

Présentation de l'ouvrage

Guy CANIVET
Marie-Anne FRISON-ROCHE

La réflexion est toujours bienvenue, elle est plus ou moins nécessaire dans le moment présent. Il y a plus ou moins urgence. Aujourd'hui, pourquoi faut-il réfléchir sur la mesure de l'efficacité économique du droit ? Parce que cette évaluation, naguère objet de discussion et de doctrine, qui avait donc pour elle le temps infini du débat, est en train de s'élaborer par le vaste mouvement lancé par la Banque mondiale. Un enfant dirait qu'on le fait désormais « en vrai ». En vrai et en grand, puisque la comparaison de l'efficacité économique du droit porte sur 150 pays.

Avec la méthode, le sérieux et l'obstination des institutions, la Banque mondiale a ouvert la question de l'évaluation économique du droit. On a parfois emprunté l'image de la boîte de Pandore pour en rendre compte. Mais la légende, dans la version antique, visait une boîte contenant tous les maux qui s'envolent et s'abattent dans le monde, quand la curiosité de Pandore, conçue par Zeus pour punir les hommes, l'emporte sur la prudence prônée. N'employons pas cette image, le malheur n'est pas venu de la Banque mondiale et on ne peut prétendre *a priori* que, saisie de curiosité pour le droit, elle a détruit les vertus et le savoir juridiques, répandant économisme et esprit de *Common Law*. Pas de procès d'intention.

La Banque a ouvert le débat non pas en posant la question, mais en passant directement à la réponse, c'est-à-dire à une évaluation des différents corps de règles juridiques des différents pays dans leur aptitude à favoriser un essor du pays produit par l'initiative économique spontanée de la population. Les études annuelles se succèdent, *Doing Business in 2004 – Understanding Regulation* / *Doing Business in 2005 – Removing Obstacles to Growth* / *Doing Business in*

2006 – *Creating Jobs*. Ces rapports constituent un constat et un programme. À preuve, les rapports visent comme année pertinente non pas l'année de parution mais l'année suivante. Par exemple paraît en 2005 le rapport « pour 2006 ». L'évaluation est donc une sorte de leçon, que l'on doit retenir pour infléchir l'action de demain,

Il est urgent de réfléchir puisque l'action est en marche, sans la qualifier de bonne ou de mauvaise. La nécessité est aussi une opportunité, parce que la Banque explicite ses critères, ses méthodes, ses résultats, ses classements. S'exposer à la critique, c'est non seulement susciter le débat, et les rapports *Doing Business* l'ont fait assurément, mais c'est encore s'offrir à lui, ce dont on doit lui savoir gré. Le présent ouvrage est donc un dialogue.

L'ouvrage tout à la fois suit les études de la Banque mondiale et, parce qu'il s'agit de les confronter à des réflexions soit plus générales soit plus précises, prend distance par rapport à elles. Des contributions préalables visent à expliciter ce qu'exprime l'entreprise de la Banque mondiale, c'est-à-dire *l'idée même de mesure économique du droit*. Le travail mené est enraciné dans cette idée, cela n'empêche qu'elle doive être justifiée : pour accepter les résultats, il faut être suffisamment sûr de la prémisse. Cela fait, une perspective plus analytique et plus technique peut être empruntée par la première partie de l'ouvrage, par l'étude des objets de l'évaluation économique du droit, qu'ils aient été choisis par la Banque mondiale, tel le droit de la faillite ou le droit du travail, ou qu'ils aient vocation à l'être, comme la procédure. À partir de là, une voie plus synthétique peut enfin être empruntée par la seconde partie du livre, c'est-à-dire les méthodes retenues pour procéder à une évaluation pertinente, quel qu'en soit l'objet ou le pays d'origine.

L'opportunité d'opérer l'évaluation économique du droit et l'évolution de la méthode que la Banque a conçue pour la concrétiser est analysée par **Roberto Dañino**. L'auteur rappelle que le droit est crucial pour le développement économique. Pour faciliter cette expansion, le droit doit être simplifié, être un rempart contre le pouvoir injustifié d'autrui, protéger les pauvres, notamment en leur assurant un accès à la justice. Les droits doivent se rapprocher mais il n'est pas question ni d'imposer un modèle unique ni d'exprimer une préférence de principe pour l'un ou l'autre, ni de faire recopier par les pays en voie de développement un modèle dominant. Pour guider les législateurs dont la souveraineté doit être sauvegardée, on peut tirer de l'observation internationale des principes communs, comme l'impartialité ou la prévisibilité, mais aussi s'adapter aux particularités des pays, dont le contexte politique et social est déterminant.

Explicitant l'approche de la Banque mondiale sur l'efficacité économique de la réglementation, **Michael Klein** souligne que la performance économique tient beaucoup à la confiance que chacun peut avoir dans les institutions. En outre, les bonnes décisions macroéconomiques et institutionnelles tiennent à l'ampleur et à la qualité des données, ce vers quoi tend le travail *Doing Business*, sans vouloir imposer à travers ces chiffres des jugements de valeur et en permettant aux

gouvernants de profiter de la comparaison des solutions de 150 pays sur des problèmes précis. Malgré cette masse d'informations, il est devenu plus difficile que jamais de prédire les évolutions du monde et il n'est pas question d'imposer un modèle pour celles-ci. Les études cherchent au contraire à ouvrir le plus de comparaisons et de perspectives diverses possibles, au sein de sociétés complexes mais dont certaines ont su limiter les contraintes sur l'initiative économique pour permettre à la richesse accumulée d'organiser des transferts sociaux. Ainsi, la réglementation peut devoir être complexe mais, dans le même temps, son usage pour l'entrepreneur doit être le plus simple et aisé possible.

Continuant l'analyse d'ensemble des rapports *Doing Business*, René Sève les insère dans le couple « légitimité *versus* efficacité » qui traverse tout système juridique. Ces rapports cherchent à la fois à améliorer l'effet bénéfique du droit et sa rationalité. L'auteur rapproche les points d'analyse des études menées avec les courants philosophiques traditionnels et relève quelques « péchés de jeunesse » de l'analyse, notamment à propos de l'emploi et de la protection sociale. Pour l'auteur, l'entreprise entamée par la Banque mondiale est encore une *start-up*, à encourager.

La partie préalable de l'ouvrage s'achève sur l'appréciation de l'évaluation économique du droit en elle-même. Marie-Anne Frison-Roche reprend les oppositions de principe à cette idée, notamment au nom de l'incommensurabilité du droit. Elle approuve la démarche de principe de l'évaluation, car le droit est aussi un instrument d'efficacité. Au-delà, celle-ci a l'effet heureux d'obliger les titulaires du pouvoir juridique à rendre des comptes, ce qui limite leur puissance et permet un débat démocratique. Cette démarche d'évaluation, fondée et profitable doit être infléchie dans sa méthode, notamment pour que l'objet en soit le droit, comme interaction entre des règles, des personnes et des principes directeurs, et non pas seulement la réglementation.

La première partie de l'ouvrage, consacrée aux *objets de l'évaluation économique du droit*, s'ouvre sur des contributions sur les droits de la faillite. Alain Couret souligne l'intérêt des informations ainsi recueillies et confrontées mais montre que les comparaisons sont parfois menées entre des situations perçues comme comparables alors que les chiffres obtenus n'y ont pas la même signification, par exemple en raison des variations quant aux types de personnes aptes à faire l'objet d'une procédure formelle de faillite. Par ailleurs, la Banque passe du constat au normatif, en affirmant que la « bonne » loi sur la faillite est celle qui privilégie les créanciers. Cela ne va pas de soi et l'auteur le discute au regard des systèmes favorables au débiteur. Enfin, les critères qui sous-tendent le jugement porté sur les différents droits sont parfois idéologiques et la technique de l'étude comparée d'un cas construit comme exemplaire peut ne rendre compte des droits, si l'histoire hypothétique ne correspond pas au cas le plus usuel.

Sur ce même thème, Perrette Rey revient sur la question de l'opportunité même de mesurer l'efficacité économique du droit des entreprises en difficulté. L'auteur estime que la mesure est souhaitable dès l'instant qu'on n'oublie pas que ce sont des hommes qui sont l'objet des règles, ne serait-ce qu'en raison de la

difficulté de réussir un droit de la faillite. Mais lorsqu'on y procède, il ne faut pas oublier que cette matière est affaire d'équilibres, sans prévalences aussi tranchées que celles perçues dans les rapports de la Banque mondiale. Enfin, les procédures de prévention sont un dispositif essentiel et vertueux du système, ignorées de l'étude.

À cela **Simeon Djankov** répond que les économistes qui ont conçu les rapports *Doing Business* assument effectivement une démarche normative : si une loi est bonne pour l'entreprise ou les créanciers, le recours qui y est effectivement fait est un très bon indice, de sorte qu'un chiffre bas d'usage du dispositif légal dans un pays est un mauvais signe et non la preuve d'un succès. En outre, la Banque mondiale ne promeut pas particulièrement les systèmes de faillite favorables aux créanciers, l'essentiel étant la meilleure allocation de l'argent dans une perspective de richesse collective. Elle paraît supérieure dans les pays de *Common Law*. Enfin, dans l'avenir, les critères et les cas seront diversifiés, et les procédures de prévention seront considérées, pour mieux rendre compte de l'efficacité des droits nationaux.

Passant au droit du travail, **Bernard Teysié** s'interroge sur la pertinence économique de la règle de droit en cette matière. Le rapport n'envisage que les rapports individuels, alors que la règle résulte en la matière aussi bien des rapports collectifs et des accords que de l'ordre de la loi. Par ailleurs, le droit du travail français apparaît plus adéquat qu'on ne le prétend, lorsqu'on prend en considération les critères pertinents de capacité de l'entreprise à recourir au personnel dont elle a besoin, à adapter ses effectifs aux variations de la conjoncture économique, à adapter le volume d'activité de ses salariés et à inciter à l'amélioration de la productivité, tout en maintenant la paix sociale et en régler les conflits collectifs.

Y répond **Carmen Pages**, qui souligne les mérites d'un droit social flexible, lequel n'équivaut pas nécessairement à un droit minimal. Un droit du travail peut être protecteur et avoir un effet bénéfique sur l'économie. Il demeure que la protection des travailleurs a souvent un effet délétère sur l'emploi, la détérioration de celui-ci laissant tentant l'accroissement en spirale de la protection, le mouvement aboutissant à une économie souterraine sans aucune protection, notamment pour les femmes et les travailleurs non qualifiés. Pour être bénéfique à la fois aux entreprises et aux travailleurs, ce qui est le critère de l'efficacité du droit, celui-ci doit être mesuré en comparant des entreprises analogues soumises à des droits du travail différents, ou en reconstituant la comparaison à partir d'un cas hypothétique.

La procédure, enfin, mérite une analyse spécifique. **Guy Canivet** reprend la considération qui en est faite dans les rapports à travers notamment l'exécution des obligations contractuelles. En la matière, la procédure de l'injonction de payer a fait ses preuves. Mais l'efficacité n'est pas la seule référence de fonctionnement des juridictions, qui doivent être notamment gouvernées par le souci du procès équitable et de la prééminence du droit. L'institution judiciaire doit être forte, y compris pour que s'y appuient les modes de règlement alternatif des conflits. Les critères d'évaluation doivent donc être divers et fins, par exemple la

capacité à juger des cas complexes. En outre, l'efficacité de l'administration de la justice doit être évaluée en elle-même. Le Conseil de l'Europe établit des indicateurs de qualité pour la justice, la satisfaction et la confiance des justifiables étant un mode de légitimation précieux lorsque les juges ne sont pas élus. C'est pourquoi l'indépendance de la justice, la compétence et l'impartialité des juges responsables doivent être confrontées au coût pour les assurer.

L'ensemble de ces affirmations est approuvé en soi par **Christina Biebesheimer**, qui souligne cependant que ce n'est pas l'objet des rapports *Doing Business*, lesquels ne visent pas à établir des systèmes judiciaires de qualité. D'autres travaux de la Banque mondiale expriment ce souci et cherchent les bons critères d'évaluation et leur bonne combinaison, se heurtant souvent à la difficulté de collecter des données dans certains pays. Il faut d'ailleurs distinguer les pays dans lesquels l'institution judiciaire est très faible, auquel cas il faut renforcer sa capacité à rendre des jugements, des pays dans lesquels l'institution fonctionne correctement. Les évaluations ne peuvent d'ailleurs prétendre restaurer d'une façon neutre et totale la réalité, et l'élaboration des critères doit se sophisticationner. Le projet *Doing Business* se contente quant à lui d'étudier certaines procédures spécifiques directement connectées à la vie des entreprises, mais les deux peuvent se croiser et s'enrichir.

La seconde partie du livre reprend la question de l'évaluation économique du droit d'une façon à la fois plus transversale et plus méthodologique, à travers les *critères de l'évaluation économique du droit*.

Dany Cohen en ouvre l'analyse, affirmant que le choix des critères d'évaluation renvoie nécessairement à une certaine conception de la fonction du droit. Sur l'entreprise même d'évaluation, l'auteur souligne qu'elle intervient dans un moment où la prospérité économique est elle-même en cause, avec l'idée que le droit doit servir les investisseurs, ce qui peut l'éloigner de sa fonction traditionnelle de protection du faible, et la perception du droit comme s'il n'était que contraintes et interdictions. Si l'on revient à la méthode, celle-ci est souvent déficiente. Par exemple, on ne peut évaluer l'efficacité des contrats à la seule promptitude du juge à protéger le créancier, ne serait-ce que parce que le créancier peut avoir raison, et parce qu'on ne peut généraliser de telles propositions. De la même façon, la rigidité en matière d'embauche peut être une protection, notamment parce qu'un contrat à durée indéterminée peut s'avérer le plus souple. Enfin, évaluer par des exemples-types est dangereux lorsque le modèle n'est pas assez représentatif.

Ces pièges de l'évaluation économique du droit sont mis en exergue par **Christophe Jamin**. Il souligne l'intérêt d'une analyse portant sur les résultats mais s'interroge sur la neutralité du regard ainsi porté. En effet, l'analyse est prescriptive en ce qu'elle renvoie à la conception d'une certaine fonction sociale du droit, le marché ayant valeur normative, ce qui renvoie à la culture des pays de *Common Law*, loués par principe en ce qu'ils font moins place à la réglementation. Une primauté métajuridique est donnée dès le départ à un modèle intellectuel ainsi naturalisé. Par ailleurs, ne peut-on reprocher aux rapports *Doing Business* leur

manque de réalisme, par l'usage de la méthode quantitative et l'emprunt à la théorie du choix rationnel ? Ne donnant pertinence qu'à ce qui est vérifiable, des éléments juridiques aussi importants que le principe de bonne foi ou l'abus de droit ne sont pas saisis. En outre, les règles ne valent que par l'usage que les interprètes en font. La progressive et saine conscience que les auteurs en ont les conduit vers un très dur et long chemin.

Ce même mélange d'approbation et de mise en garde marque la contribution sous l'angle économique de **Pierre Salmon**, qui apprécie les informations que les rapports offrent grâce à leur évaluation par comparaison des résultats, ce qui résout les difficultés d'une connaissance interne des mécanismes à l'œuvre. L'information et la comparaison des effets secondaires de l'application des règles sont particulièrement précieuses. Mais au-delà du travail d'information, il y a incitation, il y a prescription. Or, le lien avec les familles de systèmes juridiques (*Common Law*, droit civil français, droit civil germanique et droits scandinaves) est plus ténu que le rapport ne le sous-entend, et la relation avec des variables macroéconomiques et des indicateurs synthétiques est quasiment absente. L'ampleur de la tâche et la mission très globale de la Banque peuvent l'excuser. Le passage de cette information comparative à l'action politique peut s'opérer par la diffusion des bonnes pratiques, par l'émulation entre pairs, par la concurrence politique, par la volonté d'obtention d'aides internationales. Les rapports de la Banque mondiale comptent sur les quatre. Mais la priorité donnée aux dimensions mesurables du droit produit des effets pervers, notamment en ce que les pays ne chercheraient plus à améliorer que le mesurable, et que l'adoption de mesures conseillées peuvent perturber des équilibres politico-économiques propres au pays. Des changements majeurs ne sont pas requis dans la démarche de la Banque mondiale, il s'agit plutôt de l'infléchir et d'apprécier l'analyse dans la durée.

Les indicateurs pour apprécier la performance économique du droit sont analysés par **Bruno Deffains** et **Bertrand Chopard** lorsqu'ils sont appliqués à la matière financière. Le critère repris par la Banque mondiale est celui de la protection de l'action minoritaire, ce qui renvoie à la culture économique et juridique des Anglo-américains. Il en ressort l'affirmation dans de nombreux travaux de la supériorité du droit de *Common Law*. En outre, si l'on entend la finance au sens large, la protection par le droit de la faillite des créanciers peut s'avérer inefficace économiquement, par exemple en relâchant le contrôle du créancier sur l'entreprise. D'une façon plus large, il est difficile d'affirmer la supériorité de la *Common Law* sur la *Civil Law*, car la première est plus souple mais plus imprévisible et la seconde plus rigide mais aussi plus sûre.

Prenant à son tour une perspective particulière et méthodologique, **Anne Perrot** prend l'exemple de l'évaluation économique de l'action des autorités de concurrence. Les indicateurs prônés et appliqués ajoutent à l'évaluation de la règle l'évaluation de l'institution et de la procédure menée par elle ou devant elle. L'enjeu, et la difficulté, est de mesurer les gains pour la collectivité de ces activités. Cela passe par l'estimation du coût de la prise d'une décision par une autorité de concurrence, de l'estimation du bien fait à l'économie par l'application du

droit de la concurrence, notamment par l'avènement ou non de récidives montrant les taux de détection, et de la mesure de l'efficacité préventive, notamment à travers les investigations menées sur les marchés.

L'ouvrage est clos par **Jean-Paul Betbèze** qui conclut sur l'objet même de l'évaluation économique, qui se confond avec l'objectif de cette évaluation. Il souligne tout d'abord que le goût pour *l'esprit des lois*, qui se prête à l'abstrait, n'empêche que les lois sont dénombrables et mesurables. Dès lors, la démarche empirique de la Banque mondiale est profitable. L'essentiel est de savoir ce qu'efficace veut dire, car on conçoit que la simplicité est au premier abord plus efficace, sauf lorsque la situation est elle-même complexe. Par exemple, ce qui doit être comparé est davantage la dynamique du modèle social que le coût immédiat de son fonctionnement. Évaluer le droit est à la fois nécessaire et compliqué, l'alchimie à jeu répété entre le capital, le travail et le crédit devant être mesurée concrètement et dans la durée. Si l'on passe de la légèreté de la contrainte à l'efficacité de la contrainte, en intégrant la confiance et la durée, on devra aller vers : *Doing fair and sustainable business in the long run*.

