

L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités à Sciences Po
Directeur de la Chaire Régulation

Pourquoi l'entreprise de la Banque mondiale de mesurer l'efficacité économique du droit a-t-elle produit une telle réaction de désapprobation en France ? Sûrement en raison du classement désobligeant et des tournures tranchantes, mais encore et fondamentalement par la double affirmation selon laquelle il convenait de procéder à cette évaluation et qu'on le pouvait.

Le fait que la discussion, surtout en son début, n'ait guère porté sur des points précis des études en cause mais ait été plutôt enfourchée sur le thème de la guerre des systèmes, système romaniste contre système de *Common Law*, indique que le débat s'est situé à un fort niveau d'abstraction et d'agressivité. Ceux-ci vont bien ensemble.

La difficulté à suivre la dispute vient en partie du fait que les belligérants changent de type d'affirmation sans toujours prévenir, entre l'argument selon lequel l'évaluation ne devrait, par principe, pas se faire et l'argument selon lequel elle ne pourrait pas se faire d'une façon probante, argument ontologique, argument pratique, le discours rebondissant de l'un à l'autre, les mêlant et les renversant. On doit pourtant les distinguer soigneusement.

L'on peut soutenir qu'on ne devrait pas mesurer l'efficacité économique du droit, cette évaluation constituant une perspective que nul n'aurait jamais dû ouvrir, ni la Banque mondiale ni avant elle les influents universitaires du courant *Law & Economics*. Il s'agit d'une prise de position forte contre l'idée même, rendant sans objet la question de la faisabilité. Il est concevable aussi d'adopter l'argument faible, consistant à admettre par provision l'opportunité de l'évaluation, mais à affirmer qu'il n'est pas utile de chercher plus avant car celle-ci n'est pas réalisable. L'argument est alors d'ordre pratique, d'intendance. Il n'est guère

utilisé, notamment du fait qu'il incite alors au progrès des méthodes, réaction qui ouvre la voie à la victoire, certes différée dans le temps et progressive, de la thèse favorable à l'évaluation.

Dans une troisième perspective, l'on peut poser l'idée même selon laquelle il serait opportun, profitable, voire nécessaire, de mesurer les effets économiques du droit, encore faut-il que cela soit possible. L'enjeu est alors de méthode.

La position prise par cette contribution – puisqu'il y a dispute, il y a position – consiste tout d'abord à approuver l'idée même de l'évaluation de l'efficacité économique du droit, en rendant hommage à son effet heuristique révélant une dimension du droit, même s'il faut ne pas prétendre qu'elle le résumerait tout entier. Dans un second temps, il convient de suggérer des améliorations substantielles sur la façon d'y procéder. En effet, s'il ne s'agit pas d'une guerre des mondes juridiques, il demeure que le droit, construit comme un système, n'est pas une accumulation de mesures éparses mais la mise en interaction de celles-là, cette distinction entre le droit et la réglementation étant essentielle et pour l'instant peu considérée.

§ 1. L'idée même de mesurer l'efficacité économique du droit

À vrai dire, on se demande pourquoi on n'a pas procédé plus tôt sur une grande échelle à la mesure économique du droit. Un bon effet de l'étude de la Banque mondiale est d'avoir produit par réaction des démarches françaises dans ce sens. Quels que soient les motifs, l'essentiel est le résultat ainsi heureusement obtenu. Cette prise en considération tardive des effets économiques du droit tient sans doute à des traditions nationales, expliquant que l'on ait délaissé en France l'analyse économique du droit. Il est difficile de trouver une autre explication car une telle analyse, permettant la compréhension d'un phénomène ainsi que l'intégration de la connaissance qui en est déduite dans l'ordre du monde et des conduites, ouvre donc une voie à la théorie, à la critique, au débat.

La sociologie du droit, qui recherche elle aussi des lois de causalité entre les règles et les comportements, et constitue elle aussi une source utilisée pour déterminer la règle la plus efficace possible, inspirant ainsi le législateur, a droit de cité depuis toujours ; l'économie attendait encore à la porte. Même si l'on prend comme argument récurrent que l'analyse économique du droit vassalise le droit à l'économie, il ne s'agirait alors que d'un positivisme, comme on a évoqué le positivisme sociologique lorsqu'il s'est agi que le droit suive les mœurs, le positivisme étant une conception plutôt bien reçue en France. Cela paraît donc davantage affaire de circonstance qu'affaire de nature ; il n'y eut pas un Montesquieu pour étudier les rapports entre le droit et l'économie.

L'idée d'évaluer l'efficacité économique du droit comme mécanisme apte à favoriser le développement de l'économie grâce à des entreprises privées spontanément créées, n'est pas mauvaise en soi parce qu'évoquer cet aspect du droit,

droit appréhendé comme un instrument, ne récuse pas de ce seul fait qu'il soit aussi autre chose que cela. Cette évaluation est au contraire bonne en soi parce qu'elle remet les phénomènes juridiques dans la relation de cause à effet et qu'elle oblige par sa seule menée les détenteurs du pouvoir juridique à rendre compte de l'usage qu'ils en font. L'entreprise ne mérite d'ailleurs pas tant d'honneur et tant d'indignité, car le travail de la Banque mondiale n'a l'ambition que d'évaluer la réglementation, laquelle se distingue du droit et du système juridique.

A. ÉVOQUER UN ASPECT DU DROIT N'EST PAS DE CE SEUL FAIT RÉCUSER D'AUTRES ASPECTS

Ce qui est parfois reproché au courant *Law & Economics*, dont l'évaluation de l'efficacité économique du droit est la fille, le plus nettement sous la plume d'Alain Supiot, vient que la présentation ainsi faite du droit négligerait ce qui est sa raison d'être, à savoir l'institution de la personne, comme ce qui est à la fois commun à tous les êtres humains et incommensurable à chacun. Or, l'analyse économique du droit, et la théorie de la régulation qui en est proche, se passe de cette notion et en cela réduit l'être humain à sa naturalité, sa personnalité mise à nu, favorisant ainsi une emprise sans limite. L'analyse économique, fondée sur le comptage, rend les êtres humains indifférenciés, considérés en masse, et exposés par là à tous les excès de la puissance. D'une façon plus générale et plus courante, il est usuel de soutenir que l'évaluation économique du droit méconnaît le rapport de celui-ci avec les valeurs, c'est-à-dire l'indisponible que le droit exprime.

Le choc peut paraître frontal entre une conception du droit qui institue dogmatiquement la personne, exprime des valeurs non négociables, construisant ainsi la civilisation, et celle d'un droit comme simple outil de réalisation des buts concrets, par exemple la richesse collective, l'instrument étant aussi flexible que cela est requis par le but déterminé, lequel peut être destructeur sans que le droit n'offre alors de résistance. Mais ne pourrait-on admettre que le droit soit l'un et l'autre ? Que le droit soit un mode d'expression des valeurs qu'il institue et dont il ne dispose pas, qu'il soit ce par quoi la fiction de personne advient, c'est-à-dire ce par quoi l'Occident s'est construit, n'empêche pas qu'il est aussi un instrument produisant des effets dont on peut déterminer la nature. On retrouve ici l'idée élémentaire selon laquelle le droit est un art pratique, ce dont étaient bien persuadés par exemple les auteurs du Code civil, dont il est requis de louer la sagesse.

Le seul risque à considérer serait que l'une des acceptions prétende recouvrir de sa supériorité l'autre tout entière, l'étouffer et régner seule. Ainsi, de ne voir le droit que comme un instrument le dégraderait du rang des fondements de l'individu et des sociétés vers celui des instruments de puissance, ce qui présente le danger d'une association directe entre puissances, par exemple la puissance du droit s'accolant sans réserve à la puissance d'agents économiques, faisant reculer l'effet précité de civilisation, qui profite toujours au faible. Symétriquement, partir de cette affirmation pour interdire qu'on mesure l'efficacité du droit, parce

que sa nature instrumentale serait en quelque sorte honteuse, présente aussi un danger : celui de rendre le droit aveugle.

Arrêtons-nous un instant sur ce grief d'un droit aveuglé par la récusation qui serait faite de son instrumentalité. Le reproche ne va pas de soi, non pas dans le fait qu'un droit est aveuglé lorsqu'on ne mesure pas son efficacité, c'est-à-dire son aptitude instrumentale à atteindre des buts, flèche lancée au hasard, mais dans le fait que cet aveuglement constitue vraiment un grief. En effet, depuis toujours, on expose que la justice, yeux bandés, se doit d'être aveugle, expression de son impartialité. Le principe de légalité lui-même suppose l'indifférence aux relations personnelles entre ceux qui exercent le pouvoir juridique et ceux qui en sont destinataires.

Mais l'abstraction de la loi ne signifie pas l'aveuglement aux situations. En effet, l'abstraction consiste simplement à mettre en forme une multitude de situations concrètes, par exemple jusqu'à arriver à parler du « vendeur », cela n'implique en rien que l'on ne peut mesurer la façon d'agir de celui-ci ni chercher à obtenir un comportement de sa part. Le droit ne se réduit pas à l'activité juridictionnelle, ou plus généralement d'application particulière de la règle — ce qui inclut l'administrateur —, la loi et le contrat notamment sont des modes du droit ayant ouvertement des buts. Législateur et contractants n'ont pas à être impartiaux, ils recherchent l'obtention d'effets. Le jugement lui-même, et plus encore la jurisprudence, doit épouser les buts du droit. L'obligation de donner effet à la volonté des parties au-delà de la lettre du contrat, est-ce autre chose ? Le classique aveuglement tient dans le fait que le juge n'entretient pas en relation avec les parties, demeure neutre à leurs personnalités, selon le principe wébérien de légalité. C'est la même neutralité qui conduit le juge à concrétiser la loi, c'est-à-dire les fins de la loi.

En d'autres termes, le juge doit être impartial. Il se doit d'être aveugle dans ce sens-là et uniquement dans ce sens qu'il est indifférent aux parties au procès, qu'il n'a pas d'affection ou n'est pas acquis à l'une d'elles. Mais il doit être aussi clairvoyant, c'est-à-dire maîtriser les effets de sa décision et faire en sorte que ceux-ci correspondent aux effets recherchés par la loi. Si l'aveuglement requis dans le premier sens nuit à la clairvoyance requise dans le second sens, l'art de juger est détérioré.

En outre, cette instrumentalité du droit ne prétend pas exprimer le droit tout entier. Dans les civilisations occidentales, le droit a un lien avec l'idée de justice et l'idée d'humanité, toute personne en est le gardien, le juge aussi, et l'instrumentalisation du droit s'arrête à ce seuil. Les deux dimensions du droit forment le droit lui-même. L'analyse économique du droit, l'évaluation des performances économiques du droit, en exprime une mais ne prétend pas détruire l'autre. Accuser les rapports *Doing Business* de tuer la dimension essentielle du droit par le seul fait de ne pas en parler relève du discours du complot. Cette lecture qui en est ainsi faite consiste à accuser la méthode d'avoir la rage pour mieux la noyer, rendant honteux ceux qui la pratiquent. Les enragés de *Law & Economics*.

Enfin, la dimension instrumentale du droit laisse entièrement ouverte la question des finalités pour la concrétisation desquelles la puissance du droit, puissance de prescription de comportement et puissance d'organisation, sera sollicitée. Ainsi, la Banque mondiale, parce qu'elle s'est fixé cet objet d'étude-là, mesure l'utilisation du droit pour favoriser l'activité économique privée, en ce que le dynamisme de celle-ci contribue au bien-être collectif. Il n'est affirmé dans aucun de ses rapports qui en résultent que le droit n'est fait que pour cela.

Pour l'exprimer dans un autre vocabulaire, la fonction d'utilité du droit peut être d'une autre nature que la satisfaction des besoins économiques des pays, des groupes et des individus. L'analyse est neutre, supporte les autres dimensions, le grief contre l'analyse économique, y compris formulé par Amartya Sen, d'écrasement des autres dimensions, notamment l'objectif moral, méconnaît cette neutralité.

C'est précisément à ce titre que l'on peut faire un reproche à l'analyse de la Banque mondiale, lorsqu'elle quitte cette neutralité. En effet, la mesure de l'effet économique des règles juridiques dérive dans du prescriptif quand les études suggèrent que les autres fins, pour la réalisation desquelles le droit est utilisé, doivent être remises en cause lorsque la satisfaction du but de l'expansion des entreprises privées en est amoindrie. Ainsi, l'analyse de la protection sociale est trop hâtive, notamment parce que s'il est aisé d'observer dans certains pays la coïncidence de la lourdeur réglementaire et financière de cette protection avec un niveau élevé de personnes inemployées ou employées d'une façon occulte, cela ne condamne pas en soi le système, dans d'autres pays emplois et protections s'articulent.

Les rapports donnent des exemples de liens empiriquement observés entre le caractère pléthorique de la réglementation et l'ineffectivité de celle-ci, particulièrement dans le rapport pour 2006, titré *Creating Jobs*. Mais cela vaut exemple, cela ne vaut pas loi : ce n'est pas parce qu'une réglementation est complexe qu'elle est inefficace. Ainsi, des coïncidences, même plusieurs fois observées, ne valent pas loi de causalité, la seule dont on puisse tirer des enseignements normatifs. Précisément, la grande vertu de cette mesure d'efficacité du droit est d'insérer celui-ci dans le mécanisme de la causalité.

B. L'INSERTION DU DROIT (ET DES JURISTES) DANS LA CAUSALITÉ

Si l'on recherche des explications plus psychologiques à l'opposition que rencontre l'entreprise d'évaluation de l'efficacité économique du droit, on peut penser que l'achoppement ne se situe pas tant dans le lien opéré entre l'économie et le droit que dans le principe même de l'évaluation. D'une façon plus générale, le système français accepte difficilement les mécanismes d'évaluation, des professeurs ou des fonctionnaires par exemple, car l'évaluation appelle inévitablement le classement, voire la récompense. L'idée de recevoir des coups de règle n'est pas plaisante, la place de l'élève n'est pas enviée, la pensée vient : « Qui t'a fait évaluateur ? »

Si l'on surmonte cet aspect subjectif pour revenir à ce qu'est le processus objectif d'évaluation, celle-ci n'est pas la simple mesure des effets d'un phénomène, par exemple de ce qu'engendre l'adoption d'une règle, mais la corrélation de ces effets avec la finalité recherchée par l'adoption de cette règle. En cela, l'évaluation est une mesure d'efficacité. Elle insère donc l'acte de souveraineté adopté par le législateur et par les contractants dans une causalité, cette dernière donnant prise à une appréciation.

Or, Michel Bastit a montré que la conception moderne de l'acte législatif, auquel l'acte contractuel, petite loi, se réfère, suppose que la loi soit sa propre cause, la volonté du législateur et la loi ne faisant qu'un pour s'unir dans l'idée de souveraineté. En conséquence, l'acte du juge lui-même a certes une cause qui lui est extérieure, il n'est qu'acte d'application, mais sa seule cause est la loi. Ainsi le système juridique est-il normativement autonome.

À l'inverse l'évaluation de l'efficacité économique du droit insère la loi dans un système de causalité, comme le fait d'ailleurs la perspective sociologique. En effet, quand bien même la loi ne serait prise dans un premier temps hypothétique que par un pur acte de volonté, sans être une sorte de réponse à une situation de fait, par exemple d'affaiblissement économique du pays ou d'un taux de chômage l'affectant, l'évaluation, confrontant la loi adoptée à la corrélation entre ses effets et les buts qu'elle poursuivait, l'insère dans un mouvement conduisant à sa réforme pour mieux ajuster effets et buts. La seule façon d'échapper à cet enchaînement est d'assumer que la loi ou le contrat seraient sans but.

Dans ces conditions, si la loi et le contrat ont un but, alors l'acte de juger lui-même change, quand bien même on ne le pense pas à travers un pouvoir autonome, car sa cause n'est pas la disposition technique de la loi mais la finalité que celle-ci poursuit. Le fondement du jugement a donc une cause : la finalité de la loi, le juge étant alors le médiateur entre la finalité de la loi et les effets du jugement, qui doivent coïncider. Il s'agit d'un autre enchaînement nécessaire.

En quoi ce double enchaînement, produit par l'évaluation économique du droit, est-il vertueux ? Parce que, tautologiquement, l'évaluation contraint à rendre des comptes sur l'exercice que l'on a fait de son pouvoir. L'évaluation est par nature une limite dans l'exercice même des pouvoirs, dès l'instant qu'il existe par ailleurs une structure politique et technocratique, qui prend en considération les résultats de l'évaluation. Cela montre le lien essentiel entre évaluation et démocratie. Les pays démocratiques, comme la France, ont tout à gagner d'enrichir le débat technique et public par les évaluations, tandis que l'une des raisons pour la Banque mondiale de procéder à de telles mesures est de susciter un débat de cette nature dans les pays au sein desquels le pouvoir est confisqué.

Cette limitation du pouvoir juridique du seul fait de la mesure s'opère ainsi, de façon égale, de l'intérieur et de l'extérieur du droit. Là aussi sans doute le bât blesse : la limite du pouvoir naît du partage du pouvoir entre juristes et non juristes. Comme tout ce qui est désigné naïvement comme « sciences auxiliaires du droit », la confluence des techniques implique le partage du pouvoir d'expertise, ici entre juristes et économistes, rendant ces derniers aptes à se mêler de l'art

de légiférer et de juger. Dont acte, le monopole des juristes sur le droit ne peut perdurer, mais ils ne peuvent non plus en être dessaisis, ce qui devrait être apprécié dans un contexte français où l'on ne cesse d'entendre des lamentations rapportant que les Énarques auraient volé le feu du pouvoir juridique...

Pour résumer, l'ensemble du mouvement déclenché par la mesure repose tout entier sur l'admission de la causalité. Parce que la causalité met le droit en rapport nécessaire avec son objet, ici la réalité économique, le lien entre le droit et son objet se nouant dans la considération de l'efficacité économique du droit, le droit est perçu comme cause d'un effet économique, et la prospérité économique comme but recherché par l'instrument du droit, ce qui pousse l'objectif économique à devenir la cause de l'adoption du droit. Ainsi, cette conception ouvre à l'intervention légitime des économistes dans le droit, au regret de certains juristes.

C. L'AVANTAGE D'OBLIGER LES ÉTATS ET LES AUTEURS DU DROIT IMPOSÉ À AUTRUI D'EXPLICITER LEURS FINS

Nous avons donc vu que la seule admission requise pour qu'ensuite les enchaînements se déroulent, est le constat que l'acte juridique a un but, soit rattaché directement à la volonté de celui qui crée du droit, loi ou contrat, soit indirectement lorsqu'il s'agit d'un juge qui applique les règles du système juridique. De tout temps, la *ratio legis* a existé, même dans le système de la loi moderne ces raisons d'adopter la loi ont une pertinence en tant que guides de l'interprétation légitime.

La différence tient dans le fait que traditionnellement ces raisons restent si ce n'est cachées à tout le moins dans le repli du droit, dans le creux des travaux préparatoires ou des préambules du contrat, sans portée normative. L'évaluation oblige à détacher les objectifs de la masse de ce qui donne du sens au droit, à les déterrer pour les expliciter. On glisse alors dans le normatif, puisque le droit devient gouverné par trois exigences. La première est donc l'explicitation des buts, soit uniques, ce qui réduit les marges de l'interprétation, soit pluriels, ce qui oblige le législateur à les corrélér, par exemple en les hiérarchisant. La deuxième est l'aptitude du système à faire en sorte que les objectifs soient atteints, notamment par le recours de rigueur à l'interprétation téléologique par l'administrateur et par le juge, raisonnement que l'on pourrait dire de droit dans l'application du droit économique. La troisième est la nécessité de réforme de la loi à l'aune de l'incapacité constatée du système à concrétiser les objectifs.

La souveraineté n'est pas exclue par un tel fonctionnement, mais elle glisse du choix de la technique juridique utilisée à l'acte de détermination de l'objectif en vue duquel elle sera adoptée. Cela conduit à revenir sur une discussion précédemment évoquée. En effet, dès lors qu'il n'existe pas un élément fixe, comme pourrait l'être la personne, la neutralité du droit par rapport à l'objectif peut constituer un danger, le droit prêtant au but sa puissance et sa légitimité, dès l'instant que la procédure d'adoption de la norme est conforme. Le droit comme instrument disponible pour tout, donc aussi pour le pire. Mais l'on peut très bien

poser par ailleurs que certains buts sont exclus. Ainsi, l'analyse économique du droit peut très bien supporter l'exclusion de certains desseins et de certains moyens, par exemple l'esclavage comme mode d'organisation du travail. C'est alors à la communauté politique de poser ces limites, au besoin par référence à la nature des choses ou à la nature du droit. La dialectique entre la nature, au besoin la seconde nature de l'homme constituée grâce au droit, et la souveraineté, demeure à l'œuvre dans la détermination des fins, l'évaluation de l'aptitude des actes juridiques à les concrétiser restant valide et profitable.

La mesure de l'efficacité a ainsi la vertu d'obliger les États, les juges, les législateurs, à dire ce pour quoi ils ont exercé leur pouvoir. L'évaluation établit une ascèse de l'explicitation des fins. Le juge, contraint à la motivation, l'admettra plus facilement que les autres auteurs du droit, cette obligation venant d'une tradition d'un juge non souverain. Les auteurs souverains n'en sont plus désormais épargnés. Il ne s'agit que d'une obligation de révéler, donc d'une obligation démocratique, et non pas de guider les objectifs. Le système législatif n'est pas endommagé, il est amélioré. Cette explicitation des fins donne un tour doctrinal à l'exercice des pouvoirs juridiques, puisqu'il faut restituer à la mesure prise une rationalité, une logique, une causalité, fonction de fluidité rationnelle à laquelle on associe d'ordinaire la doctrine.

Il apparaît que l'évaluation économique du droit, puisqu'elle replace mécaniquement celui-ci dans un système de causalité et de reddition de comptes de l'exercice fait du pouvoir juridique, est un mécanisme de rationalisation du droit et de la limitation de sa puissance. La Banque mondiale fait ainsi œuvre de rationalisation sur un point particulier, à savoir la satisfaction d'un but économique constitué par la richesse collective d'un pays, et sur un point particulier, à savoir la réglementation économique. Il faut restituer à ces travaux la modestie de leur objet, fondement même de leur démarche.

D. SITUATION DES ÉTUDES DE LA BANQUE MONDIALE DANS LA DISTINCTION ENTRE LE DROIT ET LA RÉGLEMENTATION

En effet, même si l'on pourra le lui reprocher dans un second temps, la Banque mondiale n'étudie pas la jurisprudence ou le contenu des contrats, mais la réglementation qui organise chronologiquement la vie d'une entreprise, de la réglementation de la création d'entreprise à la réglementation de sa déconfiture. Dans son premier rapport pour 2004, *Understanding regulation*, ce terme renvoyant à la réglementation, les seuls instruments juridiques sont donc les dispositions générales et abstraites que les entrepreneurs doivent observer comme règle de comportement quand ils veulent agir, c'est-à-dire s'établir, se développer et mettre un terme à l'aventure.

Dans cette optique, il serait injuste de considérer que la Banque mondiale soit par principe défavorable à la réglementation. L'équilibre du rapport pour 2005, parce que l'enjeu est la richesse collective, repose sur la démonstration qu'un minimum de réglementation est souhaitable lorsqu'il s'agit de libérer le goût pour l'entreprise et le goût du risque qui sommeillent chez tout entrepreneur

schumpetérien, mais que néanmoins sa présence est nécessaire lorsque des tiers sont en cause. Voilà explicité un but légitime de la réglementation, à savoir la protection des tiers. L'avenir de la réglementation n'est donc pas de disparaître mais de se justifier davantage par rapport à un but.

L'étude de la Banque mondiale n'adopte donc pas de postulat libertarien : il faut la juste mesure de la réglementation, c'est-à-dire non pas le moins de réglementation possible, mais la réglementation la plus adéquate, c'est-à-dire à son bon niveau d'efficacité, c'est-à-dire ayant le meilleur rendement entre le moyen et le but, ce qui ne suppose pas en soi peu de moyens.

§ 2. Les réserves de principe sur la méthode

Ce que demande vertueusement la Banque mondiale, c'est-à-dire l'explicitation des fins, on peut lui en retourner l'exigence. Or, il y a une ambiguïté dans la détermination de ce pour quoi est menée par l'institution cette mesure de l'efficacité économique des droits nationaux. En outre, revers de la médaille, la limitation de l'objet évalué à la seule réglementation constitue le grand danger de prendre la partie pour le tout.

A. L'AMBIGUÏTÉ DE LA FINALITÉ DES RAPPORTS *DOING BUSINESS*

Quelle est la fin de ces rapports ? Si l'on s'en tient en premier lieu aux titres des volumes, titres dont la fonction ordinaire est de désigner au plus près et au plus dense le contenu, le premier volume, *Understanding regulation*, vise l'ambition de comprendre le fonctionnement concret de la réglementation sur les comportements des entrepreneurs et notamment sur le moment décisif où quelqu'un décide de se lancer.

Le titre du rapport 2005 marque une évolution. Puisque la traduction française en est désormais disponible, il s'agit donc de « lever les obstacles au développement économique ». Or, pour cela, le rapport, explicitant sa méthodologie, pose qu'il faut se faire « comprendre » des gouvernements. Cela est logique puisque la réglementation est leur œuvre, les reproches s'adressent donc à eux, et l'incitation à progresser ne peut trouver meilleure adresse. Le législateur peut défaire ce qu'il a mal fait, reconstruire plus efficacement son dispositif. L'évaluation de l'efficacité économique du droit est donc une sorte de pense-bête, un guide-âne pour législateurs de pays aussi peu matures juridiquement qu'économiquement.

On conviendra que comprendre et se faire comprendre n'est pas la même chose. La division du travail intellectuel s'opère même désormais entre ceux qui, éloignés des milieux de décision, comprennent, en forgeant et en intégrant des informations nouvelles, et ceux, à notoriété plus large, qui traduisent cela pour ceux qui veulent ou doivent en disposer. Le travail est alors celui de la simplification, gage de la compréhension. Les rapports de la Banque mondiale le disent

expressément : pour que l'évaluation de l'efficacité soit efficace, il faut qu'elle soit comprise par les gouvernements, ce qui requiert des critères simples.

Arrêtons-nous sur l'opposition entre la simplicité et le simplisme. La simplicité consiste à ne retenir que l'essentiel en s'épargnant, notamment pour satisfaire l'ambition pédagogique précitée, les détails. La simplicité relève donc d'un art fort difficile, celui de la distinction entre l'essentiel et l'accessoire. Le simplisme consiste à trancher dans la masse pour en retirer le plus facilement accessible à un tiers qu'il s'agit de convaincre, sans se soucier que ce qui ressort de l'opération est encore l'essentiel. Le simplisme est une méthode sophistiquée.

De par le fait que la Banque mondiale soutienne avoir les deux objectifs, ce qui est compréhensible puisque l'évaluation requiert la complexité et puisque l'institution a pour mission d'aider les pays dans leur action, la réglementation relevant des politiques publiques même lorsqu'il s'agit des règles ordinaires des entreprises ordinaires, son discours doit être compréhensible.

Il ne s'agit donc pas d'un défaut, puisqu'il s'agit de la mission même de la Banque, mais d'un risque sérieux car la tentation peut être forte de ne prendre dès le départ que des critères très simples, ce qui aboutira par transitivité à des résultats simples et aisément compréhensibles. Cela détruit le processus d'évaluation lui-même et anéantit donc toute l'entreprise.

Pour l'instant, cela fut souligné maintes fois, les critères utilisés sont simples, visant le plus souvent le temps et le coût des démarches exigées pour tel ou tel acte économique prenant forme juridique, comme la création, l'embauche, le licenciement, l'exécution forcée des obligations, la faillite. Cela mérite-t-il reproche ou attente ? Comme démontré ci-après, s'il ne s'agit que de débiter, il suffira de demeurer dans la voie royale de la facilité, l'expérience et les années suivantes permettant de compliquer les critères, et cela ne mérite que l'attente. S'il s'agit de poser que le temps et l'argent sont choisis en tant que critères satisfaisants, aisés à compter et dont il est astucieux de se prévaloir du fait du pouvoir rhétorique bien connu des chiffres, alors le reproche est mérité, car l'hypothèse sous-entendue est que le droit le meilleur est celui qui prend le moins de temps et d'argent, c'est-à-dire l'absence de réglementation. Un bon droit est un droit mort.

Il convient de se garder des procès d'intention, qui sont menés tambour battant en la matière, de présumer la bonne foi d'une institution internationale, de considérer que les critères simples sont un point de départ pour aboutir à des évaluations plus complexes que l'étude, arrivée à sa maturation méthodologique, parviendra à simplifier, c'est-à-dire en en dégageant l'essentiel, lequel n'est pas nécessairement le plus exemplaire ou le plus frappant. Le mouvement nécessitera une grande rigueur. Ce d'autant plus qu'il convient de suggérer à la Banque mondiale non pas moins mais plus d'ambition, en passant de la réglementation au droit.

B. LA DIFFICULTÉ DE RÉDUIRE LE DROIT À LA RÉGLEMENTATION

En effet, le problème n'est-il pas dans ce qui fait la réussite même ? L'étude isole la réglementation, défaut d'ailleurs souvent partagé avec les recherches de *Law & Economics*. La difficulté vient du fait que le droit ne peut que difficilement être saisi morceau par morceau, alors que la réglementation s'y prête. Cela souligne une difficulté pratique et une difficulté plus fondamentale.

Pratiquement, comme le soulignent les rapports eux-mêmes, la réglementation ne peut être saisie que vivante, c'est-à-dire en intégrant l'usage qu'en font les personnes, avec les tolérances corrélées, l'interprétation qu'en ont les juges, et l'interaction avec l'histoire juridique du pays considéré. Pour l'instant, mais il peut ne s'agir de la simplicité de départ évoquée précédemment, ne créant qu'une attente vers plus de plénitude dans l'analyse, ces racines et ces prolongements sont peu considérés, les textes sont plutôt pris à la lettre, ce qui est une sûre façon de les méconnaître.

Cela peut ne constituer qu'une difficulté concrète, nécessitant l'accroissement de la collecte des données et le recours à de nouvelles méthodes pour les obtenir. L'exercice devient de plus en plus complexe, pas tant par l'augmentation du nombre des éléments pris en compte que par l'entrée en jeu de l'histoire et autres dimensions évanescences plus rebelles à la quantification. Cela peut néanmoins se faire, la puissance de travail et de réflexion de la Banque mondiale peut y pourvoir.

La seconde difficulté est plus fondamentale, donc plus sérieuse. Il faut tout d'abord admettre que la pertinence de l'objet d'étude tient à l'intérêt de cet objet à être cerné et non pas à l'aptitude des outils disponibles pour le faire, position classique certes aujourd'hui délaissée par une pensée qui ne choisit les objets que parce qu'elle peut en dire quelque chose, c'est-à-dire donc à la mesure de ses outils. Nous avons ici un bon exemple de cette conception : la réglementation est un bon objet en ce qu'on peut la saisir, qu'on peut en dire quelque chose, qu'on peut en tirer quelque chose. Mais si l'on prend plutôt comme principe que les objets pertinents sont ceux qui sont intéressants en soi, c'est-à-dire aptes à restituer une réalité, la question de savoir comment on les restitue étant une question secondaire, alors le bon objet n'est pas la réglementation mais le droit.

En effet, la réglementation est une accumulation de dispositions normatives, alors que le droit est un ensemble complexe caractérisé non pas tant par les règles que par les corrélations établies entre elles, les méthodes d'interprétation, les principes propres au système lui-même, notamment la cohérence et la sécurité. Le droit fait vivre les réglementations à travers des principes communs, comme l'exécution générale des engagements ou la protection contre les comportements dolosifs des compétiteurs et de l'administration. Ces principes directeurs et ces corrélations font le droit. Plus encore, quel que soit le système juridique en cause, la concrétisation du droit est assurée, au moins virtuellement, par le juge.

Or, le juge, la procédure, l'organisation juridictionnelle, sont des éléments qui n'apparaissent guère dans les études menées, sauf par effleurement, notamment à propos de l'exécution forcée des obligations. Sans doute parce que les

interférences étant peu perçues, cette perspective est méconnue en tant qu'elle est le socle de toutes les règles. Cela tient peut-être à ce que cette organisation reposant en grande partie sur l'État, elle est perçue comme relevant de cette autre dimension que serait l'organisation publique. Mais la fiabilité du juge est ce qui s'avère le plus requis dans l'aventure économique privée, fiabilité que seul l'État peut fournir, y compris en matière d'arbitrage.

Si l'on évalue le droit, à supposer donc qu'on puisse le faire d'une façon fiable – question seconde, la pondération la plus forte sera donnée à ces principes systémiques, parce que l'entreprise, au sens d'entreprendre une action qui se prolonge dans le temps, a besoin de règles stables, cohérentes et prévisibles, avant même qu'elles ne soient légères. La mesure des dispositifs effectifs limitant l'arbitraire dans le droit tout en ménageant les espaces de liberté pour l'action, l'arbitraire et la liberté étant sœurs, serait d'une grande utilité. Qu'il faille ajuster les instruments d'évaluation pour y parvenir est le second enjeu, conséquent.

La critique, lorsqu'elle est formulée et reçue de bonne foi, conduit soit à reculer soit à accélérer. L'idée suggérée ici est celle de l'accélération, passant de l'évaluation de l'efficacité économique de la réglementation à l'évaluation de l'efficacité économique du droit. Il faut mesurer l'efficacité économique du droit, et non pas seulement l'efficacité économique de la réglementation.

C. LES CONSÉQUENCES MÉTHODOLOGIQUES DU GLISSEMENT DE PERTINENCE DE LA RÉGLEMENTATION AU DROIT

Les conséquences méthodologiques sont de deux ordres, concernant les interconnexions qui font le système, dimension objective du droit, et concernant les personnes qui assurent l'effectivité et la performance de ces interconnexions, dimension subjective du droit. Le droit est un art pratique, cela signifie qu'il est ce que les hommes en font, qu'il dépend la qualité de ceux qui le manient, principalement les administrateurs, les juges et les conseils. Cette qualité des personnes ne peut qu'être un élément important de l'évaluation de l'ensemble.

Sur le premier point donc, il convient d'évaluer les interconnexions elles-mêmes, en ce qu'elles font le droit et donnent sens et vie à la réglementation. Cela signifie que la qualité de l'une rétroagit sur la qualité de l'autre. Par exemple la protection des créanciers à laquelle l'étude de la Banque mondiale accorde grande importance, relève certes du droit de la faillite, mais aussi de l'exécution forcée, deux dimensions analysées d'une façon excessivement distincte, mais encore du droit bancaire et des sûretés, branches du droit non encore examinées.

Plus encore, la concrétisation du système repose sur les juges, en titre ou à travers une administration apte à recevoir les plaintes et à protéger celui dont la prérogative est méconnue. L'évaluation de l'organisation juridictionnelle et des procédures, dans leur adéquation à réagir efficacement, n'est donc pas un pan parmi d'autres de l'évaluation, elle est la condition de pertinence de toute autre mesure.

S'il ne fallait enfin désigner qu'une qualité dont la mesure est déterminante, ce ne serait pas le coût de l'usage du droit ou le temps d'obtention d'un résultat par la mise en jeu d'un mécanisme juridique, mais la sécurité que procure le droit. L'enjeu est la juste mesure de l'ampleur du risque et de l'incertitude dans une économie : l'aléa ouvre l'opportunité de profit, comme de perte, où s'engouffre le désir de s'enrichir et d'agir. Il n'est pas à récuser, le risque économique est même moteur.

Le droit doit, d'une façon minimale dans un modèle libertarien, garantir cet espace de liberté, d'une façon plus dialectique garantir l'équilibre entre les divers espaces offerts à l'action de chacun, y compris les espaces collectifs occupés par l'action des groupements, voire accroître la qualité de cet espace de liberté, pour faire en sorte que l'action ait plus de chance de réussite que de succès.

Ce que peut alors apporter le droit, dans cette conception libérale n'impliquant pourtant pas que la présence du droit devrait toujours se faire légère et discrète, c'est à tout le moins de ne pas accroître l'incertitude affectant l'action des opérateurs économiques, et même de la compenser. La notion même de règle apporte cette sécurité par sa permanence et les modes précautionneux de son changement. La sécurité du droit est maintenue par le carcan de cohérence imposé par le système et par la prévisibilité de sa concrétisation, à travers l'interprétation et les applications administratives ou judiciaires.

Les exigences classiques que les opérateurs ont à l'égard du droit peuvent se subsumer sous ce critère de sécurité. Ainsi, l'impartialité des juridictions ne vaut pas nécessairement comme critère autonome de l'efficacité économique du droit. Qu'elle soit requise sous d'autres auspices est démontrable, mais pas d'une façon immédiate lorsque n'est emprunté que le souci de l'efficacité économique. En effet, l'application corrompue de la règle n'est jamais qu'un surcoût, handicapant en cela, mais non déplorable au-delà.

Si l'aptitude de l'administrateur et du juge à appliquer la règle en conformité, selon donc le principe de légalité, est pourtant requise, cette nécessité est médiante. En effet, tout d'abord cette aptitude à régler le cas particulier en conformité avec la règle générale n'est elle-même que l'expression des deux qualités de l'administrateur (intervenant quand le droit n'est pas contesté) et du juge (intervenant quand le droit est contesté) : le fait de comprendre la règle générale et son mode de concrétisation particulière, c'est-à-dire la compétence, et celui de bien vouloir procéder à cette application correcte, c'est-à-dire l'impartialité. Les deux sont requis et sont de même ordre car ils sont les gages jumelés de la sécurité.

L'on pourrait certes affirmer qu'il n'y a pas plus prévisible que le juge corrompu, la corruption étant un mode d'obtention d'une décision ne requérant pas la seconde qualité de la compétence, ce qui résoudrait donc cette difficulté-là. En réalité, la corruption n'est pas efficace économiquement, en dehors même du surcoût évoqué, parce que le droit n'existe plus s'il ne s'adosse à une personne qui reconnaîtra la règle et la prérogative dans son état préexistant au moment où elle est saisie par le requérant.

Prenons l'exemple du droit de propriété. On souligne usuellement qu'un pays qui ne reconnaît pas le droit de la propriété privée, soit *de plano*, soit parce que l'expropriation est pratiquée arbitrairement, ne peut établir une économie de marché. Un juge corrompu qui ne reconnaît pas la propriété de qui ne peut le payer plus que l'autre opère une expropriation de nature semblable. Le juge ou l'administrateur incompetent qui prend n'importe quelle décision rend le droit aléatoire, c'est-à-dire source d'insécurité. Ainsi, pour des raisons différentes mais chacune rattachée à la sécurité produite par la règle à travers son application conforme, les administrateurs et les juges du pays considérés se doivent d'être impartiaux et compétents. Cela constitue le critère premier d'évaluation de l'efficacité économique d'un système juridique.

En second lieu, l'efficacité d'un système juridique tient aussi dans sa maturité. En soulignant précédemment la nécessité de compétence technique en matière juridique, nous l'avons déjà en d'autres termes évoquée. Ce n'est pas défendre les vieux systèmes contre les plus récents, lesquels procèdent généralement par emprunts massifs à un système juridique occidental, mais prendre en considération la culture juridique d'un pays. Une étude a ainsi montré la faible culture juridique russe, faisant tomber à plat bien des réglementations recopiées qui, dans leur système d'origine, produisaient les effets attendus.

L'appréciation de l'efficacité du droit à atteindre la finalité que lui assigne le politique ne peut pas faire l'économie de cette dimension. Elle doit être première sur le métier de ceux qui évaluent, comparent, jugent le droit et, de ce fait, rappellent les titulaires du pouvoir juridique à leurs propres rôles, en un mot à leurs devoirs.