprises, comme le Droit de la famille. Cela peut être contesté car les entreprises sont concernées par exemple par le Droit des successions qui influence directement par effet positif la transmission d'entreprise ou par effet répulsif le développement des fondations. Plus encore, une telle césure des règles – celles qui intéresseraient l'économie et celles qui ne l'intéresseraient pas – brise l'unicité juridique de la personne, qui ne serait donc plus la même lorsqu'elle est « au travail » et lorsqu'elle « chez elle », par exemple comme parent d'un enfant.

Les entreprises vont donc demander de l'efficacité économique aux branches du Droit qui les concernent « directement » ainsi qu'aux personnages juridiques qui les servent ou les tiennent directement, comme le juge ou le législateur. En croisant les deux, il en résultera les branches du Droit qui peuvent se développer en dehors des « exigences » économiques, par exemple la possibilité d'avoir un Droit de la famille avec des lois qui changent en contraignant les acteurs et qui protègent les faibles (par exemple des femmes) tandis que le Droit du travail, parce qu'il serait dans le cercle des règles soumises à la perspective économique, devrait être charpenté par des règles stables, laissant les parties faire ce qu'elles veulent par le contrat. Dans cette perspective, cela paraît logique. Le fait que le travailleur soit souvent une femme ne semble pas soulever un problème de méthode, puisque l'analyse économique ne connaît pas le Droit dans son ensemble. C'est ainsi que l'on opposera par exemple la régulation économique, qui a de l'avenir car elle vise à favoriser l'innovation et la concurrence, à la régulation des libertés publiques, qui serait une scorie du temps où le Droit se croyait encore à l'abri, marque d'un pouvoir normatif associé à la souveraineté de l'État. Et c'est ainsi que l'on ne construit pas l'Europe numérique...

Parce que l'Analyse économique du Droit éclaire la situation par sa seule logique, l'évaluation va ne paraître fructueuse que si le Droit lui-même adopte le même éclairage que celui de la science économique.

*De l'éclairage porté sur des branches du Droit à leur reconstruction sur des principes économiques abstraits*

Prenons trois exemples, qui ont suscité beaucoup de travaux : le Droit des sociétés, le Droit pénal et le Droit de la propriété intellectuelle.

*L'exemple du Droit des sociétés*

Dans les évaluations de l'aptitude du Droit des sociétés à être économiquement ou financièrement efficace, il ne convient pas ici d'apprécier en soi le verdict final. Ainsi, si l'évaluation est plutôt favorable au Droit britannique et surtout américain et que l'appréciation est plutôt négative concernant le Droit français, c'est en ce que celui-ci ne protège pas suffisamment l'actionnaire minoritaire, c'est-à-dire l'investisseur, en ne l'informant pas assez, en ne lui donnant pas de prérogatives juridiques d'agression contre les *managers* (notamment des droits d'action en justice), en ne lui permettant pas de sortir de la structure sociétaire. L'actionnaire minoritaire étant identique au marché financier lui-même, et sa relation sociétaire étant perçue comme un exemple de « relation d'agence », parce que les entreprises ont besoin non seulement de confiance mais encore de l'apport financier de l'associé qui rentre et qui reste, le Droit français des sociétés serait donc un « handicap », sauf à se décider à devenir un droit du contrat mâtiné d'un droit des marchés financiers.

Parce que dans une perspective concurrentielle, un jugement d'évaluation n'est jamais en soi mais contient par ellipse une comparaison, il comprend en lui-même sa réforme : ici, accroître les avantages offerts par la force du Droit aux porteurs de titres de



capital ou d'emprunt. Et justement, les travaux de *Law and Finance* sont là pour montrer que le Droit américain, *via* la *Corporate and Financial Law*, a pris pour principe de servir l'investisseur. C'est notamment la *ratio legis* de la loi *Dodd-Frank* dont le titre exact est *Wall Street Reform and Consumer Protection Act*.

Ces études sont donc pertinentes au regard des présupposés qu'elles adoptent implicitement. Il ne s'agit donc pas d'évaluation, mais de prise de position, par exemple en faveur d'entreprises comme un groupe de personnes gouvernées par le marché, qui ont l'avantage de financer. Mais quant à lui le Droit français des sociétés n'a pas posé qu'il était un outil de gestion pour financer les entrepreneurs. Pas que ça. N'a pas posé qu'il était une technique de financement. Pas que ça. La question pertinente n'est pas alors sur l'efficacité des règles mais sur l'établissement des présupposés. Or, qui décide ce qu'est la nature du Droit français des sociétés, ce à quoi il « sert » ? Le pouvoir politique. Et cela, la loi dite « Loi PACTE » le démontre.

Ce lien profond entre le Droit et le Politique peut être contrariant pour ceux qui voudraient que le Droit ne soit qu'un instrument technique dont le seul principe serait l'efficacité. Mais s'il est vrai que le Droit n'est pas que le gant d'une pure volonté politique, une façon pour le pouvoir de disposer de la réalité et de contenir pour cela les volontés des entrepreneurs, cela serait également très dommageable de dire à l'inverse que le Droit des sociétés n'a en rien à prendre en considération l'intérêt de celui qui apporte son argent dans l'affaire. Mais c'est le Politique qui apprécie cette balance.

Si l'on pose que le Droit des sociétés ne permet pas assez fortement le contrôle des mandataires sociaux ou des dirigeants par les actionnaires ou par ceux que cela concerne (*corporate governance*), que cela ne « va pas », qu'en cela le système juridique français est un handicap pour les entreprises qui n'attirera pas les capitaux (manque d'attractivité), avant de tirer toutes les conséquences juridiques de la théorie de l'agence et des travaux de *Law and Finance*, encore faut-il avoir en amont évalué si cela est « à bon titre » ou à « mauvais titre ».

## Réformes et transformations

Arrive alors le moment de la « discussion » et non pas de la « fâcherie ». La fâcherie consiste à ne plus se parler, parce qu'on considère que l'on a définitivement et en tout point raison et que l'autre a définitivement et en tout point tort. La discussion consiste au contraire à poser que l'autre pourrait avoir raison et à s'aventurer sur son terrain.

Si l'on reprend cette question du Droit des sociétés, le Droit doit accueillir la pertinence de l'argument comme quoi les titres (de capital ou de créance) représentent de l'argent et qu'il est impossible de priver le titulaire d'un tel titre d'information et de pouvoir de réaction face à des mécanismes qui lui nuisent même s'il est minoritaire (titre de capital) ou extérieur (titre d'emprunt). En cela, la pénétration de la notion d'information est un progrès du Droit français des sociétés et l'absence d'un « droit de sortie » constitue un souci. Il faudrait donc réformer le Droit français pour reconstituer par la seule force du Droit une liquidité (c'est-à-dire un droit de sortie) alors même que le titre n'est pas liquide (par exemple parce que la société n'est pas cotée).

Encore faut-il s'assurer de la définition même du Droit des sociétés, car un tel raisonnement est incontestable s'il est défini comme la branche du Droit qui organise les rapports entre l'entreprise saisie par sa structure d'organisation qu'est la personne morale et ses apporteurs d'actifs, auquel cas la distinction entre majoritaire et minoritaire disparaît, la notion d'information est centrale, la dimension politique n'a pas de pertinence, la préservation des intérêts de l'apporteur d'actif devant être opérée par l'information et le pouvoir de sortir, de fait (liquidité) ou de droit (avec l'émergence d'un « droit à la liquidité »).

Mais ce n'est pas ainsi qu'est défini le Droit des sociétés. Le Droit des sociétés continue de lier la société et le fait d'entreprendre, un élan qui dans le premier cas est collectif, qui unit des personnes qui se mettent ensemble pour tenter une aventure en espérant en partager les fruits et en acceptant d'en partager les risques, selon la définition de l'article 1832 du Code civil, cet *affectio societatis* qui en constitue le trait distinctif.

## *Le système juridique français est-il un atout...*

Sa disparition dans les sociétés cotées à la fois reconstruit la matière sur une nouvelle *summa divisio* qui serait « société cotée/ société non cotée », limitant alors la pertinence de l'évaluation aux seules sociétés « exposées aux marchés financiers » ou bien exposées aux marchés de capitaux, dans l'anticipation de la construction de l'Union européenne des marchés de capitaux, pendant en construction de l'Union bancaire.

Revivrait ce que traduisait l'ancienne *summa divisio* entre « société de personnes » et « société de capitaux », la première où l'associé a encore son mot à dire en ce qu'il s'intéresse à l'entreprise menée, la seconde où l'investisseur est dominant car il veut un retour sur son argent.

Pour percevoir la pertinence et la portée de ces distinctions qui demeurent, il faudrait d'abord que les économistes et les juristes se parlent. La loi dite « Loi PACTE » porte cet espoir.

### *L'exemple du Droit pénal*

Prenons un autre exemple. Si l'on examine le Droit pénal français, indissociable de la procédure pénale, il est une branche autonome et exceptionnelle du système juridique, qui ne vise pas à faire régner la morale, qui n'aboutit à une peine que sur des faits intentionnellement commis par ceux qui subissent alors la sanction. Cette conception politique issue de la Révolution française est en train de disparaître, notamment au profit de la conception américaine. La répression y est conçue à la fois comme un outil ordinaire d'effectivité des réglementations ordinaires, une sorte de droit économique parlant avec une plus grosse voix, et comme une moralisation des entreprises perçues désormais comme des êtres vivants. Cette conception en rupture avec la sagesse anglaise qui posait que les entreprises n'ont pas de cœur, mais relayée par la *Corporate Social Responsibility*, est en train de balayer le droit pénal classique du système juridique français.

Par ce mouvement, le droit pénal se détache du système juridique français pour être rattaché à un autre système, extrêmement

répressif, gouverné par la seule efficacité. Ainsi, les entreprises françaises font la cruelle expérience de l'atout que représentait pour elles le Droit pénal lorsqu'il appartenait encore au système juridique français et quel handicap représente pour elle un corps de dispositions dégradées en « réglementation répressive ».

Cette expérience douloureuse et coûteuse montre aux entreprises combien elles bénéficiaient du système juridique français, combien il constituait un atout pour elles. Il faut être sur le point de le perdre pour le réaliser. Ce qui vaut pour l'Amour vaut pour le Droit. Cette prise de conscience ouvre de nouvelles perspectives. En France, l'Amour des Lois et l'Amour de l'État sont acquis tandis que l'Amour de l'Économie est désormais prôné ; mais on ne sait plus même que le Droit existe puisqu'on ne perçoit que des réglementations éparses, sans y voir un ordre autonome, dont chacun devrait apprendre la logique propre. Cette ignorance du Droit, qui est commune, au sens qu'elle est non seulement courante mais encore partagée avec satisfaction, nous éloigne pour l'instant de la perspective d'une éducation juridique pour tous.

Elle nous serait pourtant si utile par exemple en matière de propriété intellectuelle.

#### *L'exemple du Droit de la propriété intellectuelle*

En effet, le Droit de la propriété intellectuelle n'est plus seulement « éclairé » par l'analyse économique, il est reconstruit par elle. L'on s'accordera pour dire que cette branche du Droit porte sur l'œuvre, mais la perspective juridique part de celui qui l'a produite tandis que la perspective économique part des effets de cette production. Ainsi, le souci premier du Droit est « l'auteur », conception que l'on pourrait qualifier de « romantique », tandis que le souci premier de l'Économie est la circulation de l'œuvre, conception que l'on pourrait qualifier d'industrielle.

Les deux conceptions peuvent s'articuler, car l'auteur a pour dessein d'avoir une œuvre qui se lit, se voit, se manie, bref à laquelle chacun accède, qui circule et dont il tire rémunération, tandis que

*Le système juridique français est-il un atout...*

l'industrie des œuvres ne peut se développer sans le fuel que constitue ce désir de création qui anime l'âme humaine. Mais dans la première perspective, la propriété littéraire et artistique est distincte de la propriété industrielle et le droit moral va de soi, tandis que dans la seconde les théories des incitations, la prévalence du fabricant, le souci premier du droit d'accès, l'organisation de la distribution, la prévalence de l'aval sur l'amont, la fusion de toute sorte de création, le but de l'innovation, vont de soi.

Depuis quelques décennies, ce qui est peu à l'échelle du Droit, la seconde conception prend le pas sur la première, marque d'une société industrielle qui mécanise et les personnes et le Droit. Pourquoi pas, l'heure n'est peut-être pas au romantisme, la considération de la technique et de l'argent doit sans doute prévaloir. C'est un jugement qu'il est loisible de porter. Mais la question n'est pas là. Dans la perspective économique qui est ici prise, l'Europe est une zone qui est face aux États-Unis, lesquels ont développé un Droit qui est économiquement favorable à la structure économique de leur production culturelle : une production récente sous forme industrielle. L'on observe que l'analyse économique promue correspond à la structure de l'économie culturelle américaine.

*La promotion d'un Droit, reflet d'une structure économique concrète et préexistante*

En effet, lorsqu'on étudie les travaux des économistes américains, ils en arrivent à la construction d'un « idéal », pour le confronter dans un second temps à la réalité. On observe que, heureux hasard des choses, cet idéal correspond toujours à la réalité américaine. La conclusion est donc toujours la nécessité de réformer les Droits qui ne sont pas américains, afin que ceux-ci le deviennent. L'on peut prendre comme exemple des branches du Droit comme le Droit de la propriété intellectuelle, le Droit de la procédure ou le Droit bancaire. L'on peut dire qu'il s'agit d'une méthode « en attaque ». Au lieu de nous disputer, pourquoi ne pas nous-mêmes suivre une telle méthode ?

## Réformes et transformations

### *Les exemples du Droit de la propriété intellectuelle, du Droit procédural et du Droit bancaire*

L'on peut reconstruire le Droit de la propriété intellectuelle sur les notions d'incitation, d'innovation, de retour sur investissement, d'articulation avec la concurrence, de coopération, etc. L'on peut le concevoir sur la notion d'information, de partage d'information, d'accès à l'information. On le peut d'autant plus que l'on considère une économie qui concrètement est dépourvue de profondeur historique mais munie de grandes universités proches de l'industrie et a rapidement développé une industrie des médias. La structure américaine est de ce type. Il se trouve que le Droit de la propriété intellectuelle promu par l'analyse économique vise à faire disparaître l'auteur au profit du fabricant industriel, à mettre en libre accès toutes les œuvres – c'est-à-dire à puiser librement dans la civilisation européenne dont la richesse est immense –, la liberté d'accès étant sans cesse posée en principe, en mettant en lumière le pouvoir légitime et autorégulateur des industriels qui font circuler les produits, c'est-à-dire les nouvelles entreprises numériques qui ne produisent pas. Cela correspond à l'économie américaine.

L'on peut également reconstruire le Droit de la procédure sur les notions de pouvoir des parties sur la matière litigieuse, sur l'efficacité des conciliations, sur un juge qui se saisit du futur plutôt que du passé, sur un juge avant tout expert de la matière factuelle à laquelle il apporte une solution pratique, sur des droits d'action qui sont distribués à des personnes qui ne sont pas forcément parties au litige mais sont efficacement parties à l'instance, le contentieux devenant un mode de régulation sociale. Il y a tant de travaux d'analyse économique qui promeuvent cette conception qui met le juge si ce n'est au centre, à tout le moins sur l'un des plateaux du *Check and Balance*. Cela correspond au système économique et institutionnel américain. Plutôt ne pas demeurer dans notre tradition juridictionnelle, institutionnelle et processuelle, tout en veillant à spécialiser les juridictions et les juges, c'est-à-dire à intégrer le « complexe » des situations où convergent les systèmes juridique

## *Le système juridique français est-il un atout...*

et économique, à l'opposition d'une conception d'un droit adéquat parce qu'il serait réduit à être le plus « simple » possible ? C'est ce qu'a proposé Guy Canivet, en mettant le système juridictionnel français dans une perspective internationale sans le dénaturer pour autant. Des juridictions l'ont suivi.

L'on peut également reconstruire le Droit bancaire sur les notions de conflit d'intérêts en ne concevant les banques que comme des intermédiaires sur des marchés, devant être soumis à la loi de la concurrence comme le sont toutes les entreprises, justifiant alors naturellement la distinction entre les banques commerciales et les banques d'investissement. Cela correspond au système économique américain. L'Europe a réussi à échapper à la puissance de persuasion d'une telle avancée, non seulement par la révélation du lien entre une démonstration d'apparence si générale et une structure économique en réalité si particulière, démonstration faite notamment par Jacques de Larosière, mais encore et surtout par la construction de l'Europe bancaire. C'est également en construisant une Europe numérique que l'on pourrait ne pas plier devant ce qui est tout simplement l'adoption de la structure économique américaine. Pour cela, il faut d'une façon plus méthodique être « en attaque ».

*Emprunter cette méthode « en attaque », modèle de convergence entre le Droit et l'Économie*

Tandis que nous ne cessons de nous disputer, les juristes et les économistes anglais et américains s'adossent pour promouvoir l'économie et le droit américains. Comme ils ont raison. Pourquoi ne pas faire de même ? C'est-à-dire ne pas s'épuiser à se critiquer, ne pas être fascinés par le Droit anglais et américain, le système économique anglais et américain, mais regarder dans le système juridique français et le système économique français ce qui peut être valorisé, dans le Droit par les économistes et dans l'Économie française par les juristes ?

Les Américains ne font pas autre chose, ne passent pas leur temps à étudier l'Europe mais cherchent dans leur propre histoire,

pourtant si courte, les idées et les forces pour les faire converger, pour les tester sur d'autres situations et pour les vanter. Pourquoi ne faisons-nous pas pareil, en commençant par nous appuyer sur ce que l'on nous reproche tant : « l'esprit de système » ? En ne regardant pas ce qui est désigné comme les « énormes défauts », les « appels au législateur » et ses « défauts criants », mais bien au contraire ses chuchotements qui sont autant de signaux faibles ce qui constitue dans le système juridique français ses principaux atouts ?

CERNER LES ATOUTS ET LES HANDICAPS DU SYSTÈME JURIDIQUE  
FRANÇAIS SELON SES SIGNAUX FAIBLES

Il suffit de lire tous les rapports disponibles, et l'on sait ce qui va et ne va pas dans le système juridique français. Ne faisons plus de fiches de lecture, maintenant que les machines « lisent » pour nous, comptent les points, dessinent les graphes, la question n'est pas là. L'enjeu est davantage d'opérer des distinctions, ce que les machines, qui n'apprennent rien, ne savent pas faire.

Les signaux forts, c'est ce que captent bien les chiffres. Ils sont par exemple privilégiés dans la réglementation du travail, en mettant le taux de chômage face aux dispositions multiples figurant dans le Code du travail. L'on dit alors si souvent que le Droit du travail sera de « bonne qualité » pour la compétitivité de nos entreprises si, en faisant varier une règle, on peut observer une modification sur le taux de chômage. C'est simple, c'est observable, ce n'est pas réfutable, c'est l'un des objets de l'économie du travail. Par un choc en retour, aussi fort que le signal lui-même, l'on présente comme une sorte de loi, tout aussi indisponible que l'a été le signal : la nécessité pour le Droit (qui ne dispose pas de son objet, puisque seul l'effet a été le souci) de se modifier, de s'adapter, pour qu'il y ait moins de chômage.



## *Le système juridique français est-il un atout...*

La mise en chiffres des faits, puis la mise en chiffre du Droit, et la mise en corrélation des deux, conduisent à demander à la règle de droit, générale (loi) ou particulière (jugement, décision administrative) de s'adapter à la « loi du monde », qui serait donc le fait, par exemple le nombre des chômeurs, qui doit être le moins élevé possible.

Ne nous enlisons pas dans cela. Alain Supiot a développé tous les arguments sur ce qu'est le « Droit du travail ». C'est revenir sur les logiques juridique et économique, y buter, peut-être se fâcher et cela ne sert donc à rien.

Allons plutôt sur un autre terrain, celui non pas de la « réglementation sectorielle » ponctuellement bénéfique ou non, mais du « système juridique ». Or, c'est bien parce que le Droit français peut prétendre pleinement au rang de « système » qu'il est utile. En effet, un système juridique, c'est deux choses. Un « ordre » et une « culture ». Cela, la France l'a, fortement et grandement, ancré en elle. Peut-être même, le lui reproche-t-on, à ce « petit pays » qui n'aurait plus les moyens d'un « Grand Droit ». Oui, mais elle l'a en son cœur. Et comme il faut des centaines d'années pour constituer cela, ne faut-il pas conserver un tel trésor ? Il convient même de le désigner comme tel : le trésor du système juridique français.

### *Le Droit français est un atout car il est constitué en ordre*

Tout d'abord, le Droit français n'est pas un amas de solutions, un ramassis de solutions. Non, c'est un « ordre », avec des principes qui éclairent l'ensemble. Depuis l'exploit du Code civil, cela demeure et c'est ce qu'a réussi la réforme du Droit des contrats réalisée par l'*Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, énonçant les principes clairs et simples de cette matière, cœur du Droit français, logé dans ce « lieu de mémoire » que continue d'être notre Code civil. Cette continuité est exprimée aussi par la jurisprudence, la chambre sociale de la Cour de cassation ayant posé

dans plusieurs arrêts du 21 septembre 2017 que le droit antérieur à la réforme doit pourtant être interprété à la lumière de celle-ci. Même si le Législateur, par la loi de ratification, ne se contente pas d'enregistrer l'Ordonnance, il n'a pourtant pas voulu entamer sa cohérence qui puise dans le Droit français classique.

Le système juridique français est un ordre. Reliant avec des règles logiques les institutions entre elles, rattachant les principes et les exceptions, articulant les matières. Le droit civil, le droit pénal, le droit constitutionnel, la procédure en sont la colonne vertébrale. Le Droit des affaires, qui constitue souvent l'objet unique et chéri de formations, n'en est qu'une déclinaison, qui garde l'ossature des premiers et n'en dispose pas, tenu par un principe de cohérence systémique. Le droit des affaires dans le système juridique français n'est pas issu des marchés, il est né du cœur du système juridique, qu'est le Droit public, le Droit civil, le Droit pénal et la procédure. Autour de ce cœur qui bat dans le système juridique, tout se comprend et se déroule.

C'est pourquoi est délétère la présentation du Droit financier comme l'ensemble des techniques efficaces pour l'investissement (« ingénierie juridique ») et le bon fonctionnement des marchés, sans le rattacher aux règles générales de l'ordre juridique, comme seule armature juridique des techniques financières. L'arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 23 novembre 2017, qui détruit la notion d'obligation, par rapport à la notion d'action, en rendant non obligatoire la restitution du capital au terme, arrêt rendu afin que le marché des titres ait toute flexibilité, est un signe inquiétant de disparition du Droit.

Pourtant, avoir des règles et des décisions « en droit » permet qu'on s'y retrouve, qu'on y comprenne quelque chose. Ce faisant, l'on n'a pas besoin de son juriste à chaque pas. Cela constitue un « atout » car la première qualité du Droit, c'est de n'être pas indispensable, la première qualité du juriste, c'est de n'être pas le compagnon de chaque jour. Les juristes diront peut-être le contraire, car être indispensable, qui ne rêve de l'être ? Mais la qualité d'un système juridique, c'est de s'effacer pour que l'action libre se développe.

## *Le système juridique français est-il un atout...*

En cela, l'omniprésence du Droit, telle qu'on la retrouve en Grande-Bretagne ou aux États-Unis, n'est pas une qualité ; c'est plutôt une réussite ce que beaucoup appellent, souvent avec délice, le « marché du Droit ». Pour le grand bénéfice pécuniaire des juristes, sans aucune considération pour l'entreprise ou l'habitant, qui devraient au contraire pouvoir fonctionner sans cet appendice nouveau qu'est ce juriste omniprésent, lequel est bien plutôt signe de la faiblesse du Droit, à laquelle le système juridique français a justement jusqu'ici échappé. Grâce à ce premier signal faible émis par le Droit, qui est le fait d'être « en ordre » et de rester au repos tant que la pathologie du contentieux n'est pas activée, tandis que celui-ci est toujours présent en Grande-Bretagne et aux États-Unis.

### *Le système juridique est un atout car il exprime la culture française du maniement des mots*

Le second signal faible, par lequel un système juridique se définit, renvoie à son appui sur une « culture » et sur le fait qu'il exprime lui-même une « culture ». Le système juridique français se définit par sa culture, défendue concrètement par l'*Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*. Chaque pays a sa propre culture. Or, le Droit français, comme la société française tout entière, se définit par un rapport profond à la littérature. Mieux que tout autre, le système juridique – et ses « grands juristes » – manient les mots, les phrases et les discours. Déclarations des droits de l'homme, discours de Portalis, arrêt *Blanco*. Tout est dit en suivant la méthode juridique française de l'économie de mots. Tout est retenu. Dans la logorrhée actuelle du Droit, dénoncée par le Conseil d'État, où on s'engluie dans un flux qui se pare de mots si compliqués que l'on croirait parler allemand, la beauté de la langue juridique française, notamment dans son aptitude à la concision, est sa puissance normative même.

Le Droit est dans les mots, leur définition et leur usage, façon par laquelle les réalités sont saisies, dominées et construites. Lorsque

les entreprises subissent des définitions qui ne valent que le temps et l'espace d'une réglementation, comme le font les Américains et les Britanniques qui inventèrent en compensation l'estoppel pour qu'on ne puisse pas dire n'importe quoi tout le temps, les entreprises subissent une pulvérisation du sens des mots, qui varient selon les cas, les circonstances et les saisons. Dans le Droit français, les définitions prétendent exister en soi, un « service public à la française » par exemple. Le système juridique français fait que l'on peut se le tenir pour dit, le principe selon lequel en Droit continental la Loi est écrite dans le « marbre » étant non pas une vérité mais un principe de méthode qui doit être défendu contre une conception « discursive » du Droit, vaste flot de parole dans lequel chacun peut certes prendre à tour de rôle la place de *speaker* mais flot que jamais rien n'arrête.

En ce que le système juridique français est construit sur la langue française, en ce qu'il en est habité, il constitue un atout considérable, bien que diffus. Cet atout est plus précieux aujourd'hui encore car l'Europe se construira aussi sur la culture et pas seulement sur les marchandises. Même en ne se souciant que des entreprises et retournant la question posée, l'on pourrait dire : « ne demandez pas au Droit ce qu'il fait pour vous, que faites-vous donc pour le Droit ? Le système juridique français vous protège, vous offre sa langue et son ordre. Et vous, entreprises, que faites-vous ? Vous rédigez vos contrats en langue anglaise, c'est-à-dire dans une autre culture, dans un autre ordre, puisque le Droit, ce ne sont que des mots. En cela, passagers clandestins de l'ordre juridique qui vous nourrit, vous cessez de l'alimenter. ». Que répondent les entreprises ?

En effet, les entreprises sont elles-mêmes sources de Droit, non seulement par les contrats par lesquels elles nouent des liens à l'extérieur mais encore par la façon dont elles se structurent elles-mêmes, le Droit des sociétés étant aujourd'hui totalement contractualisé, à la disposition des entreprises qui le retournent comme un gant, par les clauses statutaires et extrastatutaires, par les conventions qui redessinent les groupes de sociétés auxquels l'on a grand soin de ne pas conférer la personnalité morale. Plus encore, les entreprises

fixent leur comportement interne et externe par des chartes et des codes de conduite, qui font penser que la majuscule du Code civil est tombée sur les codes rédigés par les entreprises, autorégulation dans laquelle Gérard Farjat voyait une appropriation du pouvoir législatif et Günther Teubner voit quant à lui, parce que les entreprises excèdent géographiquement les États, l'expression d'un pouvoir constitutionnel mondial.

Mais les entreprises n'utilisent guère la langue française. Ce faisant, parce que le Droit n'est fait que de mots, elles utilisent donc un autre Droit, car en matière juridique l'exercice de traduction est encore plus difficile qu'ailleurs. Le plus souvent, la greffe se fait alors directement, d'un nouveau mot, qui insère en réalité un autre ordre juridique, c'est-à-dire le système de *Common Law*, à l'initiative des entreprises. Pourquoi alors se plaindre de ce dont on est l'auteur ?

Prenons un exemple. Alors que l'avenir du Droit dans un monde ouvert rend le mécanisme de la « responsabilité » d'autant plus précieux, si l'on veut bien la « prendre au sérieux », le mot nouvellement promu est celui de *accountability*. Mais *accountability* est une notion britannique distincte, renvoyant davantage à une reddition des comptes. De la même façon, le terme de « conformité » traduit mal le terme de *compliance*, tandis que le Droit de la Compliance qui se constitue est en train de recouvrir le Droit des affaires, le Droit public et le Droit pénal. L'on soulignera ainsi que la loi dite « Sapin 2 » n'opéra qu'un « traduit-collé » par rapport au Droit américain, insérant pourtant dans un Droit pénal continental un système répressif d'une autre nature.

D'une façon plus générale, « nos » entreprises ne pourraient-elles pas parler français lorsqu'elles parlent « en droit » et innovent, afin que le système juridique ne s'éteigne pas faute de mots nouveaux, petit à petit recouvert de mots étrangers ? Si les entreprises, nouveaux « législateurs des mots », nouveaux constituants globaux, ne le font pas, au fond de leurs poches elles ne trouveront plus que du Droit britannique car c'est la langue qui porte aujourd'hui le Droit. Que les coupables ne s'autorisent pas alors à jouer les victimes.

REPÉRER LA PUISSANCE DU SYSTÈME JURIDIQUE FRANÇAIS  
POUR LES ESPACES JURIDIQUES NOUVEAUX :  
L'EUROPE ET LE DIGITAL

L'essentiel est donc dans le « système juridique » et ce qu'on nous présente si souvent comme ses défauts, voire comme ses ridicules...

Le système juridique français est plein de « prétentions » et de « belles phrases ». Le goût pour la littérature et le théâtre y est pour quelque chose. Il fallait bien être Beaumarchais pour inventer la notion de droit d'auteur, socle européen de la propriété intellectuelle.

Car le Droit partage avec l'Économie un défaut qui est aussi une qualité : la « prétention ». Prétendre, c'est poser un but et se donner les moyens de l'atteindre. L'art aussi a des prétentions. Le gestionnaire n'en a pas : il *deale*, il compose, il survit. Le Droit a ceci d'héroïque, et donc de ridicule aussi, de prétendre créer ce qui n'existe pas, d'avoir en lui cette jeunesse.

Plutôt de ne chercher qu'à pallier ses faiblesses, pourquoi ne pas chercher à développer ses forces, puiser dans sa tradition juridique, sa pensée de « système », son goût pour les mots, les phrases, les déclarations, les principes et les plans ? Tous ces reproches que l'on fait à l'esprit français, qui se développe aussi dans le Droit français, si systématique, pourquoi ne pas y voir ses plus grands atouts ?

Et avec cela, c'est-à-dire le « Droit comme un maillage » avec une trame de principe, une chaîne d'institutions rattachées les unes aux autres par des allées communes qui mènent vers des principes communs qui irriguent de la même énergie l'ensemble du système ? On voit aujourd'hui la performance des ordonnances. N'oublions pas que le Code de commerce reprit l'ordonnance conçue par Colbert, lequel s'était appuyé sur ce qui avait précédé. La mémoire est la qualité première du Droit.

Par un tel maillage de la pensée systématique juridique française, l'on peut construire de nouveaux espaces, comme le pensait

## *Le système juridique français est-il un atout...*

Richelieu, surtout lorsqu'il s'agit de territoires qui sont des territoires que l'on pourrait dire de « pur droit », où « nos » entreprises ont tout à gagner ou à perdre.

### *Le système juridique français, atout acquis du nouveau territoire : l'Europe*

Il est très important pour nous tous que l'Europe existe.

Or, l'Europe est construite par le Droit.

Elle a été conçue selon des esprits français, comme Jean Monnet ou Jacques Delors. Et l'on ne peut nier que la construction de l'Europe est au bénéfice des entreprises européenne, au-delà de la simple liberté d'y circuler et de s'y établir. Elle est même sans doute vitale, et pour les entreprises, et pour le Droit.

Pour de nombreuses raisons. Parce que l'Europe est plus profondément juridique que ne l'est la France, peut-être faute de ces grives que seraient des politiques, on se rabat sur le merle que sont les textes et les jugements, constituant un ordre juridique à la fois autonome et pénétrant dans chacun des États-membres. Parce que l'Europe est souvent allemande et que l'Allemagne respecte davantage l'ordre juridique que ne le font les autres États-membres. Parce que les avancées de l'Union européenne que l'on observe récemment sont marquées par l'esprit juridique français.

Prenons l'exemple de l'Union bancaire. On la croirait écrite sur « page blanche » comme dans les fantasmes des révolutionnaires français, dans ce système porté par les trois cariatides que sont la supervision, la résolution et le fonds de résolution. On retrouve un jardin à la française et une concentration des pouvoirs, servant avant tout les intérêts des opérateurs européens et des institutions financières et bancaires continentales.

L'Europe avancera sur des principes formulés simplement et fortement. Sur des déclarations. Des objectifs simples et non contradictoires. Il est possible que nos entreprises n'en aient pas besoin, que l'absence de frontières leur suffise, que l'absence de territoires

leur profite. Mais l'échec de la technique de la forme sociétaire de la « société européenne » montre que l'enjeu n'est pas qu'affaire d'outils, de mesures ponctuelles, mais il est aussi affaire d'une pensée juridique systématique s'alliant à une vision politique. Comme dans le Droit français classique.

Cette conception forte, simple et de principe, *principles-based* au sens plein et non seulement technique du terme, est encore plus requise dans l'espace qui recouvre désormais tous les territoires : l'espace virtuel dans lequel par exemple chaque adolescent est enfermé dans une « ultramoderne solitude ».

*Le système juridique français, atout possible du nouveau territoire : le digital*

Le système juridique français peut être un atout ou un handicap dans cette perspective de deux façons. Tout d'abord, la régulation de l'espace digital est un enjeu central. On peut la concevoir de deux façons. Soit selon le système juridique anglais : un problème/une solution ; attendons le prochain problème, on trouvera une solution. Soit selon le système juridique français : on pense et on émet des principes sur lesquels les faits et les volontés doivent à l'avenir s'ajuster.

Les économistes britanniques, convergeant avec les travaux américains, affirment que la méthode requise est l'*ex post* et casuistique. Il se trouve que cela correspond au Droit britannique. Sur le fond, ils estiment que l'enjeu est la construction non pas tant d'une Europe digitale mais d'un marché, c'est-à-dire d'une disparation des différences entre les Droits nationaux, pour que le consommateur y soit partout chez lui, que les systèmes juridiques soient partout alignés, et que les frontières que constituent ces différents systèmes s'effacent. Tout ce qui ressemble à un monopole ou à un droit exclusif est préjudiciable aux entreprises dont l'intérêt est considéré, c'est-à-dire avant tout les entreprises de distribution et de transformation des produits.



## *Le système juridique français est-il un atout...*

Mais si l'on éclaire le Droit de la propriété intellectuelle d'une autre façon, et n'est-ce pas l'ambition française ? En effet, une Europe digitale ne peut être qu'une Europe du marché de produits mais bien une Europe de la culture qui prend un nouvel essor grâce au digital. Et si c'est cela, alors c'est bien le personnage de l'auteur qui est au centre, c'est bien le lien entre le Politique et le Droit qui est à l'œuvre.

En outre si l'on veut bien présumer que les entreprises françaises ont intérêt à une conception française dans laquelle des principes sont posés, dans un vocabulaire juridique exprimé en français, le groupe des 29 régulateurs de protection des données personnelles, le rôle majeur joué par la Cnil, le Règlement général européen de protection des données personnelles, d'inspiration française, sont un atout. L'idée est que la régulation du digital passe par la protection par les autorités publiques des personnes, le contrôle des contenus ne devant pas être laissé aux seuls opérateurs américains. Il ne l'est plus aujourd'hui, parce que des principes ont été rappelés.

Le second enjeu du digital est la protection des créateurs. Beaumarchais en inventa l'idée, qui fonde le Droit français, selon laquelle ce ne sont pas les fabricants du support qui doivent avoir le plus de prérogatives juridiques mais bien ceux qui en ont l'idée (non pas l'industriel libraire, mais le génial écrivain...). Il en résulte une Europe digitale qui est en intimité avec une Europe politique de la culture dont les entreprises européennes doivent être les agents actifs, avec les gouvernements et les créateurs. La culture, c'est la civilisation même et pas seulement un marché sur lequel l'on circule, un réseau poreux où l'on entre et l'on sort sans rien payer à ceux qui ont créé ce à quoi l'on accède, modèle qui enrichit les entreprises qui n'ont fabriqué que les pelleteuses creusant aujourd'hui dans la culture européenne.

Mais ce modèle économique n'est possible qu'adossé à des règles juridiques qui le favorisent, comme le principe juridique nouveau qui serait la « neutralité du net », consistant à enrichir les entreprises de l'aval (distribution) au détriment des entreprises de l'amont

## Réformes et transformations

(création), c'est-à-dire à enrichir les États-Unis (entreprises du numérique) au détriment de l'Europe (fond culturel). Ce modèle économique est alimenté par des théories juridiques comme l'*open data* qui rendent gratuitement accessibles les données techniques et culturelles, situées avant tout en Europe. Ce modèle économique efface l'auteur, réduit à être un agent économique intéressé par son futur enrichissement, le « droit moral » étant présenté comme un archaïsme empêchant la circulation des œuvres et leur banalisation concurrentielle. Cela permet surtout aux grandes entreprises américaines de disposer entièrement des œuvres comme des produits, qu'ils peuvent segmenter puis reconstruire, la notion d'œuvre ayant vocation à disparaître sous la notion générique de « donnée ». Ainsi, pour ce pays à la littérature magnifique mais récente, un livre n'est jamais qu'une sorte d'information que l'on peut saisir par un prix.

Quand la propriété littéraire et artistique aura fini de se dissoudre non seulement dans le Droit de la propriété intellectuelle, mais encore dans le Droit du digital, puis dans le Droit de l'information et de l'innovation, le Droit se sera dissocié de la culture. Or, c'est sur la culture que l'Europe doit politiquement se construire. Et non seulement nos entreprises, et pas seulement nos entreprises culturelles, mais encore nos territoires, et pas seulement la ville de Bordeaux d'où vient le vin qui exprime la culture française, doivent aider le système juridique français à avoir encore la prétention de penser la création sur un autre mode que celui du rendement financier.

En effet, et finalement, là où le système juridique français devient un handicap, c'est lorsque nos entreprises ou nos territoires lui demandent trop peu.