

## LA «MINUTE ÉCO»

# Réguler ou ne pas réguler ? Quand la loi et le politique font mauvais ménage



Par Sophie Vermeille,

et Régis Bourgueil,  
Institut Droit  
& Croissance

Depuis 2008, les crises se succèdent et appellent une réflexion globale sur la nature et l'intensité de l'action du régulateur. Comment réguler après une crise ? La crise financière appelle-t-elle nécessairement une nouvelle régulation en réponse ? Et, faut-il réguler pendant un cycle de stagnation au risque de le prolonger ? Ou faut-il attendre et réguler pendant un cycle de croissance au risque de l'étouffer ?

A raison, on s'émeut aujourd'hui en France de la production normative mal maîtrisée qui porte préjudice à la qualité de la règle de droit. On critique la volonté des gouvernements et des législateurs de vouloir toujours traiter chaque difficulté économique par une loi. Nos politiques auraient une plume dans la main, celle de la loi et pour seul calendrier, celui du prochain journal de 20 heures. En réaction, nous produisons même désormais des lois sur la simplification des lois et l'administration est invitée solennellement à faire davantage d'études d'impact afin d'anticiper la portée de l'action publique<sup>1</sup>. Malheureusement, les causes profondes de l'inflation législative font peu débat en France. Faute d'un diagnostic précis, la recherche de véritables solutions est mal aisée. Dès lors, nous assistons inévitablement à un empilement des réglementations aux effets induits de plus en plus pervers. Cet empilement réglementaire a un coût pour les acteurs économiques et représente un enjeu économique et, d'une certaine manière, un enjeu de productivité et de croissance. En effet, plus un système juridique est dense, plus les règles ont tendance à se recouper et donc à se retrouver en conflit avec les objectifs poursuivis par le législateur. Les agents économiques assujettis à la loi doivent investir davantage pour comprendre ce qu'elle veut dire, quand et comment elle s'applique, afin de déterminer s'il faut l'appliquer, engager des moyens pour la contourner ou plus simplement prendre une

décision d'investissement. Parallèlement, les juges doivent allouer plus de ressources pour comprendre et faire appliquer la règle. Ainsi, limiter la complexité juridique dans le monde des affaires nécessite de limiter les incertitudes juridiques, mais surtout d'ériger des réglementations dont la raison d'être est justifiée d'un point de vue économique.

Mais il ne s'agit là que du coût direct d'une mauvaise réglementation. Il y a pourtant une autre dimension, plus indirecte, de ce coût économique : la mauvaise réglementation appelle la mauvaise réglementation, l'inflation normative appelle l'inflation normative. En quelque sorte, il se constituerait ainsi un cycle réglementaire inflationniste, un cercle vicieux de la régulation. Car l'ignorance – du fait de leur complexité – de certaines lois par les politiques et les économistes a des conséquences négatives : la méconnaissance des règles en raison de leur complexité les amène à conclure que le marché sans régulation a échoué et à adopter dans l'urgence et sous la pression médiatique, les mesures qui s'imposent. Or, ce cycle inflationniste de régulation coïncide souvent avec un cycle de stagnation ou de récession économique : la mauvaise régulation devient ainsi procyclique et accentue la crise économique en conduisant par exemple à un rationnement du crédit suite à une crise bancaire. La crise du droit s'ajoute alors à la crise économique, l'une et l'autre s'alimentant réciproquement.

Pourtant, avec plus de hauteur, il aurait pu être constaté que les dommages causés aux tiers peuvent être le résultat, non pas des effets exclusifs du marché mal ou non régulé, mais de l'application de réglementations préexistantes<sup>2</sup>. Dans ces conditions, «réguler dans le noir», sans préalablement mesurer l'impact de ces réglementations préexistantes, ajoute de la crise à la crise et est coûteux pour l'économie dans une

quelque sorte, il se constituerait ainsi un cycle réglementaire inflationniste, un cercle vicieux de la régulation. Car l'ignorance – du fait de leur complexité – de certaines lois par les politiques et les économistes a des conséquences négatives : la méconnaissance des règles en raison de leur complexité les amène à conclure que le marché sans régulation a échoué

et à adopter dans l'urgence et sous la pression médiatique, les mesures qui s'imposent. Or, ce cycle inflationniste de régulation coïncide souvent avec un cycle de stagnation ou de récession économique : la mauvaise régulation devient ainsi procyclique et accentue la crise économique en conduisant par exemple à un rationnement du crédit suite à une crise bancaire. La crise du droit s'ajoute alors à la crise économique, l'une et l'autre s'alimentant réciproquement.

Pourtant, avec plus de hauteur, il aurait pu être constaté que les dommages causés aux tiers peuvent être le résultat, non pas des effets exclusifs du marché mal ou non régulé, mais de l'application de réglementations préexistantes<sup>2</sup>. Dans ces conditions, «réguler dans le noir», sans préalablement mesurer l'impact de ces réglementations préexistantes, ajoute de la crise à la crise et est coûteux pour l'économie dans une

de rajouter une nouvelle «rustine» est grande. On pense ainsi aux débats sur l'amélioration du régime de la fiducie afin de préserver les droits des créanciers sommés par le droit d'absorber les pertes avant les actionnaires... En matière fiscale, l'incapacité à repenser le système de façon globale semble identique. Sans une meilleure coordination entre juristes, économistes et politiques, les crises du droit viendront s'ajouter aux crises économiques. Espérons que Droit & Croissance, comme d'autres initiatives au plan national et européen, contribuera à une prise de conscience collective. Après tout, un système juridique efficient relève de notre responsabilité commune. ■

période déjà difficile. La régulation dans le noir est alors un tâtonnement juridique.

En période de crise, la tentation de surlégiférer est d'autant plus grande que nos politiques ont naturellement tendance à survaloriser les bénéfices ex post à court terme de la loi et à sous-estimer les coûts à long terme ex ante (on peut ainsi penser que le projet de loi sur les cessions forcées d'actifs viables, s'il peut répondre à des affaires récentes, peut aussi avoir à terme des effets indésirables sur l'investissement en France). Ce biais d'agenda s'explique de la sorte : le «jour du jugement dernier», le politique ne sera plus en situation de devoir rendre compte de sa loi originelle.

Dès lors, il faut rappeler inlassablement que les économistes et les juristes ont un rôle important à jouer dans notre société. Les juristes doivent rappeler aux économistes l'état de la réglementation actuelle afin que ces derniers ne considèrent pas une situation insatisfaisante comme relevant nécessairement de l'état

naturel des choses auquel il faudrait absolument remédier. Par le choix d'un vocabulaire approprié, les juristes doivent aussi contribuer à rendre la règle suffisamment claire, adaptée au contexte environnant et précise afin de limiter l'insécurité juridique. Les économistes doivent ensuite aider à la prise de décision du politique, de préférence, en se fondant sur des faits précis et scientifiquement prouvés.

Lorsque cette mécanique fait défaut dans un pays comme la France où le dialogue entre économistes et juristes est très limité, l'action publique perd en efficacité et en crédibilité. Une fois que le système juridique a atteint un trop grand niveau de complexité, il devient plus coûteux et

compliqué à administrer. Il est alors beaucoup plus difficile pour le législateur de le réformer une fois mis en place. Recourir aux «rustines» devient plus facile que de repenser à un système en profondeur et de façon globale. Nous assistons par exemple dans le domaine du traitement des défaillances d'entreprises à une telle impasse. Une nouvelle réforme est proposée tous les dix-huit mois, la dernière réforme introduisant la sauvegarde financière accélérée n'ayant jamais encore été appliquée. Certes, la procédure de sauvegarde née de la réforme de 2005 a eu l'immense avantage de permettre la restructuration

du bilan des sociétés en amont d'une crise de liquidité. Elle reste cependant encore très imparfaite, faute notamment pour le législateur d'avoir anticipé les risques liés à la situation d'aléa moral dans laquelle se trouve désormais l'actionnaire d'une société insolvable en amont d'une cessation des paiements<sup>3</sup>. Dans un contexte de multiplication des défaillances d'entreprise mal traitées, la tentation du gouvernement

de rajouter une nouvelle «rustine» est grande. On pense ainsi aux débats sur l'amélioration du régime de la fiducie afin de préserver les droits des créanciers sommés par le droit d'absorber les pertes avant les actionnaires... En matière fiscale, l'incapacité à repenser le système de façon globale semble identique.

Sans une meilleure coordination entre juristes, économistes et politiques, les crises du droit viendront s'ajouter aux crises économiques. Espérons que Droit & Croissance, comme d'autres initiatives au plan national et européen, contribuera à une prise de conscience collective. Après tout, un système juridique efficient relève de notre responsabilité commune. ■

**Dans un pays comme la France où le dialogue entre économistes et juristes est très limité, l'action publique perd en efficacité et en crédibilité.**

1. Rapport Warsmann sur la simplification du droit disponible à la Documentation française.  
2. Ainsi aux Etats-Unis, les études ont montré que le Community Reinvestment Act qui est une loi fédérale, aux motifs louables (celui d'empêcher le refus des banques de prêter aux personnes habitant dans certains quartiers d'une ville) a été un des facteurs déclenchant, parmi d'autres, de la crise des subprimes aux Etats-Unis.  
3. Ce qui suppose de reconnaître qu'un agent non exposé à un risque a peu de chance de se comporter de manière aussi vertueuse que s'il est exposé au risque et donc de tenir compte des enseignements de la théorie économique.