



Un choc de simplification... sans doute... mais surtout comment mieux légiférer à l'avenir ?¹

Saliha BARDASI
Olivier LECOMTE
Thomas PERROUD
Sophie VERMEILLE

Membres de Droit & Croissance²

Synthèse	1 - 2
Commentaires généraux de Droit & Croissance	3 - 8
Propositions d'action	8 - 10
Liste des personnes à auditionner	11

SYNTHESE

La France est engagée depuis plus de dix ans dans un grand mouvement de simplification au sein des différentes branches de son droit. Le Président de la République a souhaité poursuivre cette action et lui donner davantage d'ampleur dans le cadre du programme de « choc de simplification ». Nous voudrions dans cette note contribuer à enrichir le débat actuel sur la réduction du nombre et l'amélioration de la qualité des normes dans le droit des affaires.

¹ Les vues exprimées dans cet article n'engagent que leurs auteurs et ne représentent pas nécessairement celles des employeurs ou autres organisations auxquels ils peuvent être affiliés par ailleurs. Remerciements à Frank-Adrien Papon, Nicolas Collin, Olivier Jouffroy, membres de Droit & Croissance pour leur précieuse contribution à la rédaction de cet article. Remerciements également à Eric Delannoy.

² Droit & Croissance (*Rules for Growth*) (www.droitetcroissance.fr) est un institut indépendant et non-partisan ouvert aux juristes et aux économistes, et plus généralement aux acteurs privés, partageant son ambition de réaliser et vulgariser des études dans le domaine du droit, de l'économie et de la finance. La mission de Droit & Croissance est d'interpeller les acteurs publics et privés et de nourrir les débats de la société civile pour faire valoir l'importance de l'analyse économique du droit (*Law & Economics*) comme vecteur d'efficacité économique. Droit & Croissance s'attache à combler le retard de la recherche universitaire française aux croisements des disciplines du droit, de l'économie et de la finance, responsable, selon nous, de l'inadaptation relative du système juridique à l'évolution de l'économie et de la finance en France. L'indépendance de Droit & Croissance est assurée exclusivement par le soutien de ses membres et de ses bienfaiteurs.

La présente note poursuit deux objectifs. D'une part, elle formule plusieurs recommandations d'ordre transversal : mieux légiférer dans le domaine du droit impose à l'État de rationaliser son intervention en systématisant l'évaluation ex ante et ex post des dispositifs juridiques en vigueur et/ou envisagés. Toute intervention publique dans le domaine de l'économie entraîne des distorsions : augmentation des inégalités, effet d'aubaine et comportements opportunistes, contournement de la règle de la droit...Idéalement, une législation optimale devrait tenir compte de ces effets induits, qu'il incombe à la puissance publique d'anticiper. D'autre part, la présente note met à disposition du programme de simplification les résultats des analyses juridiques approfondies menées par Droit & Croissance, notamment dans le domaine du droit des entreprises en difficulté et du droit des sociétés. L'analyse économique du droit, en associant les matrices juridique et économique, appréhende la norme à la lumière des résultats de l'analyse économique et offre ainsi des outils d'évaluation et de comparaison afin d'éclairer le législateur sur la solution juridique la plus efficace économiquement. Droit & Croissance apporte également sa connaissance personnelle du fonctionnement du milieu universitaire afin de contribuer à son décloisonnement et à l'intensification des échanges entre praticiens et chercheurs.

Droit & Croissance suggère enfin au Conseil de la simplification d'auditionner un certain nombre de personnes listées en annexe, si le sujet de la réglementation intelligente « smart regulation » devait être inclus au programme de la simplification.

I. COMMENTAIRES GENERAUX DE DROIT & CROISSANCE

Droit et Croissance formule les observations générales suivantes :

- Mieux légiférer suppose de repenser l'intervention de l'État dans les relations entre les acteurs privés (hors compétences régaliennes) en considérant qu'une telle incursion doit être une exception dûment motivée et non la règle. L'État doit reconnaître que, sous réserve de la réunion d'un certain nombre de conditions (absence d'asymétrie d'informations, accès au procès des tiers subissant un dommage, situation de concurrence pure et parfaite, etc.), la libre interaction des parties permet d'optimiser l'utilisation de ressources rares et de maximiser la création de richesse. Il doit avoir conscience que son intervention dans un environnement complexe modifie les équilibres entre les parties prenantes et suscite des effets indésirables (effets d'aubaine, distorsions de concurrence, etc.).
- De manière générale, l'État doit considérer avec sérieux la nécessité d'inscrire son action économique dans le cadre d'une méthode d'évaluation scientifique des choix de ses modalités d'intervention³ et de supervision de leur mise en œuvre. Ce constat impose de passer d'une culture politique de l'affichage à une culture de l'évaluation et du suivi de l'exécution après adoption.
- Enfin, mieux légiférer, c'est reconnaître qu'il faut à la fois moins légiférer dans certains domaines (nous en citons quelques-uns en Partie I) et légiférer davantage et mieux dans d'autres (Partie II). A la lumière des principes directeurs précédemment rappelés, Il est important d'examiner chaque dispositif juridique dans son environnement et notamment de bien cerner les causes de l'immixtion de la loi dans les rapports des parties. La norme ne doit pas être conçue comme une fin en soi, mais comme l'un des outils stratégiques de l'État pour créer la croissance future, au même titre que les « investissements d'avenir ».

1. Moins légiférer, c'est :

a) Supprimer les dispositifs législatifs averse au risque entrepreneurial pour encourager la croissance

- dans notre économie concurrentielle et mondialisée, créer de la richesse implique de prendre des risques à titre personnel. Or notre droit des faillites (aussi bien pour les personnes morales que physiques) sanctionne encore trop durement l'échec, considéré comme une faute morale par nos institutions : à titre d'exemple citons la Cour des comptes qui, dans son rapport sur la réforme des tribunaux de commerce, s'émeut du faible nombre d'actions en insuffisance d'actifs contre les dirigeants comme si ces

³ Mentionnons le rapport « Evaluation socioéconomiques des investissements publics », présenté en septembre 2013, qui décrit les termes d'un calcul économique renouvelé et enrichi, pour une juste évaluation de la rentabilité sociale des projets d'infrastructures de l'Etat, au service d'une décision publique éclairée.

derniers étaient les responsables ultimes des graves difficultés que traversent nos entreprises aujourd'hui⁴ ;

- créer de la richesse implique de prendre des risques collectifs. Or l'application extensive des réglementations « pigouviennes » selon lesquelles toute externalité (dommage aux tiers) doit être réparée par l'auteur des faits (principe du pollueur-payeur) risque de décourager des projets d'investissement qui exposent la collectivité à un risque mais s'avèrent créateurs de valeur. En effet, s'agissant d'innovation et de recherche, il n'est pas toujours possible d'évaluer *a priori* de tels risques. Il convient donc d'accepter un aléa raisonnable, intrinsèque à toute découverte, au risque de décourager l'initiative créatrice. Le principe de précaution inscrit dans la Constitution est une erreur de ce point de vue et met en place par ailleurs des chaînes de responsabilité excessivement extensibles.

b) Adapter les instruments juridiques de l'intervention publique selon des priorités sociales claires

- L'État doit **mieux ordonner ses priorités** (croissance durable, environnement, emploi, etc.) et refléter clairement les préférences collectives pour légiférer en conséquence en valorisant ou pénalisant les projets d'investissements selon les risques que la collectivité choisit d'assumer collectivement, en modernisant des normes dont l'effet négatif est supérieur à l'effet positif à l'aune des priorités établies (par exemple : règles en matière de construction qui accroissent le coût de l'immobilier et deviennent un frein à l'entrepreneuriat, règles en matière de données personnelles qui sont un frein au développement de l'économie numérique) ;
- Substituer des mécanismes incitatifs à certaines normes impératives (dans la limite des capacités budgétaires de l'État...).

c) Cibler les dispositifs normatifs

- C'est notamment anticiper les effets inégalitaires de la norme lorsque celle-ci impose un coût aux acteurs économiques. Dans ce cadre, la prise en compte spécifique de la situation des PME est une nécessité.

⁴ De même, lettre du Ministre de la Justice à Monsieur le Premier président de la Cour des Comptes, 23 juillet 2013, relative à « l'organisation et fonctionnement de la justice commerciale » : « *La Cour relève également le faible taux des sanctions commerciales prises contre les dirigeants des sociétés mises en liquidation judiciaire. [...]. Les politiques suivies par certains chefs de cour [...] permettent une efficacité accrue dans la détection des comportements répréhensibles. Ce sont de bonnes pratiques à encourager. La Chancellerie a interrogé les parquets sur leur politique de sanctions commerciales. Les remontées devraient permettre de faire émerger et de diffuser de telles bonnes pratiques.* »

d) Revisiter l'ensemble des branches du droit des affaires selon ces principes

À titre d'exemple, notre droit des sociétés, principalement issu de la loi de 1966 devrait être encore assoupli car notre économie a changé : la protection des actionnaires devrait concerner avant tout l'épargnant démarché par les investisseurs institutionnels ou le petit porteur sur les marchés financiers. Une telle protection devrait exclusivement relever du droit boursier à travers les règles de l'appel public à l'épargne, et non du droit des sociétés qui contraint notamment les *start-ups* et les fonds de *venture capital*. Les dispositions de notre droit des sociétés dédiées à cet objectif n'ont pas suivi l'évolution considérable des marchés financiers et la dématérialisation croissante de l'économie et produisent, en pratique, des effets contre-productifs. En conséquence, nous formulons la liste des propositions suivantes afin de soustraire les sociétés qui ne font pas appel public à l'épargne (ou « offre publique de titres financiers ») à l'application de ces normes, qui pourraient faire l'objet d'un « choc de simplification » :

- Questionner la pertinence des obligations de publicité pour les PME aux actionnaires privés au regard des coûts et des barrières à l'entrée qu'elles représentent : rapports de gestion, des commissaires aux comptes, des commissaires aux apports ;
- Questionner l'opportunité de conserver un système de publications papier aussi vétuste que coûteux (journaux d'annonces légales) à l'heure d'Internet ;
- Éliminer les contraintes qui pèsent encore sur la liquidation volontaire dans un monde où l'échec est devenu le corollaire de l'innovation et la rapidité une exigence de compétitivité ;
- Simplifier les règles sur l'augmentation du capital et remettre en cause les règles sur le capital social en concertation avec les institutions européennes ;
- Encourager fiscalement les entreprises à partager un plus grand nombre de données statistiques sur leur activité dans un fichier central afin de permettre aux chercheurs et pouvoirs publics de mieux analyser la réalité pour anticiper les difficultés et ajuster la réglementation ;
- Les Français doivent être davantage encouragés à créer leur société à responsabilité limitée (SARL, SAS) au lieu de privilégier un statut d'auto-entrepreneur et les activités exercées en nom propre qui exposent inutilement leur patrimoine à des risques disproportionnés et qui brident leur développement ;
- Créer sa société c'est se donner la chance de ne pas rester tout seul avec son talent, c'est lui donner une opportunité de se démultiplier en faisant appel à des associés, des collaborateurs et des actionnaires qui vous font confiance, c'est se responsabiliser vis-à-vis de ses partenaires, c'est participer à la croissance de la collectivité ;
- Le statut d'auto-entrepreneur ne répond que partiellement à une aspiration légitime à se libérer du lien de subordination parfois difficile du salariat aujourd'hui et à l'ambition de créer sa propre activité pour se sortir du chômage, mais c'est un premier pas insuffisant pour encourager une croissance forte ;
- Corrélativement, introduire un dispositif de faillite personnelle moins stigmatisant.

II. Mieux légiférer, c'est :

a) Établir une méthode claire et systématique de création de la norme :

- Sauf tempéraments liés à la morale ou à l'éthique (c'est-à-dire en dehors de la sphère dans laquelle une approche « pollueur-payeur » se justifie), ériger l'efficacité en critère de la réglementation : les objectifs de la loi doivent être atteints au moindre coût ; c'est-à-dire que les mécanismes de marché doivent être perturbés le moins possible par l'effet de la loi ;
- Rationaliser la méthode d'élaboration de la norme : l'article américain de référence en la matière⁵ identifie huit étapes principales dans l'élaboration d'une politique publique : (1) définir les problèmes (2) recueillir les données d'analyse (3) élaborer le champ des options possibles (4) choisir les critères permettant de discriminer entre les différentes options (5) faire des projections concernant les conséquences de chaque option (6) confronter un à un les bilans de chaque option (7) prendre des décisions et (8) en expliquer les raisons au public. Ajoutons d'emblée aux réflexions sur la méthode légistique en France, la nécessité d'éviter l'inflation et la redondance législative, parfois source de contradiction législative, en tenant compte des dispositions pré-existantes. Il conviendrait également d'intégrer le concept de « cycle de vie » de la norme : depuis son adoption jusqu'à son éventuelle abrogation (si le besoin a disparu), en passant par des évaluations et des ajustements pré — et post-adoption ;
- Systématiser l'étude d'impact⁶ tout en garantissant l'indépendance des évaluateurs. Cette étude ne doit pas se limiter aux effets sur le territoire national, mais doit prendre en compte l'impact éventuel sur les avantages comparatifs dans le cadre de la concurrence internationale. Cet outil impose de repenser la méthode d'élaboration des politiques économiques, ce qui nécessitera certainement la création de nouvelles agences indépendantes afin de séparer, dans certains domaines, la politique et les politiques mises en œuvre ;
- Associer, de manière aussi systématique, à la construction de la norme toutes les parties prenantes et les expertises disponibles. L'étude d'impact repose sur une analyse des coûts et des avantages de toutes les options permettant de résoudre un problème précis. Ces options peuvent être proposées par les destinataires de la future norme. Il serait également utile d'encourager les chercheurs à faire de la prospective et pas seulement des prévisions [fondées sur les résultats passés déjà dépassés]

⁵ Eugene Bardach, « *A Practical Guide for Policy Analysis: The Eightfold Path to More Effective Problem Solving* » (2009).

⁶ On notera que le principe d'une étude d'impact systématique a été inscrit dans la réforme constitutionnelle de 2008 et énoncé dans une loi organique de janvier 2009 (loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution). Toutefois, la portée des études d'impact a été considérablement réduite par une décision du Conseil Constitutionnel (décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009). En outre, les lois les plus significatives budgétairement (loi de finances et loi de financement de la sécurité sociale) sont exonérées d'études d'impact. Enfin, en pratique, les études d'impact effectivement réalisées (et disponibles sur les sites des assemblées) sont souvent très légères.

- Évaluer *ex ante* les conditions de mise en œuvre pratique et d'efficacité (ne pas adopter des textes inapplicables ou dont les coûts d'application et de leur contrôle seraient supérieurs au [x] bénéfice[s] attendu[s] ;
- Déterminer explicitement les objectifs poursuivis ainsi que le calendrier et la méthode d'évaluation *ex post* ; inclure des dispositions contraignantes en cas d'évaluation négative ; en particulier, l'efficacité et l'effectivité de la sanction (doivent être préalablement considérées. Il ne sert pas à grand-chose d'adopter des règles si, par exemple, les moyens de contrôle de leur application et les conclusions à en tirer ne sont pas ajustés en conséquence ;
- Mieux utiliser les ressources des acteurs privés : à cet égard, le recours aux standards privés peut permettre de confier aux acteurs économiques certaines tâches de contrôle que l'Etat ne peut plus assumer. Il faut réfléchir à la manière dont l'autorégulation, les normes privées peuvent être utilisées pour permettre à l'Etat de se concentrer sur ses missions essentielles.

b) Encourager les relations directes entre les acteurs privés

Dans le domaine du droit des affaires, ce leitmotiv concerne principalement la sphère financière :

- paradoxalement l'insuffisante sophistication des textes et la seule référence à de grands principes généraux abstraits [ex. : l'ordre public économique] sont source d'incertitude. Cette faiblesse de notre droit une des causes du sous-investissement constaté en France : les investisseurs acceptent le risque, mais pas l'insécurité juridique . Cette situation appelle une modernisation ambitieuse de notre droit, pas nécessairement profonde, de nature principalement rédactionnelle, pour le placer au niveau des meilleurs standards internationaux, en intégrant les enseignements de la théorie économique ;
- les règles de droit les plus courtes ne sont pas les plus efficaces, au contraire, car le risque est alors important que les grands principes généraux restreignent excessivement la liberté des agents. Il convient de viser très précisément certaines défaillances de marché qui font l'objet d'une identification consensuelle. Certaines règles peuvent rapidement être modifiées pour apporter une réponse concrète et immédiate à des dérives aujourd'hui clairement reconnues.

Au-delà de ces recommandations pratiques, il nous semble urgent de retenir que la simplification du droit est une **ambition systémique** qui ne peut être réduite à des mesures techniques éparses. La simplification du droit est une volonté dont le succès dépend de sa capacité à inspirer chaque sphère de l'action publique.

II. PROPOSITIONS D'ACTION

1 Propositions à court terme

- Entamer un programme ambitieux visant à « déléguer », autrement dit procéder à une revue systématique de l'ensemble des textes en vigueur afin de les expurger des normes obsolètes, contradictoires ou inadaptées. Les parties prenantes (secteur privé, chercheurs...) pourront concourir à l'identification de dispositifs lors de consultations publiques dématérialisées. Un tel programme a été mis en œuvre depuis plusieurs années au Royaume-Uni, en Irlande, en Australie, etc⁷ et confié à des commissions indépendantes. On observera que ces démarches se fondent en partie sur une large consultation des citoyens et parties prenantes. Par exemple, le Royaume-Uni procède à une consultation systématique de la société civile sur les sujets sur lesquels il entend intervenir. La consultation est publique ; chacun est invité à commenter, faire des propositions par internet. Pour ce faire, la Law Commission énonce la problématique, les options envisagées, etc. Les sujets sont extrêmement variés comme on pourra le constater sur www.lawcommission.justice.gov.uk/consultations/closed-pending-report.htm;
- Créer une plateforme d'échanges, animée par des chercheurs indépendants, sur des projets de réforme pour permettre aux expertises des différentes administrations concernées de s'exprimer et de collaborer plus librement en vue de l'élaboration d'une position administrative commune et rationnelle. Il convient d'inviter tous les acteurs qui disposent d'une réelle compétence à s'associer sur la base du volontariat, pour rédiger des perspectives communes et pas simplement à se retrouver de manière convenue pour échanger formellement les positions de leurs administrations respectives. Signalons à cet égard un contre-exemple marquant : les ministères des Finances et de la Justice peinent à coopérer ensemble en raison des différences de cultures professionnelles. Une solution envisageable serait d'inviter des représentants de ces deux ministères à participer aux travaux de la plateforme ;
- Encourager les grandes institutions financières, les cabinets d'audit et d'avocats à consacrer un quota d'heures par an pour dialoguer avec des chercheurs sélectionnés afin de réduire les asymétries d'information entre le monde de la recherche et le secteur privé ; le temps passé pourrait par exemple être comptabilisé au titre de la formation continue obligatoire pour les professions réglementées ; les chercheurs ainsi informés joueront le rôle de force propositionnelle et impulsive auprès des instances politiques et administratives et contribueront plus généralement à revigorer la recherche universitaire nationale ;
- Dans les organes de perspectives de l'État [Conseil d'analyse économique, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, etc.] : ne pas oublier de faire participer des juristes, ainsi que des praticiens (notamment des chefs d'entreprise, des représentants des salariés...), dont le rôle serait de rappeler aux économistes l'état du droit et des comportements existants afin que ces derniers puissent mieux identifier les effets induits des

⁷ Voir par exemple : www.lawreform.ie ; www.alrc.gov.au ; www.lawcommission.justice.gov.uk

lois à ne pas confondre avec une défaillance de marché [par exemple, il semble difficile de commander au Conseil d'analyse économique un rapport de 300 pages sur les LBO sans interroger préalablement les juristes sur l'état de règles existantes destinées justement à encadrer ces mêmes opérations...];

- Fixer aux laboratoires de recherche d'excellence en matière de régulation [Labex ENA-ESCP-CNAM-PARIS I et Labex ILB] des objectifs de publications produites **conjointement** entre juristes et économistes et porteuses d'applications directes.

2 Propositions à long terme

- Créer un programme de formation à destination des fonctionnaires et des contractuels à tous les échelons de l'administration étatique : cours et séminaires dans les grands centres de formation traditionnels [Ecole Nationale d'administration, Institut d'études politiques, écoles de commerce] ainsi que des cours en lignes téléchargeables gratuitement, leur permettant d'accroître leurs compétences en droit des affaires, en micro-économie et en finance ;
- Faire appel aux meilleurs spécialistes pour sensibiliser à la légistique et concevoir la norme comme un outil en amélioration perpétuelle ; travailler avec l' Ecole Nationale d'administration et l'Institut d'études politiques pour intégrer une telle formation et offrir à certains élèves de se spécialiser dans cette discipline encore trop peu considérée par l'exécutif français dans l'exercice de son initiative législative ;
- Faire davantage appel pour la conception des normes à des compétences académiques sélectionnées pour leur talent et leur indépendance, ce qui suppose une réforme de l'Université afin que les chercheurs puissent y produire, valoriser et vivre correctement d'une recherche prospective, pluridisciplinaire, d'un niveau international [atteindre ce but nécessite notamment que les universités : (i) décloisonnent certains enseignements (ii) développent dans certaines matières comme la finance des cursus universitaires parallèles recherche fondamentale/recherche appliquée (iii) s'organisent et disposent de moyens afin de pouvoir sélectionner et retenir à la fin de leur parcours universitaire, un certain nombre d'étudiants de master parmi les meilleurs de leur classe d'âge] ;
- Encourager et autoriser les chercheurs à avoir une expérience temporaire dans le privé afin qu'ils puissent davantage tester leurs intuitions/idées et les confronter à la réalité ; clarifier les conditions de cumul par des laboratoires ou des chercheurs universitaires d'activités dans le service privé avec leur fonction de chercheur universitaire ;
- Faciliter plus largement la circulation des talents entre le privé et le public ; les Universités doivent notamment pouvoir attirer des praticiens issus du secteur privé dans des domaines aussi techniques que la finance. Leur connaissance de la pratique est en effet indispensable à la recherche ;
- Afin de limiter les risques de conflits d'intérêts [notamment celles pouvant découler de certaines propositions énoncées ci-dessus], envisager d'aligner les règles applicables en

matière de gestion de conflits d'intérêts dans les Universités à celles des meilleures écoles d'économie ;

- De la même manière, l'État doit également pouvoir attirer des praticiens issus du secteur privé. Leur connaissance de la pratique est en effet indispensable à l'édiction de normes claires, efficaces et cohérentes avec la pratique du secteur.

LISTE DES PERSONNALITES A AUDITIONNER

M. Alberto ALEMANNI, professeur, HEC

M. Eric BROUSSEAU, Economiste

M. Christian GOLLIER, Directeur Fondation Jean-Jacques Laffont – Toulouse Sciences Economiques

Mme Nathalie LOISEAU, Directrice de l'Ecole Nationale d'Administration

M. Dominique LEDOUBLE, président de la Fédération Française des Experts en Evaluation (FFEE)

M. Ioannis LIANOS, *Reader*, Faculté de droit, Université de Londres

M. Charles-Henri MONTIN, Ministère de l'Economie et des Finances

Mme Christine MUSSELIN, Chercheur, Centre de Sociologie des Organisations

M. Philippe PEUCH-LESTRADE, Responsable de la pratique mondiale "Gouvernement et secteur public", Ernst & Young

M. Thomas PERROUD, maître de conférence à l'Université de Créteil, membre de Droit & Croissance

M. François SALANIE, Chercheur, Toulouse School of Economics

M. Marc SCHWARTZ, Associé Mazars, Responsable du secteur public

M. Florent TOURNOIS, directeur du GIP "Guichet-entreprises"

M. Nicolas TREICH, Economiste, Toulouse School of Economics

Mme Célia VEROT, Directrice, adjointe au secrétaire général du Gouvernement, chargée de la simplification

M. Etienne WASMER, Economiste, IEP de Paris