

# Le droit et la régulation dans l'efficacité économique, le développement et la croissance

**Georges Terrier**  
**Jeantet Associés**

Quel capitalisme pour le XXI<sup>e</sup> siècle ? Mais donc aussi — car la question est évidemment liée — quel droit pour le mettre en œuvre, le favoriser, l'accompagner ? Au cours de la matinée juridique, cette problématique générale se décline autour de différents thèmes. Le premier est celui du rôle, de la **place du droit ou de la régulation dans l'efficacité économique, le développement et la croissance**.

D'emblée, intuitivement, empiriquement, le juriste d'affaires sait bien que cette place est immense. Pas seulement parce que tous les fondements, tous les acteurs et tous les instruments du ou des capitalismes tirent leur force du système juridique (la liberté d'entreprendre, la propriété privée, l'entreprise, les actionnaires, le marché, les contrats, etc.). Mais aussi parce que le droit et la régulation ont en eux-mêmes une dimension profondément économique, et même macroéconomique, qui fait qu'il n'est pas possible de douter un instant de leur répercussion (positive ou négative) en termes d'efficacité, de développement et de croissance. Pourtant, cette opinion n'est pas partagée par l'ensemble des juristes, en particulier universitaires, ainsi qu'on a pu notamment s'en apercevoir au travers des réactions très vives suscitées par les rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale, lesquels n'ont pas seulement été critiqués pour leur méthodologie et leur aversion presque avouée pour les systèmes de tradition civiliste, mais aussi pour leur postulat de départ : celui qui veut que le cadre juridique d'une économie en commande le développement ; en bref, que le droit compte<sup>1</sup>.

Or, oui, certainement, le droit compte, et c'est cette hypothèse dite du *law matters*, chère à certains économistes américains, qui sera vérifiée dans la première partie de l'intervention, où nous nous attacherons à montrer en quoi le droit ou la régulation peuvent constituer un frein ou, au contraire, un moteur dans l'efficacité économique, le développement et la croissance.

Mais le droit ne fait pas que compter ! Il prime aussi, en imposant ses valeurs et sa diversité à la marche de l'économie. *Law first*, pourrait-on dire... Tel sera l'objet de la seconde partie de notre intervention.

## **I. *Law matters*. Le droit compte.**

L'idée que le droit et la régulation puissent jouer un rôle décisif dans le développement économique est généralement illustrée en négatif par des exemples montrant en quoi ils constituent un frein (A). Mais on peut être aussi plus positif et rappeler que les règles juridiques sont parfois un puissant moteur de croissance (B).

### **A) Frein**

L'effet de ralentissement peut tenir aux caractères de la règle de droit comme à son contenu. Il est donc soit institutionnel soit matériel.

---

<sup>1</sup> V. pour une critique de ce postulat, Les droits de tradition civiliste en question, À propos des Rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale, Soc. lég. comp., 2006, spéc. p. 6.

## 1. Point de vue institutionnel

D'un point de vue institutionnel, méthodologique, on peut se demander si le droit lui-même, ou du moins une certaine conception classique du droit, n'est pas susceptible de constituer un frein à la croissance. À cet égard, on peut opposer la règle de droit classique (générale, abstraite, et traditionnellement non-économiquement orientée) à la régulation. Non pas la régulation au sens de l'anglais *regulation*, qui veut simplement dire réglementation, mais la régulation à la française, qui évoque une intervention juridique moins étatique, plus négociée et surtout plus soucieuse des contraintes économiques. Ceci sous l'égide d'autorités chargés à la fois de l'élaboration de la norme et du contrôle.

Sous cet angle, on peut également opposer les sanctions juridiques traditionnelles (la nullité, la responsabilité), dont les effets peuvent être économiquement pénalisants, à de nouvelles formes de réaction plus orientées vers le futur (les injonctions, la transaction, etc.).

## 2. Contenu de la règle de droit

Les quatre rapports *Doing Business* publiés à ce jour<sup>2</sup> égrènent un long chapelet d'obstacles juridiques au développement économique, dans des secteurs aussi variés que la création d'entreprise, l'octroi de licences, le transfert de propriété, l'accès au crédit, la protection des investisseurs, l'embauche des travailleurs, le commerce transfrontalier, l'exécution des contrats, etc. Certes, ils ne sont pas à l'abri de toute critique : les données utilisées ne sont pas toujours fiables et l'outil scientifique utilisé pour mesurer l'impact de la régulation sur la croissance n'y est pas vraiment explicité. Ces rapports n'en demeurent pas moins intéressants par leur démarche visant à comparer les systèmes juridiques à l'aune d'un objectif purement économique de croissance et de développement. Ils contiennent de nombreux exemples de règles juridiques matérielles susceptibles de jouer un rôle négatif dans le développement économique.

Aussi bien, et même s'il faut les considérer avec une certaine distance, ces rapports invitent aux réformes. Reste à savoir lesquelles.

– Ex. de projet de réforme que les praticiens peuvent juger préoccupant : les dommages-intérêts punitifs ou la responsabilité d'une société mère du fait de sa filiale (proposés dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations remis en septembre 2005 au garde des Sceaux par un groupe d'universitaires présidé par Pierre Catala).

– Ex. de réformes positives : le reflux de la responsabilité des banquiers pour soutien abusif à une entreprise en difficulté (depuis la loi 26 juill. 2005 relative à la sauvegarde des entreprises).

### B) Moteur

La plupart du temps, le droit et la régulation jouent un rôle moteur dans la croissance économique. Les exemples pourraient être multipliés à l'infini, dans tous les domaines du droit. Mais retenons plutôt ceci : le droit, sans complexe, et avec une franchise qui l'honore, assume trois postures idéologiques :

1. La consécration des grandes libertés nécessaires à l'économie de marché (liberté du commerce, liberté contractuelle, libertés de circulation)

---

<sup>2</sup> Doing Business in 2004 - Understanding Regulations ; Doing Business in 2005 - Removing Obstacles to Growth ; Doing Business in 2006 - Creating Jobs ; Doing Business in 2007 - How to Reform.

## 2. L'acceptation du profit

– Ex. 1 : Le droit de réaliser de bonnes affaires : Civ. 3<sup>e</sup>, 17 janv. 2007, n°06-10442 : « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis ».

V. aussi en matière de cession d'actions : Com. 12 mai 2004, n°00-15618 : « le cessionnaire n'est tenu d'informer le cédant ni des négociations tendant à l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société ni de celles qu'il conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder ou de lui apporter les titres faisant l'objet de la cession ».

– Ex. 2 : Le droit de tirer un minimum de profit des biens dont on est propriétaire. (Ou l'obligation juridique de sortir du communisme) : Cour EDH, 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c/ Pologne* : « *La Cour reconnaît une nouvelle fois que les difficultés de la situation du logement en Pologne, en particulier la pénurie aiguë d'appartements et le coût d'achat élevé de ceux-ci sur le marché, ainsi que la nécessité de transformer le système extrêmement rigide d'attribution des logements hérité du régime communiste, justifiaient non seulement l'adoption d'une législation protégeant les locataires pendant la période de profonde réforme du système politique, économique et juridique du pays mais aussi la fixation des loyers à un niveau bas, inférieur à la valeur sur le marché (...). **Cependant, elle ne voit aucune justification au fait que l'Etat a constamment failli à garantir à la requérante et aux autres propriétaires, pendant toute la période considérée, les sommes nécessaires pour couvrir les frais d'entretien, sans même parler de la possibilité de tirer un minimum de profit de la location de leurs appartements** ; (...) la Cour estime que l'Etat polonais n'a pas ménagé le juste équilibre requis entre l'intérêt général de la collectivité et la protection du droit de propriété. Dès lors, il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention ».*

## 3. La création et la circulation des richesses

– Ex. : lois successives en faveur de la titrisation des créances

## II. Le droit prime. *Law first*.

S'il peut se mettre au service d'un objectif de croissance, favoriser l'activité économique, et, en ce sens, lui être en quelque sorte subordonné, le droit a aussi, bien souvent, la priorité. Il impose ses valeurs et sa diversité.

### A) Valeurs

Parmi les valeurs fondamentales du droit, susceptibles de prendre parfois l'ascendant sur l'objectif de croissance économique, nous insisterons sur le respect de la parole donnée et l'exigence de loyauté.

#### 1. Le respect de la parole donnée, la force obligatoire des contrats (*pacta sunt servanda*)

– Ex. : l'obligation de continuer à exécuter un contrat devenu non rentable

#### 2. L'exigence de loyauté

– Loyauté et concurrence (ex. : essor des nouvelles technologies et lutte contre le parasitisme ou la contrefaçon)

– Loyauté et sociétés commerciales (ex. : obligations fiduciaires du dirigeant ; protection des minoritaires ; *corporate governance*)

– Loyauté et marchés financiers (ex. : lutte contre les conflits d'intérêts ; réglementation des OPA)

## **B) Diversité**

### 1. Diversité des impératifs à concilier

– Ex. environnement, dimension sociale, protection culturelle. Le droit doit tenir compte de multiples contraintes. Il joue un rôle de conciliateur et, par là-même aussi, de catalyseur, ouvrant souvent lui-même de nouvelles perspectives à l'économie.

### 2. Diversité des modèles

– Quelles leçons tirer, au plan économique, de la coexistence des modèles juridiques ?