GEORGETOWN LAW

Faculty Working Papers

Georgetown Business, Economics & Regulatory Law Research Paper No. 10-12
July 2010

Mesurer Le Droit A L'aune De La Sécurité Juridique [Measuring the Law: Legal Certainty as a Watermark]

Anne-Julie Kerhuel

Visiting Researcher
Georgetown University Law Center
ak625@law.georgetown.edu

Arnaud Raynouard

Professor of Law
Université Paris-Dauphine

This paper can be downloaded without charge from:
Scholarly Commons: http://scholarship.law.georgetown.edu/fwps_papers/131/
SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1650153>

Posted with permission of the author

Mesurer Le Droit A L'aune De La Sécurité Juridique

[Measuring The Law : Legal Certainty As A Watermark]

Working paper

Juillet 2010

Arnaud Raynouard

Professor of Law

Université Paris-Dauphine

Think Tank 2eD, Fondation pour le droit continental

Anne-Julie Kerhuel

Doctor of Law

Georgetown University Law Center

Think Tank 2eD, Fondation pour le droit continental

Mesurer le droit à l'aune de la sécurité juridique

Working Paper n°201007-001 2eD

Arnaud Raynouard
*Professeur à l'Université Paris-Dauphine
Think Tank 2eD, Fondation pour le droit continental*

Anne-Julie Kerhuel
*Docteur en droit
Think Tank 2eD, Fondation pour le droit continental*

Résumé

Le lien entre droit et développement économique demeure une relation énigmatique. S'il ne fait guère de doute que les mécanismes de régulation sociale au sens large, les « institutions » pour reprendre l'expression de North, jouent un rôle, en revanche, l'impact de l'organisation juridique, n'est pas clairement identifié. Les progrès réalisés par d'importants travaux effectués au cours de ces dernières années, auxquels la doctrine juridique française n'a pas contribué, n'ont pas tranché de manière définitive, ni sur la question de savoir si le droit est une condition préalable ou d'accompagnement du développement économique, encore moins de savoir si un système de droit est nécessairement et universellement optimum. Au-delà de l'évidence de la faillite de la collectivisation de tous les secteurs de l'économie, le modèle du marché ouvert se décline sous de multiples variantes quant au rôle de l'Etat et au niveau de réglementation. Une première approximation perturbant la pertinence des analyses économiques menées sur ce thème tient à la confusion souvent faite entre système de droit, règle juridique, organisation administrative et bureaucratique, système politique, droit matériel et pratique juridique. Il s'ensuit des incertitudes quant à l'objet de l'évaluation. Les rapports *Doing Business* aspirent à mesurer, en l'état de l'ensemble des normes applicables dans un pays, la facilité à y faire des affaires. Or, contrairement à l'idée souvent relayée, cela caractérise moins une évaluation du système de droit dans son organisation fonctionnelle, qu'une évaluation, en réalité, des politiques publiques et de leur mise en œuvre. A cet égard, on peut douter de la solidité de conclusions trop hâtives en faveur de la reconnaissance d'une corrélation entre la facilité à faire des affaires et l'appartenance à une famille juridique particulière. La question de l'évaluation des systèmes juridiques en eux-mêmes, implique une évaluation de la juste applicabilité des règles intégrées au corpus juridique, la prévisibilité des solutions et la garantie des droits reconnus par la norme. Se pose alors nécessairement la question de la sécurité juridique. La constitution d'un index de cette notion contribuera à faire une analyse de ce caractère essentiel au droit, dans les différents systèmes nationaux et aux différents stades de l'élaboration de la norme et de son application. Cette étude s'attache à fournir les fondements théoriques d'un index relatif à la sécurité juridique.

Sommaire

INTRODUCTION

SECTION 1 – CONTEXTE SCIENTIFIQUE: SECURITE JURIDIQUE ET LITTERATURE ECONOMIQUE.

- 1) – LA LITTERATURE DITE DROIT ET DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE.
- 2) – LA LITTERATURE DITE *INCERTITUDE ET CROISSANCE ECONOMIQUE*

SECTION 2 – LES ENSEIGNEMENTS DE LA BASE DE DONNEES « PROFILS INSTITUTIONNELS »

SECTION 3 – LE CONCEPT DE SECURITE JURIDIQUE

- 1) LE FOISONNEMENT DOCTRINAL : UNE DONNEE « UNIVERSELLE »
- 2) LES ELEMENTS CONCRETS

La prévisibilité

La stabilité

La Garantie

SECTION 4 – LA METHODE D’EVALUATION

CONCLUSION : LA SECURITE JURIDIQUE EVALUEE A L’AUNE DE LA CONFIANCE DANS LE DROIT

Introduction

Lorsque paraît, pour la première fois en 2004, le rapport *Doing Business* de la Banque mondiale, les juristes prennent conscience de ce que le droit est devenu un objet d'influence géostratégique dans des proportions nouvelles. La découverte sera notamment cruelle pour les juristes de droit continental, et surtout pour le droit de tradition française, car une corrélation est faite entre le développement économique et le système juridique, en faveur des systèmes de Common Law (La Porta, Silanes-de-Lopez, Shleifer, Vishny, Djankov).

Les auteurs de ces rapports préparés par la FIAS, filiale de la Banque mondiale, partagent l'idée selon laquelle le droit continental n'est pas favorable au développement économique et que, au surcroît, le droit d'origine française laisse trop aisément se développer la corruption. Ces conclusions, contestables et contestées, s'appuient sur une démarche visant à évaluer, à mesurer le droit et, ensuite, à établir un classement des résultats (*benchmarking*). Le consensus est alors formé, sans grande discussion, sur l'idée selon laquelle les « institutions » (North, 1981), en ce compris les systèmes juridiques, sont un élément crucial du développement économique.

Si de nombreuses études sont alors menées sur les règles de droit, analysées au prisme des sciences économiques, et notamment de l'économétrie et d'études empiriques, peu de réflexions sont menées sur la **sécurité juridique** (ou *legal certainty*, ou *legal indeterminacy* ou encore *legal reliability*). Tout se passe, dans cette littérature dite « droit et développement économique », comme si du simple fait qu'une règle soit énoncée, ou un mécanisme régulateur soit conçu, cela implique une sécurité juridique acquise. Les travaux se focalisent sur les résultats matériels d'une règle, plus que sur la sécurité qu'elle offre. Cette dernière est pourtant essentielle pour l'instauration de la *confiance* des acteurs, confiance qui est une composante fondamentale du fonctionnement des marchés et des échanges (Coleman, 1990 ; Peyrefitte, 1995 ; Algan et Cahuc, 2007).

Evaluer la sécurité juridique, en elle-même, s'avère alors un enjeu intéressant pour faire progresser la compréhension du jeu subtil qui se joue entre la régulation des relations

économiques et sociales et le développement économique.

La « sécurité juridique » est un thème qui préoccupe, en apparence, autant les juristes que les économistes. Pour ces derniers, la nécessité de droits subjectifs dont la mise en œuvre est garantie, est un élément essentiel de tout développement économique : si la propriété n'est pas assurée, aucun entrepreneur n'entreprendra, si les contrats ne reçoivent pas exécution, personne ne s'engagera. Ce raisonnement, maintes fois mis en évidence (notamment North and Thomas, 1973; Acemoglu, Johnson and Robinson, 2004; Bernstein, 2004), ne permet par cependant de réellement préciser la notion de sécurité juridique.

L'imprécision est également présente dans le discours juridique, quoique celui-ci, sur le thème, est largement plus prolixe qu'en économie¹. La doctrine française a longtemps mis en avant l'exigence de sécurité juridique. Ce que l'on entend par ces termes n'en demeure pas moins vague, car cela vise autant les qualités de la norme écrite, son processus d'adoption, que la stabilité des situations juridiques ou de leur mise en œuvre, notamment au travers du processus judiciaire.

Afin de développer un index mesurant la sécurité juridique, il faut donc s'entendre sur les notions et sur la méthode. Cette étude est donc structurée de la manière suivante : une première section s'intéresse au contexte scientifique du terme de sécurité juridique dans la littérature économique. Une seconde section présente les conclusions tirées d'études existantes conduisant à remettre en cause la théorie des origines légales et les hypothèses qui lui sont associées. La troisième section introduit le concept de sécurité juridique et identifie ses éléments essentiels. La quatrième et dernière section se focalise sur la méthodologie de la mesure telle qu'elle sera utilisée dans l'élaboration d'un index de la sécurité juridique.

¹ Il reste vrai cependant que sous d'autres vocables, il se pourrait bien que les économistes essayent d'approcher la « sécurité juridique », du moins dans une acception vague de ce concept. Depuis quelques années se sont en effet développés des études portant sur le « social capital », au sens de capital sociétal distinct des notions comptables ou financières des fonds propres, ou encore de « trust », compris comme la confiance. V. notamment Hoff et Stiglitz, 2005, Algan et Cahuc, 2007, et, surtout, Aghion, Algan, Cahuc et Shleifer, 2010, Algan et Cahuc, 2010.

Section 1 – Contexte scientifique: sécurité juridique et littérature économique.

Deux types de littérature économique s'intéressant à des manifestations « juridiques » peuvent, schématiquement, être identifiées. Une première série, que nous nommerons *droit et développement économique*, vise à identifier le rôle direct des institutions sociales de régulation sur le développement économique (1). Une seconde série, que nous singulariserons par les termes *d'incertitude et croissance*, s'intéresse plus spécifiquement à la corrélation entre l'incertitude institutionnelle et la croissance économique ou l'investissement (2).

1) – La littérature dite droit et développement économique.

Il est admis de longue date comme une proposition fondamentale en économie que l'investissement, l'échange et donc le développement économique, supposent une sécurité institutionnelle de la propriété et des contrats (Montesquieu, 1748 ; Adam Smith, 1776 ; Saint-Simon, 1806).

Cette proposition se retrouve dans les diverses écoles de pensée qui se distinguent sur ses conséquences relativement au rôle de l'Etat: des physiocrates adeptes du « laissez-faire, laissez-passer », des approches libérales au communisme, en passant par les multiples variantes du socialisme, la question centrale fut de déterminer le degré d'intervention de la puissance publique.

L'école dite *libérale*, au sens très large, dominante au XIXème siècle, puis de nouveau à la fin du XXème siècle, véhicule l'idée d'une « restriction du rôle économique de l'Etat, qui doit borner son intervention à faire respecter l'institution de la propriété privée ... L'Etat se trouve réduit au rôle de d'Etat-gendarme » (Vaquette, 1929). Cette idée se retrouve dans le courant néo-classique de l'Ecole de Chicago, qui estime que le mécanisme de marché (libre concurrence permettant la fixation de la solution optimale) est préférable à toute intervention des pouvoirs publics.

La sécurité nécessaire à la croissance économique doit cependant trouver une *source*, au sens où l'on parle des sources du droit. Objectivement, la source de cette sécurité peut être la morale, la religion, les comportements individuels (incitation/dissuasion), l'Etat.

On constate que de nombreuses institutions sociales ont pour objectif d'assurer la propriété (appropriation d'un bien) ou l'exécution des contrats (respect des engagements). Certains mécanismes sont dits d'ordre privé ou **informels**, et reposent sur la réputation ou la négociation sans intervention d'une autorité centrale, tandis que d'autres sont dits **formels**, lorsque la réglementation et les institutions judiciaires sont d'origines étatiques (Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer, 2002).

L'antienne de la nécessaire formalisation des droits de propriété, afin que tout individu ait accès au crédit et puisse échanger est désormais populaire, notamment à la suite des écrits de Hernando de Soto (*The other Path*, 1989 ; *The Mystery of Capital*, 2000) ; bien que celui-ci, sur une base méthodologique très contestée (Rossini & Thomas, 1990; Woodruff, 2001; Galiani & Schargrodsky, 2009), se borne à renouer, théoriquement, avec la proposition centrale des sciences économiques précédemment indiquée.

La détention certaine de droits (notamment de propriété) permet d'accéder au crédit et de contracter avec quiconque en assurant (i) la possession d'actifs offerts en garantie et (ii) la capacité à répondre de ses engagements; dit autrement, en économie, la formalisation des droits constitue une *externalité positive*, en ce sens qu'elle profite à l'ensemble des acteurs, le titulaire des droits et les cocontractants.

Mais cela ne règle pas la question de savoir quels sont, d'une part, la meilleure modalité pour atteindre cette fin, ni, d'autre part, le lien de cause à effet entre les institutions juridiques et la croissance économique.

La première série de travaux qui s'est intéressée à cette question des liens entre droit et développement, si l'on fait abstraction des auteurs qui relèvent d'une tradition de philosophie politique ou d'économie politique (Locke, Hobbes, Rousseau, Machiavel, Weber ... sur ces aspects, cf. Mackaay, 2000, et Pearson, 1997), a tenté d'établir une comparaison des effets des

systèmes de *common law* et de droit continental. L'idée centrale fut, à partir de la seconde moitié des années 1990, de lier développement économique et tradition juridique; on aura reconnu ici la thèse centrale de la *théorie des origines légales* (point de départ de cette formulation : Glaeser et Shleifer, 2002).

Ces études empiriques visent à expliquer les différences de croissance économique au travers des différences des familles ou tradition juridiques, suggérant que les traditions civilistes française et, dans une moindre mesure, allemande, sont moins performantes que le *common law* (La Porta et al, 1997, 1998, 2004, 2008 ; Johnson et al, 2000 ; Mahoney, 2001 ; Glaeser et Shleifer, 2002; Djankov et al., 2002, 2003; Beck et al., 2003; Botero et al., 2004; Anderlini et al., 2008).

Ce courant (dont on observera qu'il est animé globalement par les mêmes auteurs) justifie sa position par deux assertions théoriques. En premier lieu, l'accent est mis sur l'indépendance judiciaire (à l'égard de l'Etat), étant affirmé que la tradition de *common law* favorise une telle indépendance plus sûrement que le droit continental. En second lieu, il est affirmé que la *common law* favorise l'adaptation des règles par rapport au droit continental.

Indépendance et adaptabilité sont présumés être, sans que cela ne soit détaillé, des facteurs d'efficacité constants. Ainsi, Beck et alii considèrent qu'un système de code civil ne saurait présenter ces qualités puisqu'il est, nécessairement, caractérisé par le contrôle par l'Etat du résultat judiciaire du contenu de la loi.

Il est évident, pour la doctrine de droit comparé, qu'elle soit de tradition anglaise, nord-américaine ou d'Europe continentale, qu'une vision aussi caricaturale des familles juridiques est grotesque. L'exagération et le simplisme des critères opposant les deux grandes traditions juridiques occidentales a d'ailleurs été soulevé par des auteurs relevant de la *law and economics* (Merryman, 1985, 1996; Damaska, 1986; Mattei, 1997; Lasser, 2004; Dam, 2006).

La faiblesse, voire, la fausseté, de ces approches sont trop criantes pour que l'on s'y attarde. Un seul exemple suffira à démontrer l'incohérence, ou le dogmatisme de ces auteurs : Djankov et alii (2003), dans un article intitulé *Courts*, adoptent une notion du formalisme dont il

est postulé qu'il est un facteur constamment négatif, qui favorise un résultat judiciaire (décision) jamais optimum. Cependant les auteurs ne tiennent aucunement compte de ses effets réels². Ainsi dans *Courts*, lorsque le formalisme est évalué, l'exigence d'une procédure écrite est toujours perçue négativement. La raison en est que cela augmente le niveau de formalisme, lequel est facteur d'inefficacité. Or, il demeure que, s'agissant de petits contentieux, la forme exclusivement orale est également génératrice d'un coût social potentiellement rédhibitoire selon les circonstances linguistiques ou géographiques d'un pays. Un pays très vaste oblige à un maillage judiciaire important. A défaut, la distance peut constituer un obstacle. De fait, l'oralité impose la présence de traducteurs lors des audiences. Or, le temps consacré au déplacement a un impact sur le temps consacré à une activité professionnelle. En d'autres termes, il semble bien téméraire et très approximatif de poser en règle invariante un présupposé aussi simpliste que celui retenu par *Courts*, qui revient à considérer que, en toutes circonstances, le formalisme, en soit, est facteur d'inefficacité économique.

Cette littérature a eu toutefois le mérite d'initier une réflexion potentiellement féconde sur la méthode et la pertinence d'une évaluation des effets économiques des modes de régulation des activités humaines, en ce compris le droit au sens précis des sciences juridiques. En revanche, ces premiers travaux sont méthodologiquement et conceptuellement erronés, et ne sauraient constituer une base stable sur laquelle on peut s'appuyer.

Il faut en effet, d'une part, dépasser un raisonnement attaché à des caractéristiques de système qui seraient liées à une famille juridique (codification et interprétation, référence au précédent et création) qui ne sont plus du tout en phase avec la réalité de ces systèmes. Il en résulte que, non seulement, la distinction droit continental/*common law* a été exagérée, mais encore qu'elle ne traduit plus la réalité théorique ou pratique du droit appliqué: on ne peut, le déplorant ou non, que constater que c'est là le résultat paradoxal de la mondialisation et de la régionalisation qui ont dynamisé la circulation des modèles et des idées sans que n'apparaisse de mouvement d'unification, et que même la convergence demeure limitée (Garoupa et Ogus,

² Pour une analyse détaillée des biais, très importants, qui sous-tendent *Courts*, cf. Spamann, 2010, travail disponible en *working paper* dès 2006.

2006; Fairgrieve and Muir-Watt, 2006). Si, d'évidence, des différences demeurent, elles doivent donc trouver une explication ailleurs que dans l'identification des systèmes, ces derniers n'étant plus suffisamment singuliers les uns par rapport aux autres pour constituer un facteur explicatif significatif.

En ce sens, des travaux plus récents, dont certains se démarquent de la théorie des origines légales, tracent clairement les voies à explorer.

En premier lieu et relativement au problème de l'agence, l'étude des règles de procédure civile et des incitations des juges, à travers les questions de durée, de formalisme de coût des procédures de première instance, à agir dans le sens du bien-être social (*social welfare*, qui correspond ici à l'idée d'économie du bien-être), n'a permis de faire apparaître aucune différence systématique entre l'un ou l'autre système (Spamann, 2010 ; cf. également, dans une veine comparable Spamann, 2009).

En second lieu, tout en étant moins critiques sur la pertinence des travaux antérieurs, des études récentes indiquent que, se détachant d'une vue statique enracinée dans les familles juridiques, il est plus pertinent de s'intéresser à la qualité du droit, c'est-à-dire à la capacité d'un régime juridique à favoriser la production de normes qui améliorent la réponse juridique aux besoins locaux dans un environnement changeant (Hadfield, 2009).

Dit autrement, la capacité d'un système à générer des solutions socialement optimales, et donc adaptées aux besoins, doit nécessairement s'analyser *indépendamment* de la tradition juridique. Dans cette perspective, l'origine légale perd toute pertinence, au profit de l'efficacité en fonction des besoins localisés, précisément, dans la sphère d'application des normes considérées.

2) – La littérature dite *incertitude et croissance économique*

On trouve par ailleurs, toute une littérature d'analyse économique du droit qui s'intéresse plus spécialement à la mesure des effets de l'incertitude légale sur la croissance économique.

Cette littérature rejoint le thème classique de démocratie et développement (Feng, 2003 ; Marchesin, 2004). Parmi les objets plus précis de ce thème, on trouve la question de la prévisibilité des politiques publiques (policy certainty/uncertainty; Feng, 2003).

Plus proche des préoccupations liées aux mécanismes juridiques, quoique la question des politiques publiques ou de la bureaucratie ne soit pas absente des raisonnements liés à l'évaluation de l'effet économique du droit, une importante littérature a mis en avant l'important impact de l'incertitude, notamment institutionnelle, sur les décisions d'investissements. Au-delà de l'évident consensus selon lequel « un cadre politique instable réduit la croissance », cette littérature s'intéresse à l'identification des incertitudes pertinentes et leur mesure empirique (Pyndick, 1991 ; Dixit et Pyndick, 1994 ; Brunetti, Kisunko et Weder, 1997 ; Brunetti et Weder, 1998). Ces études, à travers l'établissement d'un indicateur de la crédibilité des règles juridiques, ont permis d'établir une corrélation selon laquelle un manque de crédibilité est néfaste à la croissance et à l'investissement. Ces analyses ont eu le mérite de mettre en évidence l'importance du facteur de confiance dans le droit pour un développement économique optimal. Cependant, ces études demeurent insuffisantes dans la mesure où la mesure de l'insécurité juridique (*institutional uncertainty*) est exclusivement fondée sur des études de perception. Or il ne faut pas oublier qu'il existe bien souvent un écart entre une appréciation objective et une appréciation subjective³.

³ V. à ce propos les résultats fournis par l'étude d'Oxford, Oxford Institute of European and Comparative Law and the Oxford Centre for Socio-Legal-Studies, 2008.

Section 2 – Les enseignements de la base de données « profils institutionnels »

Il faut se rendre à l'évidence que ni la théorie économique, ni aucune recherche empirique convaincante, n'ont à ce jour démontré lesquels, des procédés « informels » ou des procédés « formels » seraient les plus efficaces.

En l'état des connaissances, la raison essentielle en est qu'il demeure impossible de déterminer une modalité juridique efficace de manière universelle. Les règles juridiques sont toujours efficaces relativement à un contexte, celui du système et du pays dans lequel elles interagissent (Samuelson, 2001; Meisel et Ould-Aoudia, 2008).

De ce point de vue, il est possible de catégoriser les pays selon divers profils institutionnels caractérisés par le degré de formalisation de leurs systèmes de régulation et d'application de leurs règles formelles (Meisel et Ould-Aoudia). S'intéressant à la notion de « bonne gouvernance » et son lien avec le développement économique, Nicolas Meisel et Jacques Ould Aoudia, ont ainsi montré que les arrangements institutionnels ne se comprenaient qu'à l'intérieur d'un système donné.

Etrangement, au regard de la littérature dominante (Glaeser et Shleifer, 2002 ; La Porta, Lopez -de- Silanes, Shleifer, 2008), aucune corrélation entre l'appartenance à une tradition juridique et le niveau de développement économique n'apparaît pour la cohorte des pays développés. Bien au contraire, les données montrent que les différences, en termes de formalisation des systèmes de régulation, sont affaires de nuances relativement faibles. Plus qu'à une question de tradition juridique, il convient de s'intéresser à d'autres facteurs pour expliquer l'efficacité d'un système. Le degré de formalisation s'imposera alors comme un présupposé.

Plus révélateur encore, les données exploitées par Nicolas Meisel et Jacques Ould Aoudia ont montré que la formalisation des normes qui assurent la régulation économique et sociale (le droit et sa mise en œuvre administrative), constitue une donnée indépendante du degré d'intervention de l'Etat (cf. figure 1). Dit autrement, un système formel peut exister dans un

contexte de forte ou de faible intervention des pouvoirs publics, mais la tendance est clairement stabilisée autour d'une ligne médiane d'interventionnisme (partie resserrée de l'entonnoir). Il y aurait donc un modèle d'équilibre, dont toutes les déterminantes ne sont pas isolées et non renseignées par la littérature économique⁴.

Figure1 - Source Profils institutionnels

⁴ Littérature économique dont les modèles, très naturellement, amènent à isoler certains facteurs, sans contrôler les autres éléments qui peuvent avoir une incidence. Cela peut donc amener à ne pas tenir compte de certains aspects : ainsi, lorsque Aghion, Algan, Cahuc et Shleifer, 2010, tentent de mesurer le lien entre régulation formelle étatique et niveau de confiance, ils ne prennent pas en considération le fait que la culture historique et la situation géographique et démographique déterminent l'efficacité d'un mécanisme formel ou informel, de sorte qu'un manque de confiance dans les institutions légales (formelles) tient également à l'étendue des échanges hors du groupe social proche. Cette situation n'est pas vécue de la même façon dans un pays qui a une tradition d'échange ou qui n'en a pas. De même, une trop faible analyse des liens existants entre modes formels et modes informels de régulation (il y a indiscutablement une dialectique entre ces deux modes, qui s'épaulent, s'opposent ou se complète de manière non linéaire) réduit sensiblement la portée explicative du modèle, sans nécessairement invalider complètement la proposition sous-jacente. Allant plus loin, le choix des éléments mesurés peut, par manque de pertinence, fausser irrémédiablement l'analyse : ainsi, lorsque la théorie des origines légales se construit initialement par l'analyse de domaines de réglementation qui ne sont plus propres à une tradition, c'est l'idée centrale de la thèse qui est invalidée. En effet, initialement, la théorie des origines légales s'intéresse, pour opposer l'efficacité économique du *common law* et du droit continental, au droit des sociétés (La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer, Vishny, 1998), et plus spécifiquement la protection des actionnaires, ils ignorent ce faisant que ce domaine est régulé de manière identique dans les pays de *common law* et de droit continental depuis fort longtemps : par des textes et des régulateurs indépendants. La différence d'efficacité et de concentration des actionnaires qu'ils mettent en avant tient une fois de plus à d'autres facteurs que celui de la tradition juridique !

De manière particulièrement saisissante, on constate que

- le pays le plus avancé qui fait la plus grande place au rôle de l'Etat est un pays de tradition de *Common law* (Singapour) ;
- les Etats qui connaissent le plus haut degré de formalisation sont indifféremment de tradition juridique dite continentale, ou de *common law*;
- la seule distinction récurrente entre ces pays tiendrait à l'importance du rôle de l'Etat, les pays développés de tradition de *Common law* lui laissant un rôle légèrement moins important que les pays développés de tradition de droit continental, sous réserve :
 - de Singapour qui est, dans la cohorte des pays développés, celui qui accorde le rôle le plus important à l'Etat;
 - du fait que l'Espagne (droit continental) accorde la même importance au rôle de l'Etat que le Canada (*common law*), et que les Pays-Bas (droit continental) accordent la même importance au rôle de l'Etat que les Etats-Unis d'Amérique (*common law*).

Ces données sont particulièrement riches d'enseignements.

En premier lieu, elles invalident la proposition centrale de la *théorie des origines légales* (Glaeser et Shleifer, 2002 ; La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer, 2008) qui lie de manière déterministe l'appartenance à une tradition juridique et le rôle de l'Etat (ainsi que son degré d'intervention).

En deuxième lieu, elles montrent indiscutablement que le lien entre institutions juridiques et développement économique (North, 1981) est, au mieux, mal compris : s'il ne fait aucun doute qu'un système développé économiquement est corrélé avec un droit formel et impersonnel (vérifiant ainsi la thèse de Max Weber), aucune corrélation significative n'est attachée au développement économique et à la tradition juridique (dans la partie recentrée du graphique, les pays se distinguent par des nuances).

Ce résultat apparaît d'autant plus flagrant si l'on combine les données relatives à la formalisation du système de régulation économique et sociale avec le PIB par habitant (cf. fig. 2). Or, si cela ne permet toutefois pas d'estimer que les systèmes juridiques ne jouent pas un rôle dans la croissance économique, cela indique bien que ce rôle demeure inexploré ou largement inexpliqué.

Figure 2 - Source : *Profils institutionnels*

L'intuition ici développée amène à penser que la reconnaissance d'un rapport entre institutions juridiques et développement économique tiendrait essentiellement à la sécurité que procure le système juridique aux acteurs économiques. Autant dire que l'efficacité d'un système juridique serait finalement fonction du degré de sécurité juridique. Ce qui signifierait qu'il n'y a pas un niveau unique de sécurité optimale, mais des niveaux qui sont fonction du contexte des règles et qui doivent nécessairement être pris en considération dans l'étude des systèmes.

Enfin, en troisième lieu, les systèmes informels (régulation sociale et économique fondée sur des relations personnelles fortement individualisées) semblent particulièrement éclectiques et combinés à une palette très large du degré d'intervention de l'Etat (forte dispersion des pays autour de l'axe formé par la médiane, partie large de l'entonnoir).

D'où l'idée encore, de mesurer la sécurité juridique des pays présentant des profils institutionnels comparables afin de neutraliser (sans les effacer toutefois) les effets qui seraient liés à d'autres éléments beaucoup plus spécifiques, tels que les infrastructures, le marché local, la culture, les habitudes ou encore, la langue.

Section 3 – Le concept de sécurité juridique

« Première valeur sociale à atteindre », selon l'expression de Paul Roubier (Théorie générale du droit, 1946), la sécurité juridique est une qualité essentielle du droit, indispensable à la préservation de l'ordre social et économique. Elle s'impose comme une exigence inhérente au droit et est constitutive de son essence-même, si bien que parler de « sécurité juridique » et de « droit » revient aussi à désigner une même réalité⁵. Cette imbrication conceptuelle peut expliquer que la sécurité juridique soit longtemps restée à l'écart des notions juridiques énoncées comme telles⁶. Pour autant, cela ne signifie pas qu'elle ne constitue pas un objectif essentiel et immuable sous-tendant la pratique et les évolutions du droit.

En droit français, la sécurité juridique est longtemps restée méconnue en tant que principe, alors que le souci de préserver cet impératif est depuis longtemps bien réel. Il s'est régulièrement illustré à travers la défense d'exigences qui en découlent, telles l'*accessibilité* et l'*intelligibilité* de la loi, la confiance légitime dans la *clarté* et la *prévisibilité* de la norme et de l'action administrative⁷, le respect des situations légalement acquises ou encore la sauvegarde de la qualité de la loi⁸. Des décisions jurisprudentielles récentes ont illustré de manière spectaculaire une évolution vers une véritable reconnaissance de la notion, comme en témoigne la consécration d'un « principe de sécurité juridique » par le Conseil d'Etat dans l'arrêt KPMG (2006)⁹. A cela s'ajoutent de nombreux rapports établis ces dernières années par les différents acteurs du droit, évoquant la sécurité juridique comme un objectif essentiel du droit qui ne doit pas être perdu de vue dans le cours des réformes¹⁰.

⁵ Les qualifications de truisme, de tautologie ou encore de redondance sont parfois évoquées. V. A. L. Valembois n° 4 s. et les références citées.

⁶ S'agissant du droit français, v. Bernard Pacteau, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, A.J.D.A., Numéro spécial 50e anniversaire, 1995, p. 151 ; l'auteur ne va pas pour autant jusqu'à privilégier la sécurité juridique en tant que principe.

⁷ Trib. adm. Strasbourg, 8 décembre 1994, *Entreprise de transports Frymuth c/ ministre de l'Environnement*, R.F.D.A., 1995, n° 5, p. 967-968.

⁸ Not. 16 déc. 1999, (99-421 DC et 99-422 DC), JP 22 déc. 1999, p. 19041 ; 29 déc. 2005 (2005-530 DC) ; 27 juillet 2006 (2006-540 DC).

⁹ CE, ass., 24 mars 2006, KPMG, n° 288460 rec, p. 154. AJDA 2006, p. 1028, chron. C. Landais et F. Lénica – RFDA 2006, p. 463, Concl Y. Aguila, note F. Moderne.

¹⁰ Not. Conseil d'Etat, rapport public annuel 2005, « sécurité juridique et complexité du droit », la doc française ; Nicolas

Il va sans dire que ces évolutions vont de paire avec le développement du droit communautaire qui assure à la notion une véritable assise juridique. La CJCE consacre en effet un véritable principe normatif de sécurité juridique¹¹, au même titre que le principe qui lui est corollaire de *confiance légitime*¹². Ce dernier implique **l'assurance pour un agent économique de pouvoir raisonnablement se prévaloir de droits légitimement acquis et dont le changement n'a pu réellement être anticipé.**

Les tentatives de définition de la sécurité juridique ont généralement ceci de commun qu'elles rattachent à la notion un caractère *subjectif*. Rien d'étonnant à ce que la plupart des définitions reflètent la notion du point de vue du sujet de droit¹³. Si l'on admet généralement que le droit est fait pour l'homme et non l'homme pour le droit, *a fortiori*, la sécurité juridique ne saurait être envisagée d'une manière absolue et indépendamment des attentes de ceux qui doivent en être les premiers bénéficiaires, à savoir les personnes.

De ce point de vue, la sécurité juridique désigne essentiellement l'assurance pour le sujet de droit de pouvoir déterminer, d'une part, ce que la loi l'autorise à accomplir - ou au contraire, lui interdit - et de prévoir les conséquences possibles d'une application de la norme en cas de litige porté devant le juge, ou encore les sanctions encourues. Une telle exigence nécessite la garantie d'une accessibilité à la règle de droit et sa relative stabilité, sans lesquelles les agents ne pourraient plus établir de prévisions fiables et certaines. D'autre part, la sécurité juridique implique également, mais sur un autre plan, l'absence de remise en cause ultérieure des droits acquis au sujet de droit, mais aussi la garantie dans le temps de leur effectivité. Une

Molfessis, « Les revirements de jurisprudence : rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet », Paris Litec 2005 ; Le rapport du Conseil économique et social : « entreprises et simplifications administratives », présenté par Anne Duthilleul, 25 mai 2005 et plus récemment encore, Rapport de la CCIP, Améliorer la sécurité juridique et fiscale des entreprises, 9 juil. 2009.

¹¹ Not. CJCE 6 avr. 1962, De Geus en Uitdenogerd C/ Bosch (aff. 13/61, rec. p. 89) ; CJCE 8 avr. 1976, Defrenne c/ Sabena (aff. 43/75, Rec, p. 465) et CEDH, 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique (Série A n° 31) sur la non-rétroactivité.

¹² CJCE 7 juin 2005, VEMW (C-17/03 Rec. P I – 4983) ; rapp. M.-H. Planchon, Le principe de la confiance légitime devant la Cour de justice des Communautés, Revue de droit prospectif, 1994, n° 2 ; J.-P. Puissochet, Vous avez dit confiance légitime ? (le principe de confiance légitime en droit communautaire), Mélanges Guy Braibant, L'Etat de droit, Dalloz, 1986, p. 581 à 586.

¹³ On citera à titre d'exemple la définition synthétique et complète retenue par Thomas Piazzon « Idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible, qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation », in La sécurité juridique, LGDJ, 2009, spéc. n° 48. ou encore la définition donnée dans le *Vocabulaire juridique* de Cornu : « toute garantie, tout système juridique de protection tendant à assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins réduire l'incertitude dans la réalisation du droit ».

telle exigence implique nécessairement la mise en place de procédures de contrôle et d'exécution rigoureuses et transparentes.

Dans tous les cas, la dimension de **prévisibilité** apparaît au cœur de la notion. S'y joignent deux autres composantes essentielles qui lui sont relatives : la *stabilité* et la *garantie*. L'établissement d'un index de la sécurité juridique permettra de déterminer dans quelle mesure le cadre juridique d'un système donné permet d'assurer une optimisation de ces trois facteurs essentiels de sécurité juridique.

1) Le foisonnement doctrinal : une donnée « universelle »

Un constat s'impose, lorsque l'on fait un tour d'horizon des doctrines juridiques, selon lequel la géographie variée des pays cède devant une réflexion unique partagée par tous, quelques soient les cieux : la question de la sécurité juridique est abordée par les juristes de manière systématique.

Sans doute, l'interrogation n'est-elle pas formulée de manière similaire. En droit italien, par exemple, si la sécurité juridique ne figure pas comme une notion intégrée comme telle au corpus juridique, celle-ci est cependant bien présente à travers les qualités *d'accessibilita* et de *previsibilita* souvent évoquées dans la littérature juridique.

En droit allemand, le principe de confiance légitime (Rechtssicherheit) s'enracine dans un courant jurisprudentiel issu d'une décision du Tribunal administratif supérieur de Berlin du 14 novembre 1956 qui affirme sa prééminence par rapport au principe même de légalité. En outre, le principe de confiance légitime a depuis constitué le fondement de décisions rendues notamment par la Cour administrative fédérale (BverwGE)¹⁴.

En droit brésilien, la sécurité juridique apparaît comme un principe figurant dans la loi¹⁵. Celui-ci a d'ailleurs été reconnu comme étant de valeur constitutionnelle dans des décisions de

¹⁴ Sur ces évolutions, v. H. Maurer, Droit administratif allemand, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, p. 290 s.

¹⁵ V. not. Art. 2 de la loi brésilienne n° 9.784 du 29 janvier 1999.

la Cour suprême rendues à partir de 2003¹⁶.

En droit anglais, la notion de *certainty* apparaît le plus souvent dans la littérature doctrinale à propos du contrat (*contract certainty*). La question de la clarté de la loi est cependant évoquée dans certains cas récents (*Training for profit (UK) Ltd v. Rickman Tooze Independent Financial advisors Ltd.*, 2003).

Aux Etats-Unis, l'accent est mis sur la *legal determinacy* (ou son absence), ou plus proche du sens de sécurité, sur la *legal certainty*. On observera que, souvent, la doctrine nord-américaine envisage la question de manière négative, en visant la *legal uncertainty*, ou la *legal indeterminacy*, insistant dès lors sur ce qui apparaît comme un problème : l'incertitude juridique. Indétermination, incertitude ne sont pas, à proprement parler, des équivalents du terme sécurité. Toujours est-il que ces termes font aussi référence à la notion de prévisibilité qui découle elle-même de ce qui constitue l'élément central de la sécurité juridique, à savoir la confiance dans le droit...

Or ce dernier adjectif est celui-là même qui « qualifie » la sécurité juridique. De fait, la confiance légitime, terminologie en usage en droit communautaire, est suffisamment explicite et renvoie, elle aussi, à la prévisibilité. Un opérateur peut légitimement, en raison de divers éléments, s'attendre à ce que telle solution soit appliquée (par l'administration ou l'exécutif).

On constate cependant qu'à cette première unité de questionnement (le droit apporte-t-il la prévisibilité nécessaire ?), répond une constante dans la littérature juridique : la notion demeure vague. Si la littérature comparée analysée montre que le dénominateur commun est la prévisibilité, encore faut-il dépasser cette affirmation et envisager concrètement ce qu'elle signifie. La prévisibilité (sécurité) ne saurait exister en soit sans une prise en compte des particularités de la mise en œuvre du droit et de l'évolution de la société. On se rapproche ici du concept plus englobant d'Etat de droit ou de *Rule of law*. Très présent dans la littérature anglo-américaine ce concept impose comme référence le modèle d'un gouvernement lié dans toutes

¹⁶ STF ; 2a Turma, Pet-QO 2900/RS ; Roberta de Leon Valiente c. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rel. Min. Gilmar Mendes, jugl. Em 27/05/2003, DJ 01/08/2003, p. 42 ; STF ; Trib. Pleno, MS 24268/MG, Fernanda Fiuwa Brito c. Tribunal de Contas da Uniao, jugl. Em 05/02/2004, DJ 17/09/2004, p. 53 ; STF Trib. Pleno, MS 22357/DF, Ivete do Socorro Abreu c. Tribunal de Contas da Uniao, jugl. Em 27/05/2004, DJ 05/11/2004, p. 6.

ses actions par la règle de droit, telle qu'elle a été déterminée et rendue publique, de sorte que l'application de la norme et la manière dont s'exercera le pouvoir coercitif doivent pouvoir être anticipés par ses destinataires (F. A. Von Hayek, 1944). Le concept est néanmoins évolutif. Primitivement, il recouvrait essentiellement l'idée d'une limitation des pouvoirs publics par le droit. Cette définition qualifiée aujourd'hui de « formelle » (formal ou thin definition) s'est ensuite élargie avec la prise en compte d'éléments apportant une connotation plus « substantielle » (substantive ou thick definition)¹⁷. Outre l'attention portée au respect des principes démocratiques, a ainsi été introduite l'idée de la garantie d'un ordre social par la référence au respect des droits fondamentaux et, plus généralement, à des critères de justice.

L'idée de sécurité juridique n'est pas étrangère au concept de la Rule of law. Elle est d'ailleurs souvent évoquée, dans la littérature anglo-américaine, comme l'une de ses composantes, à travers notamment les exigences de clarté, prévisibilité et stabilité de la loi. Cependant, la sécurité juridique ne traduit qu'un aspect limité de la Rule of Law¹⁸. Elle ne doit pas non plus être confondue avec la « formal rule of law » ainsi désignée, celle-ci impliquant, au-delà de l'idée de sécurité juridique, l'idée d'égalité devant la loi et d'application générale et impersonnelle de la loi. La perspective relative à la formal rule of law demeure moins fonctionnelle que lorsque l'on aborde la sécurité juridique relativement à un *système* de droit proprement dit¹⁹.

¹⁷ Pour une vue d'ensemble des définitions associées au concept, v. notamment Brian Z Tamanaha, *On the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2004. Aujourd'hui, le concept demeure très souvent évoqué mais sa signification est devenue évasive, à tel point qu'elle a suscité de nombreuses tentatives de redéfinition (relocating), v. à ce propos Gianluigi Palombella and Neil Walker, *Relocating the Rule of law*, Hart Publishing, 2009.

¹⁸ Certains auteurs la rattachent à la Rule of Law entendue dans son sens le plus étroit et le plus « formel ». v. Marzena Kordela, *The principle of legal certainty as a fundamental element of the formal concept of the rule of law*, in *Revue du notariat*, Montréal, vol. 110, sept. 2008, p. 587 s. L'auteur cependant n'exclut pas toute dimension substantielle de l'idée de sécurité juridique, dans la mesure où elle serait aussi comprise comme un principe impliquant également la garantie d'un droit juste.

¹⁹ En ce sens, la perspective ici adoptée par rapport au *système* de droit se distingue de celle qui s'imposerait dans le cadre d'une étude sur l'*Etat* de droit au sens de *Rechtsstaat*.

2) Les éléments concrets

Prévisibilité, stabilité et garantie constituent le trépied de la sécurité juridique. Les trois notions doivent nécessairement être évoquées de manière interdépendante. Pour autant, les deux dernières découlant de la première, seule la prévisibilité peut être considérée d'une manière absolue, en tant que finalité. Cela étant, même si les trois notions apparaissent liées, le point de vue abordé demeure bien spécifique pour chacun des éléments concrets constitutifs du concept de « sécurité juridique ».

La prévisibilité

La prévisibilité fait référence au point de vue micro-économique. La question qui se pose alors est celle de savoir dans quelle mesure le droit permet à l'individu de choisir et de figer sa situation juridique. Dans cette perspective, la sécurité juridique rejoint l'idée énoncée dans le dictionnaire Cabrillac décrivant la sécurité comme recouvrant notamment le « droit pour un individu d'être fixé sur le contenu des dispositions qui lui sont applicables ».

La prévisibilité implique en premier lieu une bonne *accessibilité* à la norme, tant aux professionnels qu'aux profanes. Déjà au 19^{ème} siècle, la doctrine américaine évoquait la *Legal uncertainty* (Maxeiner, 2006) en stigmatisant l'insuffisance de clarté de la rédaction de la norme pour permettre sa compréhension par le profane. Aujourd'hui encore, la clarté et la simplicité des textes demeurent des éléments généralement reconnus comme déterminants de la « qualité de la loi »²⁰.

Or, l'accessibilité est parfois rendue plus difficile avec le phénomène d'inflation législative et la multiplication des normes, les revirements de jurisprudence qui rendent le paysage juridique plus complexe, ce qui oblige souvent à l'instauration d'une veille juridique coûteuse (Outin-Adam, 2009). Au final, une floraison normative associée à une application rigoureuse du principe de légalité engendre une réelle insécurité juridique. Pour autant, si l'on

²⁰ CC 27 juillet 2006, 2006-540 DC.

adopte un point de vue subjectif, l'instabilité du droit objectif ne sera source d'insécurité que pour les profanes non initiés (Piazzon, 2009). D'une manière générale, la norme d'origine légale demeure un instrument plus accessible que la norme d'origine jurisprudentielle, réservée à l'évidence aux professionnels du droit.

Cela étant, une immutabilité des textes peut paraître contradictoire avec l'idée de modernisation du droit qui induit le plus souvent l'adoption de nouvelles dispositions. A cet égard, si l'on considère l'idée, défendue par les auteurs du rapport *Doing Business* 2010, selon laquelle la facilité à faire des affaires dépendrait du dynamisme à réformer, un tel critère demeure très limité, notamment en ce qu'il feint de prendre en considération la corrélation qui existe entre le dynamisme à réformer et l'insécurité juridique. Or celle-ci est constitutive d'un facteur économique éminemment contreproductif dans la mesure où elle implique généralement des coûts supplémentaires. Nul ne pourrait nier qu'elle constitue par conséquent une réelle entrave à la facilité à faire des affaires.

Dans un cadre anglo-américain, il est incontestable que l'accessibilité au droit par les *Statutes laws* est plus aisée que lorsqu'il s'agit d'effectuer une recherche du *precedent*²¹. Or le système est essentiellement fondé sur la règle du précédent, à l'inverse des pays de droit civil. Le système américain est avant tout un système processuel où la théorie en tant que telle, a un droit de cité plus limité²². La garantie du juste y est moins assurée, *a priori*, par une règle préétablie qu'*a posteriori*, à travers la procédure (*lawful process*) et l'intervention du juge. Ces différences sont le plus souvent liées à des questions de culture juridique. Toujours est-il que l'on retrouve partout un souci réel de garantir l'accessibilité de la règle aux sujets de droit²³.

Il n'en demeure pas moins que la prévisibilité mérite d'être évaluée plus

²¹ Notons à ce propos que la recherche du précédent est parfois rendue plus difficile en cas de conflits entre une solution anciennement adoptée par une juridiction supérieure et la solution adoptée plus récemment par d'autres juridictions inférieures. V. Maxeiner, p. 543-544 et les références citées. Sans compter les conflits qui surviennent entre la norme légale et l'application qui en est faite. A ce titre, la mise à jour de la règle formelle a regard des évolutions de la jurisprudence peut contribuer à améliorer la sécurité juridique.

²² S. Pimont relevait en ce sens que "aux Etats-Unis d'Amérique, on renonce souvent, même pour l'enseigner, à réduire le droit en théorie générale - le droit est plus un *processus* qu'un *système* donné à comprendre le premier ne revient pas exactement à exposer le second", RTD Cic. 2009. 417. v. Aussi Ch. Jamin, Un modèle original : la construction de la pensée juridique française, BICC 15 avr. 2004. 7.

²³ Ce souci de rendre la règle forgée et précisée par la jurisprudence mieux accessible s'illustre notamment en France à travers l'établissement de rapports annuels sur les décisions de la cour de Cassation.

particulièrement au regard de son étendue. La prévisibilité des sanctions est-elle la même d'un pays à l'autre ? Quelle est la place accordée à l'appréciation du juge, elle-même porteuse d'un aléa judiciaire ? Le droit prévoit-il des procédures spécifiques permettant de prévoir l'application qui sera faite de la loi à une situation particulière ? D'un point de vue plus pratique, des critères d'évaluation permettront de mettre en évidence des divergences entre les systèmes nationaux.

En second lieu, il importe de souligner que la prévisibilité recouvre nécessairement une vision prospective à plus long terme sur des éléments eux-mêmes susceptibles d'évoluer. La prévisibilité implique alors que le sujet de droit puisse être en mesure d'effectuer des *anticipations* sur les évolutions de la norme à laquelle il sera soumis²⁴, ou encore sur les conséquences juridiques d'une évolution de sa situation. Dans le premier cas, il s'agira essentiellement d'évaluer la prévisibilité *du* changement relatif à la norme, tandis que dans le second cas, on s'efforcera d'évaluer la prévisibilité *dans* le changement.

S'agissant de l'anticipation de l'évolution de la norme, celle-ci passe nécessairement par la mise en œuvre de **procédures d'information et de consultation préalables** auprès des sujets de droit. A ce propos, la Chambre de commerce de Paris a déjà souligné la nécessité d'effectuer des études préalables aux réformes, en collaboration avec les sociétés civiles. Outre la garantie d'une meilleure adaptation de la nouvelle norme aux besoins de la réalité économique, une telle démarche permettra aux sociétés civiles concernées d'intégrer ces anticipations dans leurs choix stratégiques (Outin-Adam).

En ce qui concerne l'assurance d'une prévisibilité *dans* le changement, il conviendra de déterminer les **moyens offerts par le droit pour encadrer le changement**. On prendra pour exemple les règles s'imposant à une évolution de la norme d'origine conventionnelle, qu'il s'agisse de son adaptation, sa modification, la rupture du contrat, ou encore de la détermination unilatérale de l'un de ses éléments. La prévisibilité dans le changement inclura

²⁴ P. Livet, « temps de la loi, rythme des révisions et théorie des jeux », in *Accélération du temps juridique*, p. 93: « si chacun des acteurs suppose que la règle sur laquelle ils se coordonnent actuellement a de grandes chances d'être changée, cela peut donner lieu à divers comportements d'anticipation qui tentent d'infléchir le changement en accentuant certaines pratiques en marge de la règle. »

notamment l'étude des délais de préavis, de l'obligation d'information et plus généralement, des procédures encadrant une modification unilatérale comme dans le cas du licenciement économique. On se place ici dans la perspective d'une sécurité juridique associée à l'idée d'adaptabilité aux besoins de la vie économique. Cela participe, en d'autres termes, d'une évaluation de la « flexi-sécurité » assurée par le droit.

La prévisibilité de l'individu au regard de sa situation implique plus en amont une relative stabilité de la norme, maintes fois signalée comme un élément essentiel de la sécurité juridique²⁵. C'est pourquoi la prévisibilité a aussi des incidences au niveau macro-économique de l'établissement des normes.

La stabilité

L'étude de la stabilité de la loi nécessite de se placer dans une perspective plus générale en considérant le processus de création des normes et son impact économique. La perspective est alors macro-économique.

Si la notion de sécurité fait nécessairement référence à l'idée de maîtrise à laquelle on associe naturellement celle de fixité, il convient cependant de souligner que s'agissant de la norme, on ne saurait prétendre à sa stabilité absolue. Il est de l'essence du droit de promouvoir un certain ordre social. Pour répondre à cette finalité, le droit doit toujours être en progrès. Il s'ensuit que l'exigence de stabilité ne saurait empêcher tout progrès du droit. En ce sens, les revirements sont le signe d'une adaptation du droit aux faits et témoignent très concrètement de la vie d'un droit réellement au service de la société ; il en est de même de la pratique anglaise ou américaine du *case distinguish*. Par conséquent, l'idée de stabilité, si elle contribue de manière évidente à assurer une sécurité juridique, ne peut cependant être synonyme de stabilité inflexible. Au contraire, l'adaptation lorsqu'elle est nécessaire, doit pouvoir être

²⁵ La plupart des études récentes effectuées sur le thème de la sécurité juridique stigmatise la floraison sans limites des normes comme un facteur majeur d'insécurité qu'elles soient d'origine légale (v. not les recommandations émises par l'étude de la CCIP, *op. cit.*) ou jurisprudentielle (N. Molfessis, « les revirements de jurisprudence : rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet », Paris Litec 2005 où l'auteur développe notamment les revers de la rétroactivité de la jurisprudence.

favorisée par des capacités d'évolution, plus ou moins, rapide.

La question qui se pose ici est celle de savoir dans quelle mesure un changement de norme sera imposé et encadré par le système. Quelles seront les modalités d'évolution de la norme, quelle soit d'origine légale ou jurisprudentielle ? Il s'agit alors de procéder à une étude de la rationalisation de la *mutabilité des normes*, afin de déterminer l'incidence de ces évolutions sur les droits acquis. A ce stade, une analyse critique des règles institutionnelles et des modes de réforme s'impose. Celle-ci devra prendre en compte les mesures d'intégration²⁶ et d'accompagnement de l'évolution de la norme pour en limiter la radicalité²⁷.

La tension qui résulte de la fonction essentiellement protectrice ou stabilisatrice du droit et sa fonction d'adaptation aux besoins d'une réalité socio-économique mouvante, peut se résoudre lorsque l'on cherche à envisager la notion de sécurité à travers le prisme la garantie des droits qui constitue le troisième pilier de la sécurité juridique.

La Garantie

La garantie du droit constitue un impératif de la sécurité juridique et la preuve par excellence qu'un système de droit remplit sa fonction essentielle. Elle demeure un élément fondamental de la sécurité juridique.

La garantie des droits subjectifs acquis suppose généralement l'absence de remise en cause ultérieure de ces droits. Or certaines techniques de droit introduisent parfois des incertitudes quant au caractère acquis comme l'illustrent les effets seuils, les délais de recours ou encore la prescription.

En outre, la garantie du droit implique non seulement l'assurance du respect de la norme, mais encore l'assurance d'une juste mise en œuvre de la règle de droit. En d'autres termes, la garantie recouvre à la fois un aspect formel et un aspect plus substantiel.

²⁶ Ex. les techniques de consolidation.

²⁷ Ex. les régimes transitoires, à l'inverse de la rétroactivité, peuvent permettre de limiter l'application immédiate ou imprévue de la nouvelle norme.

La garantie dite « formelle » désigne la fiabilité et l'application effective des instruments juridiques.

Elle repose en premier lieu, sur la question du rapport à la norme et le principe de la force obligatoire. D'un point de vue pratique, elle englobe aussi toutes les garanties techniques et procédurales dans l'application de la règle de droit et suppose une réelle transparence des juges²⁸.

En second lieu, elle nécessite une application effective de la règle à tous les sujets auxquels elle s'applique. Or, on constate qu'une partie de l'économie échappe à l'emprise du droit ou d'une règle particulière. La fuite vers des paradis fiscaux, l'économie sous-terrain, le travail au noir, l'e-économie, sont autant de phénomènes illustrant les insuffisances relatives à la mise en œuvre de la norme.

La garantie dite « substantielle » vise à assurer une application « juste » de la norme²⁹. On parlera d'application *mesurée* ou *adaptée* de la norme. Elle implique une adaptation à la spécificité de chaque situation et s'oppose ainsi à une application automatique de la norme. En ce sens, elle peut parfois entrer en conflit avec l'idée de garantie formelle (Piazzon). La recherche du juste est en effet souvent vectrice d'une insécurité formelle, partant, d'une certaine imprévisibilité. L'antinomie récurrente entre un besoin de sécurité impliquant un certain verrouillage de l'application de la règle de droit, et l'aspiration à un droit fondamentalement juste et protecteur, nécessite donc la recherche incessante d'un équilibre entre les extrêmes d'une application aveugle ou d'une application opportuniste ou arbitraire de la norme. D'un point de vue subjectif, cette tension sous-tend inévitablement la question de la garantie des droits acquis. Se pose ici la question de l'étendue des pouvoirs du juge³⁰ et de l'appréhension de la règle de droit par le juge³¹. La liberté d'appréciation du juge est aussi

²⁸ A ce propos, on se référera à l'indice WEF-Insead « transparency international ».

²⁹ L'idée, poussée à l'extrême a été souvent évoquée par les détracteurs de la *Rule of law* et instigateurs de l'*Indeterminacy thesis*, pour qui la recherche d'une garantie du juste par le droit implique à plus court terme une remise en cause de l'application de la règle générale lorsqu'elle conduirait à une situation perçue comme injuste : « no way to attain absolute legal determinacy without unacceptable sacrifices in justice and policy interests » : cité par Maxeiner.

³⁰ La liberté d'appréciation du juge est parfois prévue par la loi elle-même : ex. Le UCC prévoit explicitement que certaines dispositions seront « liberally construed and applied ».

³¹ Maxeiner signale à ce propos une différence nette d'approche de la loi par le juge américain qui procède généralement à

manifestée par le recours à la lésion, la proportionnalité, la notion de raisonnable ou d'attentes légitimes, ou encore à la violence économique, la cause ou la bonne foi, toutes notions qui participent de l'idée de justice matérielle ou d'équité. Le mode de détermination des sanctions constitue aussi un élément révélateur du rôle dévolu au juge pour « faire justice ».

La question qui se pose alors est celle de savoir dans quelle mesure une telle dévolution est favorable à la sécurité juridique. En effet, à partir d'un certain stade, le fait de confier de trop larges pouvoirs au juge peut conduire à dépasser le simple degré d'ajustement nécessaire à une application appropriée et partant, sécurisée, de la loi. Il devient alors facteur d'insécurité. En outre, une telle application adaptée de la norme suppose parfois que le juge ait des compétences particulières pour appréhender des situations économiques dont la complexité peut être gênante³².

Il reste que la recherche d'une application juste de la norme, qu'elle soit ici encore d'origine légale ou conventionnelle, se fonde sur la nécessaire garantie du Juste, essentielle au droit, au même titre que la sécurité prise au sens de valeur sociale et fonction essentielle du droit. Elle se fonde nécessairement sur la *stabilité* des droits subjectifs, elle-même garantie par la Constitution. En outre, on relèvera que si la recherche d'une juste application de la norme se fonde sur la fonction de garantie du « juste », cette recherche ne sera pas dépourvue d'effets en faveur d'un renforcement de la sécurité formelle. En effet, une juste application de la loi constitue indéniablement un facteur social supplémentaire de son opposabilité. L'application reconnue comme juste, de la loi lui confère une force autorité d'autant plus forte qu'elle est acquise « de l'intérieur » et non plus seulement subie comme une autorité « extérieure »³³. Il en

une « "assimilation of Statutes to common law": judges are more interested in controlling Statues than in applying them » v. 548 s.

³² Certains magistrats évoquent parfois le besoin d'une formation plus interdisciplinaire...

³³ Cette idée se rapproche de l'idée d'auto-application du droit ou d'auto-responsabilisation, aujourd'hui de plus en plus favorisée par le développement de la *Soft Law* (codes de conduite, chartes éthiques, etc) et des mécanismes incitatifs de comportements conformes à un principe non explicité par une règle. Rapp. Recommandations CCIP focus 11 et les programmes de clémence développés aux Etats-Unis. La moindre emprise du droit ainsi illustrée n'est pas pour autant systématiquement synonyme d'insécurité formelle dans la mesure où des mesures incitatives sont parfois plus efficaces que des mesures contraignantes en tant que telles. Toutefois de tels mécanismes ne sauraient être généralisés et nécessitent d'être mis en place avec précaution.

résulte finalement un renforcement de la garantie formelle de la norme³⁴.

En somme, une application juste de la règle de droit, si elle présente a priori le danger d'une insécurité formelle, peut néanmoins trouver une justification dans l'impératif de justice ainsi défendu et contribuer à garantir un certain degré de confiance dans le droit, pour autant que cet impératif n'en vienne à se substituer à la règle. Un ajustement pour le moins délicat, la difficulté étant de pouvoir mesurer la « justesse » de l'application particulière du droit (laquelle renvoie alors très directement aux facteurs culturels de la règle ; v. Samuelson, 2001).

Tout au plus peut-on, indirectement, tenter d'évaluer la **manière** dont la règle sera appliquée, par rapport à une situation particulière et dans le but d'établir un équilibre de justice. A cet égard, les incitations du juge à appliquer le droit d'une manière adaptée à chaque situation peuvent constituer des éléments significatifs (Hadfield, 2006).

Section 4 – La méthode d'évaluation

Comment donc mesurer le niveau de prévisibilité des règles ? On partira du présupposé selon lequel un équilibre entre le maintien des situations acquises et l'adaptation aux nouvelles données doit être trouvé de telle manière qu'un niveau d'information suffisant sur la matérialité des normes, combiné à un processus clair et transparent de contestation (système juridictionnel et procédure civile) encadrant le changement normatif (jurisprudence, lois et règlements), permette d'identifier un modèle d'équilibre. L'équilibre doit-il être de Pareto ? L'affirmative imposerait qu'un changement ne pourrait être considéré comme optimal que lorsqu'il ne préjudicie à personne, tout en améliorant la situation de tous. Situation rarement constatée en réalité, puisque précisément le droit est l'art du juste équilibre et que le rôle du juge est souvent d'arbitrer entre des prétentions qui méritent chacune une reconnaissance (on

³⁴ Ce constat a déjà été effectué par Dworkin qui, à travers *the Law as Integrity*, met en évidence la force morale des règles de droit reconnues en elles-mêmes comme justes.

exclura ici le raisonnement en matière criminelle, qui postule une action jugée négative, seul demeurant en cause l'effet externe de la sanction (dissuasion) et le niveau de la réparation).

Quant à imaginer un équilibre à la Kaldor-Hicks, c'est-à-dire supposant une compensation de celui qui souffre d'un préjudice du changement de situation, il paraît, là encore, bien artificiel. Par essence, des règles de droit visent à assurer une règle de conduite, ou à donner une règle de réparation, non à organiser la compensation des situations individuelles. Dit autrement, l'objectif des normes, et la fonction du juge, n'est ni de procéder à la maximisation de la richesse (Posner), ni d'imposer une redistribution (Pigou).

Quelle serait alors la mesure de la sécurité juridique ? On peut proposer de procéder au regard des coûts de transaction et du coût social (Coase). Dans cette perspective, l'efficacité du système repose sur sa capacité à offrir un degré de prévisibilité suffisant à un coût social acceptable (coût qui favorise la croissance économique et une croissance stable et équilibrée entre les acteurs, Meisel et Ould Aoudia, 2008) et créant des coûts de transaction réduits (suffisamment incitatifs pour ne pas entraver le développement économique).

Pour effectuer une telle mesure, il s'agit, concrètement, d'identifier les mécanismes juridiques qui œuvrent en faveur de la prévisibilité des situations juridiques, d'établir des indicateurs de référence et de collecter des données correspondantes à travers des études d'expertise ou des questionnaires. L'évaluation du degré d'anticipation permis par les différents systèmes de droit pourra être effectuée non seulement au stade de l'élaboration de la norme, mais aussi à celui de son application.

De plus, la sécurité juridique pourra éventuellement être évaluée à travers des sondages d'études sur la confiance des plaideurs dans la justice de leur pays, ou encore au regard de leur perception des externalités négatives et des mesures adoptées pour les encadrer (en partant alors du présupposé selon lequel une perception négative des externalités négatives signifierait qu'une insatisfaction des règles adoptées pour les encadrer influencerait nécessairement négativement sur la confiance dans le droit et donc sur le degré de sécurité juridique).

Ce travail pour l'établissement d'un index de la sécurité juridique a été entrepris par la Fondation pour le droit continental à travers le programme 2eD. Il se poursuit actuellement dans la perspective d'obtenir un outil d'analyse fiable et utile pour étayer des études comparatistes qualitatives³⁵. Différentes étapes ponctueront la démarche scientifique. A une première approche théorique précisant le contenu et les enjeux de chacun de ces éléments, succèdera une approche pratique visant à identifier des critères qui permettront de pondérer la sécurité associée à la mise en œuvre du droit dans les systèmes nationaux. Au final, un index pourra être constitué par l'analyse des données collectées dans différents pays. Il permettra de mesurer la propension des différents systèmes à assurer cette valeur essentielle du droit.

³⁵ <http://fondation-droitcontinental.org/1.aspx>

Conclusion : La sécurité juridique évaluée à l'aune de la confiance dans le droit

Il ressort des développements précédents l'idée selon laquelle la sécurité juridique correspond à une fonction institutionnelle que l'on doit pouvoir attendre de tout système de droit formalisé. Si l'établissement d'un système avec un degré de formalisation élevé caractérise nécessairement les économies développées, on en déduira nécessairement que l'enjeu des systèmes de droit formel est alors essentiellement celui de l'attention portée à la relation personnelle. A cet égard, la défense des droits subjectifs constitue un enjeu crucial de ces systèmes. La performance des systèmes de droit formalisés sera d'abord et avant tout évaluée au regard de leur aptitude à générer une confiance systémique qui se fondera nécessairement sur une protection des droits subjectifs. La question de l'évaluation de l'aptitude de ces systèmes à assurer la meilleure sécurité juridique prend ici tout son sens. En effet, celle-ci recouvre avant tout la notion de confiance dans la norme et dans son application. Cela implique, outre une évaluation en fonction de critères objectifs et processuels liés à la sécurité, l'évaluation des possibilités permises par le droit pour une application « personnalisée », « adaptée » de la norme ou encore conforme à des principes supérieurs constitutionnels. Il en va de la crédibilité du droit, de l'opposabilité de la règle, de l'autorité de la norme ou pour mieux dire, de sa force obligatoire.

Bibliographie

- Acemoglu, Daron, Johnson, Simon H. and Robinson, James A., *Institutions as the Fundamental Cause of Long-Run Growth* (May 2004). NBER Working Paper Series, Vol. w10481, 2004.
- Agence française de développement (AFD) - Comité technique « Foncier et développement », *Gouvernance foncière et sécurisation des droits dans les pays du Sud*, Livre blanc des acteurs français de la Coopération, Juin 2009.
- Aghion, P., Algan, Y., Cahuc, P., Shleifer, A. – *Regulation and Distrust*, Quarterly Journal of Economics, forthcoming.
- Algan, Y., Cahuc, P. – *Inherited Trust and Growth*, American Economic Review, forthcoming.
- Algan, Y., Cahuc, P. – *La société de défiance : comment le modèle français s'autodétruit*, CEPREMAP, éditions de la rue d'Ulm, Paris, 2007.
- Beck, T., Demirgüç-Kunt, A., Levine, R. - *Law and Finance: Why Does Legal Origin Matter?*, Journal of Comparative Economics, vol. 31, p. 653, 2003.
- Bernstein, William J., *The Birth Of Plenty: How The Prosperity Of The Modern World Was Created*, New York, McGraw-Hill, 2004.
- Botero, J., Djankov, S., La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F. – *The Regulation of Labor*, Quarterly Journal of Economics, vol. 119, p.1339, 2004.
- Brunetti, Aymo, Kisunko, Gregory and Weder, Beatrice, *Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector*, World Bank Policy Research Working Paper No. 1760, April 1997.
- Brunetti, Aymo and Weder, Beatrice, *Investment and Institutional Uncertainty: A Comparative Study of Different Uncertainty Measures*, International Finance Corporation, Department of Economics Working Paper No. 4, Weltwirtschaftliches Archiv Vol. 134, No. 3, 513-533, 1998.
- Coleman, J. – *Foundations of Social Theory*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1990.
- Dam, K.W. - *The Law-Growth Nexus, The Rule of Law and Economic Development*, Brookings, 2006.
- Damaska, M.R. - *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, 1986.
- Dixit, Avinash K. and Pindyck, Robert S., *Investment under uncertainty* Princeton, N.J. : Princeton University Press, 1994.
- Djankov, S., La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A. - *Courts*, Quarterly Journal of Economics, vol. 118, issue 2, p. 453, 2003.
- Djankov, S., La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A. – *The Regulation of Entry*, Quarterly Journal of Economics, vol. 117, p. 1, 2002.
- Fairgrieve, Duncan et Muir-Watt, Horatia, *Common law et tradition civiliste, convergence ou concurrence ?*, PUF, 2006.
- Feng, Y. - *Democracy, Governance, and Economic Performance. Theory and Evidence*, MIT Press, 2003.
- Garoupa N. Ogués A. – *A strategic Interpretation of Legal Transplants*, Journal of Legal studies, vol. 35, p. 339, 2006.
- Glaeser, E., Shleifer, A. – *Legal Origins*, Quarterly Journal of Economics, vol. 117, issue 4, p. 1193, 2002.
- Hadfield, Gillian K. - *The Quality of Law in Civil Code and Common Law Regimes: Judicial Incentives, Legal Human Capital and the Evolution of Law* (2006), available at <http://works.bepress.com/ghadfield/6/>.
- F. A. Von Hayek, *The Road Of Serfdom*, 1944.
- Hoff, K., Stiglitz, J. – *The Creation of the Rule of Law and the Legitimacy of Property Rights : The Political and Economical Consequences of a Corrupt Privatization*, World Bank Policy Research Working Paper, n° 3779, décembre 2005.

- Johnson, S, La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A. – *Tunneling*, American Economic Review, vol. 90, p. 22, 2000.
- Kordela, Marzena - The principle of legal certainty as a fundamental element of the formal concept of the rule of law, in *Revue du notariat*, Montréal, vol. 110, sept. 2008
- La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A. - *The Economic Consequences of Legal Origins*, Journal of Economic Literature, vol. 46, issue 2, p. 285, 2008.
- La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., Vishny, R. – *Law and Finance*, Journal of Political Economy, vol. 106, issue 6, 1998.
- La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., Vishny, R. – *Legal Determinants of External Finance*, Journal of Finance, vol. 52, p. 1131, 1997.
- Lasser, M.S.-O. - *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford University Press, 2004.
- Livet, P. - *Temps de la loi, rythme des révisions et théorie des jeux*, in *Accélération du temps juridique*, p. 93 s
- Mackaay, E. - History of Law and Economics, dans *Encyclopedia of Law and Economics*, Bouckaert et De Geest (dir.), 2000, vol. 1, p. 65.
- Mahoney, P.G. - *The Common Law and Economic Growth: Hayek Might be Right*, Journal of Legal Studies, vol. 30, p. 503, 2001.
- Marchesin, P. - *Démocratie et développement*, Tiers-Monde, vol. 45, n° 179, p. 487, 2004.
- Mattei, H. - *Comparative Law and Economics*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997.
- Maurer, H. - *Droit administratif allemand*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994
- Maxeiner, J. R. - *Legal indeterminacy made in America: US Legal methods and the Rule of law*, 41 val. U. L. Rev. 517, 2006.
- Meisel N. et Ould Aoudia J., *La "bonne gouvernance" est-elle une bonne stratégie de développement ?*, Document de travail AFD, n° 58, Janvier 2008.
- Merryman, J.H. - *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, 1985.
- Merryman, J.H. - *The French Deviation*, American Journal of Comparative Law, 1996.
- Molfessis, N. - *Les revirements de jurisprudence : rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris litéc, 2005.
- North, Douglas C. and Thomas, Robert Paul, *The Rise Of The Western World – A New Economic History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973.
- Ould Aoudia J. – *Profils institutionnels* – déc. 2006, disponible sur http://www.cepii.fr/institutions/02_2007.pdf
- Pacteau, B. - *La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?*, A.J.D.A., Numéro spécial 50e anniversaire, 1995, p. 151.
- Palombella, Gianluigi and Walker, Neil - *Relocating the Rule of law*, Hart Publishing, 2009.
- Pearson, H. - *Origins of Law and Economics – The Economists' New Science of Law, 1930-1930*, Cambridge University Press, 1997.
- Peyrefitte, A. – *La société de confiance, essais sur les origines du développement*, Odile Jacob, Paris, 1995.
- Piazzon, Th. - *La sécurité juridique*, Defrénois, 2009.
- Puissochet, J.-P. - *Vous avez dit confiance légitime ? (le principe de confiance légitime en droit communautaire)*, Mélanges Guy Braibant, L'Etat de droit, Dalloz, 1986, p. 581 à 586.
- Samuelson, R. - *The Spirit of Capitalism*, Foreign Affairs, 2001.
- Spamann, H. - *Legal Origins, Civil Procedure, and the Quality of Contract Enforcement*, Journal of Institutional and Theoretical Economics, forthcoming.

Spamann, H. - *The 'Antidirector Rights Index' Revisited*, The Review of Financial Studies, 2009.

Tamanaha, Brian Z - *On the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2004.

Valembos, A.-L. - *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, 2005.

Vaquette, T. – *Memento d'économie politique*, Rousseau et Cie, Paris, 1929.

Voigt, S. – *Are International Merchant Stupid? A Natural Experiment Refutes the Legal Origins Theory*, ICER Working paper series, 2005.

Table des matières

RESUME	2
INTRODUCTION	4
SECTION 1 – CONTEXTE SCIENTIFIQUE: SECURITE JURIDIQUE ET LITTERATURE ECONOMIQUE.....	6
1) – LA LITTERATURE DITE DROIT ET DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE.	6
2) – LA LITTERATURE DITE <i>INCERTITUDE ET CROISSANCE ECONOMIQUE</i>	11
SECTION 2 – LES ENSEIGNEMENTS DE LA BASE DE DONNEES « PROFILS INSTITUTIONNELS »	12
SECTION 3 – LE CONCEPT DE SECURITE JURIDIQUE.....	17
1) LE FOISONNEMENT DOCTRINAL : UNE DONNEE « UNIVERSELLE »	19
2) LES ELEMENTS CONCRETS	22
<i>La prévisibilité</i>	22
<i>La stabilité</i>	25
<i>La Garantie</i>	26
SECTION 4 – LA METHODE D’EVALUATION	29
CONCLUSION : LA SECURITE JURIDIQUE EVALUEE A L’AUNE DE LA CONFIANCE DANS LE DROIT	32
BIBLIOGRAPHIE	33