L'ESPRIT DU DROIT

LES SANCTIONS EN DROIT CONTEMPORAIN

VOLUME 2. LA MOTIVATION DES SANCTIONS PRONONCÉES EN JUSTICE

(27e colloque des Instituts d'études judiciaires, organisé à Amiens le 10 février 2012)

sous la direction de

CÉCILE CHAINAIS
Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne,
Membre du Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens,
Directrice de l'Institut d'études judiciaires

DOMINIQUE FENOUILLET
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Directrice du Laboratoire de sociologie juridique

GAËTAN GUERLIN
Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne,
Membre du Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens

Avec le soutien de l'Université de Picardie Jules Verne
et de la Mission de recherche Droit et Justice

2013

DALLOZ

Peut-il y avoir des fondements économiques à la motivation des sanctions ?

Par Anne-Lise SIBONY

1. – La question des fondements économiques de la motivation des sanctions est certainement inédite. À vrai dire, elle pourrait même paraître déconcertante de prime abord, et ce d'un double point de vue. Du point de vue des juristes, tout d'abord, l'obligation de motiver la sanction n'a nul besoin de *fondements* extrajuridiques, tant elle dispose de fondements solides en droit [1]. Du point de vue des économistes du droit, ensuite, la motivation est une non-question. En effet, les économistes du droit qui s'intéressent aux sanctions sont principalement préoccupés par la détermination de la sanction optimale [2]. Toutes les questions relatives à l'application concrète de la sanction à un cas particulier, dont la motivation, sont en dehors de leur objet d'analyse. Dès lors, si le droit n'a pas besoin de donner à l'obligation de motiver la sanction un fondement économique et

1. Ceux-ci sont même qualifiés d'évidents par R. Legros, cité par M. van de Kerchove dans ce volume.
2. L'article à l'origine de l'étude économique des sanctions est G. Becker, « Crime and Punishment : An Economic Approach », *Journal of Political Economy*, 1968, p. 169-217, réimprimé dans G. Becker and W. Landes, *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, UMI, 1974, p. 1-54. Cet article a par la suite donné lieu à un très grand nombre d'études particulières, dont une synthèse est proposée par M. Polinsky et S. Shavell, « The Theory of Public Enforcement of Law » *in Handbook Of Law And Economics*, A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell, eds., vol. 1, 2006, disponible sur SSRN : http://ssrn.com/abstract=850264.

si l'analyse économique n'en propose pas, une ignorance mutuelle du discours juridique et du discours économique sur ce sujet pourrait apparaître consensuelle.

2. – Par leur question, les organisateurs de cette recherche collective invitent toutefois à pousser la réflexion plus avant. Pour répondre à leur invitation, on peut proposer une excursion à travers l'analyse économique du droit, puis se demander si certains de ses éléments seraient utilisables par le juge (ou l'autorité) qui doit motiver des sanctions. L'approche économique peut-elle constituer une source d'inspiration pour le juge qui prononce une sanction ou qui contrôle la motivation d'une sanction déférée à son examen ? La question n'est pas sans intérêt si l'on veut bien considérer l'hypothèse, relativement fréquente, dans laquelle le juge dispose d'une certaine latitude dans le choix de la sanction, choix dont il lui appartient de rendre compte à travers sa motivation. Une telle marge de manœuvre existe dans au moins deux cas de figure (non nécessairement disjoints), à savoir, d'une part, lorsqu'un texte fixe seulement la sanction *maximale* encourue, ce qui est généralement le cas, et, d'autre part, lorsque la règle de droit fixe des *éléments* à prendre en considération pour individualiser la sanction sans dire *comment* il faut les prendre en compte, ce qui est également fréquent, le droit pratiquant peu la précision des formules mathématiques. Dans l'un et l'autre cas, le juge n'est qu'incomplètement éclairé sur les éléments ou sur le raisonnement qu'il doit suivre pour fonder sa motivation. Le droit ménage donc des ouvertures pour une certaine évolution et une certaine créativité en matière de motivation des sanctions.

3. – C'est en partant de cette acception un peu décalée du terme « fondement » que l'on peut formuler une hypothèse pour tenter de dépasser l'ignorance réciproque que le droit et l'économie paraissent naturellement prêts à se vouer en matière de motivation des sanctions. Si une jonction est possible entre le propos de l'analyse économique et le discours juridique, c'est probablement autour des *critères* de détermination de la sanction qu'elle peut avoir lieu. En effet, malgré la différence considérable qui sépare le point de vue économique et celui du juge sur les sanctions, l'un et l'autre embrassent nécessairement la question des critères, laquelle peut du reste être rattachée à une interrogation sur les fondements au sens large [1]. Dès lors, on peut se demander si les critères que l'analyse économique considère comme pertinents pour déterminer une sanction optimale sont susceptibles de se voir également accorder pertinence par une juridiction au titre de la motivation d'une sanction et, si oui, de quelle manière. Notons que ces questions restent valides, que le quantum de la sanction

1. Voir la contribution de M. van de Kerchove dans ce volume.

soit ou non calculé selon les préconisations de l'analyse économique, les emprunts du droit à l'économie pouvant n'être que partiels. Pour aborder la possibilité d'une circulation des pertinences entre l'analyse économique et la pratique de la motivation des sanctions, il est nécessaire de se livrer tout d'abord à une exploration du propos de l'analyse économique des sanctions, en en faisant une lecture orientée par notre préoccupation pour la motivation des sanctions (**I**). Ensuite, une fois que nous aurons glané des critères caractéristiques de l'analyse économique, il conviendra d'opérer un retour vers le droit et de se demander si, et comment, le juge peut utiliser le point de vue économique lorsqu'il motive une sanction (**II**).

I Exploration : le propos de l'analyse économique sur les sanctions envisagé sous l'angle de la motivation

4. – L'analyse économique du droit ne s'intéresse pas nécessairement et, pour tout dire, ne s'intéresse généralement pas aux questions que les juridictions ont à trancher [1]. De manière générale, l'analyse économique prend le droit comme objet et le soumet à son propre questionnement. Celui-ci est articulé autour d'une seule question fondamentale : « quelle est la règle efficiente ? » [2]. Partant d'une famille de situations, par exemple des accidents causant un dommage, les économistes se demandent quelle règle de responsabilité est « efficiente », c'est-à-dire de nature à maximiser la richesse produite (non seulement par l'auteur de l'accident et par sa victime, mais par l'ensemble de l'économie) [3]. À cet égard, l'analyse des sanctions ne fait pas exception : elle est menée non dans la perspective de la pratique du juge saisi d'affaires particulières, mais dans celle du concepteur d'une règle générale qui aurait pour but la maximisation de la richesse. Ce point de vue caractéristique de l'analyse économique du droit étant posé, il convient d'aborder le cadre d'analyse général adopté pour la sanction opti-

1. En ce sens, à propos du droit privé, E. J. Weinrib, « Can Law Survive Legal Education ? » (Chap. 9), *in Corrective justice*, OUP, 2012, spéc., p. 326.

2. E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008, nº 38, p. 11 ; B. Deffains, « Introduction » *in* B. Deffains, *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, éd. Cujas, 2002, p. 6 ; T. Kirat, *Économie du droit*, La Découverte, 2e éd., 2012, p. 10.

3. Sur l'identité conceptuelle, dans le discours économique, entre « efficience » et « maximisation des richesses », voir A.-L Sibony, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », *in L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, M. Fatin-Rouge Stéfanini, L. Gay, A. Vidal-Naquet (dir.), Larcier, 2012, disponible à l'adresse suivante : http://orbi.ulg.ac.be/handle/2268/121509 (10 janv. 2013).

male [1] (**A**) avant d'évoquer les modèles particuliers qui peuvent être élaborés à l'intérieur de ce cadre (**B**).

A La détermination de la sanction optimale : cadre général

5. – Le cadre théorique à l'aide duquel l'analyse économique du droit appréhende les sanctions se situe dans la droite ligne des travaux de Beccaria : ce cadre exprime une vision utilitariste et fondée sur l'hypothèse de rationalité. Le point de départ du raisonnement est que l'infraction procure un bénéfice à son auteur. Cet axiome dérive directement de l'hypothèse de rationalité. En effet, si l'infraction n'avait pas une « utilité » pour le criminel, il ne serait pas rationnel pour lui de s'exposer à des sanctions en la commettant. Dans ce cadre, il est logique de poser que l'infraction n'est commise que si le bénéfice attendu par l'auteur dépasse la sanction encourue.

6. – Le bénéfice attendu est subjectif et peut naturellement être difficile à mesurer. Cependant, tel n'est pas toujours le cas. En effet, lorsque l'infraction apporte un bénéfice économique direct, comme un supplément de profit pour une entreprise, il n'y a pas de difficulté conceptuelle, tout au plus des problèmes de mesure. Ainsi, par exemple, si l'on s'intéresse à la sanction optimale des cartels (ententes sur les prix ou partage de clientèle entre entreprises concurrentes), on peut mesurer – moyennant quelques hypothèses et discussions [2] – le surprofit obtenu par les entreprises membres du cartel grâce à celui-ci et comparer ce bénéfice aux sanctions encourues ou effectivement prononcées [3]. Une telle approche conduit, à titre principal, à une évaluation du niveau des amendes. Les économistes cherchent à répondre à la question : les amendes sont-elles suffisamment élevées (ou trop élevées ou exactement optimales) ? Ils s'intéressent au système de sanction dans son ensemble, aux incitations qu'il crée, mais pas à la motivation en tant que telle. Toutefois, dans leur analyse de la sanction

1. Le calcul de la sanction optimale n'est qu'une des questions traitées par la théorie économique des sanctions. Trois autres questions entrent dans l'objet de cette théorie économique : 1) Quelle est la quantité de ressources qu'une société devrait allouer à la poursuite et à la condamnation des infractions ?; 2) La sanction devrait-elle dépendre du dommage causé ?; 3) La sanction idéale est-elle une amende, une peine d'emprisonnement ou une combinaison des deux ?

2. Voir par ex., F. Rosati, Chr. Ehmer, « Science, Myth and Fines : Do Cartels Typically Raise Prices by 25 % ? », *Concurrences*, nº 4-2009, publié en ligne sur le site de la revue : http://www.concurrences.com.

3. Pour une étude empirique, voir E. Combe et C. Monnier, « Fines Against Hard Core Cartels in Europe : The Myth of Over Enforcement », *Cahiers de Recherche PRISM-Sorbonne Working Paper*, 2009, disponible sur SSRN : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431644 et, des mêmes auteurs, « Les amendes contre les cartels : La Commission européenne en fait-elle trop ? », *Concurrences*, nº 4-2009, p. 41-50.

optimale, les économistes ont égard à certains facteurs qu'ils jugent pertinents, à l'intérieur du cadre qui est le leur. En matière de cartels par exemple, le montant du surprofit (profit supplémentaire par rapport à celui qui aurait prévalu dans une situation de concurrence non faussée) est un élément clé. Celui-ci peut être comparé aux éléments à partir desquels la Commission calcule les amendes et motive leur montant, tels qu'exposés dans des lignes directrices [1], lesquelles lient la Commission en ce qui concerne la motivation des sanctions [2]. Dès lors, et bien que la motivation des sanctions ne soit pas la préoccupation de l'analyse économique du droit, il est possible d'établir un lien avec la pratique du droit en ce qui concerne les critères pertinents, cette pertinence étant commune à la détermination et à la motivation des sanctions.

7. – Un second élément du cadre analytique caractéristique de l'approche économique doit être mis en relation avec l'approche juridique. Il concerne les hypothèses que font les économistes sur le but ultime des règles de droit. L'analyse économique du droit suppose généralement que ce but ultime est de maximiser « l'utilité sociale » (*total welfare*) ou « la richesse » (*wealth*). Dans le vocabulaire économique, la première notion correspond, en substance, à l'idée de bien commun. L'utilité sociale est considérée comme la somme des utilités individuelles de tous les individus qui composent la société. À cet égard, il convient de remarquer que le terme « individus » peut ici recevoir un sens large, incluant non seulement les personnes physiques mais aussi les entreprises. La richesse est un critère considéré comme plus facile à manier que l'utilité sociale, car il est difficile de comparer les gains ou pertes d'utilité de différents individus, tandis qu'il est facile de comparer des évaluations en argent. Pour cette raison, l'économie du droit dite « standard » (dont le représentant le plus connu est Posner [3]) considère que, parmi plusieurs règles possibles, la meilleure est celle qui conduit, toutes choses égales par ailleurs, à une plus grande richesse.

Dans cette perspective, une règle est caractérisée par ses effets sur la richesse produite. Ces effets ne sont pas souvent aisément discernables. C'est pourquoi l'analyse économique relie conceptuellement les règles à la notion de richesse en passant par la notion de préférence des acteurs pour une règle. Si les acteurs sont rationnels, on peut en effet supposer qu'ils préféreront la règle qui leur permet de maximiser leur propre richesse. Si

1. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) nº 1/2003, *JOUE* 1.9.2006 C 210/2.
2. Selon une jurisprudence constante, si la Commission s'écarte de la méthode de calcul prévue dans les lignes directrices, elle doit motiver spécialement sa décision. Voir par ex., CJCE, *Archer Daniels Midland and Archer Daniels Midland Ingredients c. Commission*, aff. C-397/03 P, point 91; CJUE, 8 déc. 2011, *KME c. Commission*, aff. C-389/10 P, point 127.
3. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, 7e éd., 2007.

l'on suppose en outre que les préférences sont exprimées sous forme de disposition à payer pour une règle (il s'agit d'une disposition théorique à payer, les économistes ne supposant pas que des paiements ont effectivement lieu, ce qui reviendrait à un système généralisé de corruption), on en déduit que les règles pour lesquelles la disposition globale à payer est la plus élevée sont aussi celles qui maximisent la richesse globale. La maximisation de la richesse globale étant – par souci d'euphémisme ? – également appelée « efficience », c'est ainsi que sont définies les règles efficientes. L'évaluation des règles de droit selon le critère de l'efficience diffère nécessairement d'un jugement selon un critère de justice, et ce, quel que soit le critère de justice envisagé [1].

8. – Cet élément caractéristique du point de vue économique sur le droit n'est certes pas directement lié à la question de la motivation telle que l'appréhendent les juristes. Il s'agit cependant d'un élément du contexte de la pensée économique qu'il convient de ne pas perdre de vue lorsqu'on réfléchit à la pertinence possible de l'approche économique pour la pratique du droit, et ce, quel que soit le domaine. Cela vaut donc aussi, quoique de manière non spécifique, lorsqu'on cherche à expliciter le point de vue économique sur la motivation des sanctions.

9. – Appliquer aux sanctions l'approche utilitariste précédemment décrite, en mettant sur le même plan des intérêts divergents voire opposés et en ne s'attachant qu'à la somme de ces intérêts, conduit à une perspective inhabituelle pour le juriste. Ainsi, une sanction, par sa simple existence dans l'ordre juridique, diminue l'utilité de l'auteur d'infraction, mais elle augmente l'utilité de la victime (en ce qu'elle satisfait sa préférence pour la justice) et, on peut le supposer, celle de l'ensemble des membres de la collectivité attachés au respect du droit. Dans ce schéma, toute variation de la sanction (encourue ou prononcée dans un cas particulier) a *a priori* pour effet de faire varier en sens inverse les utilités respectives des auteurs d'infraction et celles des autres membres de la collectivité. L'effet global dépendra de l'intensité des préférences de chacun et du poids respectif qui leur est accordé dans le choix social. En ce sens, le cadre analytique présente deux inconvénients : non seulement il ne fait pas de place aux préoccupations de justice distributive (et ce volontairement), mais encore il souffre d'une relative indétermination. La manière dont les économistes rendent compte de cette indétermination consiste à dire qu'il ne leur appartient pas de statuer sur les préférences sociales : le choix relève du politique et son expression relève du droit. La difficulté que soulève ce point de vue n'est pas, bien sûr, la modestie normative des économistes.

1. R. Dworkin, « Is Wealth a Value ? », *The Journal of Legal Studies,* 1980, vol. 9, n° 2, p. 191-226.

Celle-ci convient au contraire assez bien aux juristes, qui ne sont pas particulièrement favorables à l'idée de l'économiste-roi. La difficulté réside dans l'inadéquation entre ce que les économistes supposent que le droit fait et ce qu'il fait réellement [1]. Il serait en effet difficile d'inférer à partir du droit positif, et pour chaque infraction, une pesée des intérêts divergents.

10. – Si l'on envisage la question sous l'angle de la maximisation de la richesse, plutôt qu'en termes d'utilité, le problème semble disparaître. Comme indiqué plus haut, c'est précisément pour faire disparaître ce type de problème que l'analyse économique est passée de l'étalon de l'utilité à celui de la richesse. En termes de richesses, une sanction pécuniaire est neutre, puisqu'elle constitue un transfert. Bien sûr, à un niveau plus fin d'analyse, ce ne serait pas exact dès lors que l'on prendrait en considération le coût d'imposer les sanctions et les effets des incitations induites par la sanction [2]. En outre, et plus fondamentalement, le problème du choix social est davantage masqué que résolu par l'approche en termes de richesses. En effet, sauf spécification contraire – généralement absente du droit tant il ne viendrait pas à l'idée des juristes d'expliciter une donnée qui ne relève pas de leur cadre de pensée – les économistes supposent que l'on doit comparer les dispositions à payer exprimées en argent. Transposé à un mode de suffrage, cela reviendrait à un système « un euro une voix », un euro d'une multinationale valant autant qu'un euro d'un citoyen. L'analyse en termes de maximisation de la richesse souffre donc en réalité de la même infirmité normative que l'approche en termes d'utilité. Cette faiblesse vient de l'idée même selon laquelle l'utilité (le bien-être, le confort, la disposition à payer) du criminel est traitée comme un facteur qui a, sauf spécification contraire, le même poids que l'utilité (le bien-être, le confort ou la disposition à payer) des honnêtes citoyens. Cette idée se combine en outre à celle que citoyens et entreprises, criminels ou honnêtes ont voix au chapitre normatif à hauteur de leurs facultés contributives respectives. C'est pourtant sur de telles prémisses que reposent les modèles économiques d'analyse économique des sanctions.

B Les modèles de sanction optimale

11. – Un modèle économique est un cadre d'analyse qui, sous réserve de la spécification de différents paramètres, permet de calculer un opti-

1. Pour une belle analyse des décalages dans les attentes du droit et de la science, voir R. Feldman, *The Role of Science in Law*, OUP, 2009. L'auteur insiste sur les attentes irréalistes du droit vis-à-vis des sciences (chap 5-6). Nous avançons ici un argument réciproque : celui des attentes irréalistes d'une science (l'économie) vis-à-vis du droit.

2. Certains auteurs prennent en considération ces dimensions. V. p. e. S. Shavell, « The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent », *The American Economic Review*, 1987, nº 4, p. 584-592.

mum. Ainsi, les modèles qui concernent les sanctions visent à calculer la sanction optimale [1]. Le modèle le plus simple consiste à mettre au centre de l'analyse la sanction qui rendrait le criminel rationnel indifférent entre commettre l'infraction ou ne pas la commettre. Cette sanction, que l'on peut appeler neutre, est égale au profit que le criminel tire de l'infraction, multiplié par la probabilité (perçue) de détection. Ainsi, pour une infraction qui rapporterait 100 au criminel et qui a 10 % de chance d'être détectée, la sanction neutre sera de 10 ($100 \times 0{,}1$). Pour que la sanction soit dissuasive, elle doit être supérieure à ce seuil. Un autre modèle simple consiste à retenir comme seuil une sanction égale au dommage causé par l'infraction, multiplié par la probabilité de détection. Là encore, il s'agit d'une sanction « neutre », mais cette fois du point de vue de la victime et non du point de vue de l'auteur de l'infraction. L'intérêt de cette formalisation de la sanction comme le produit d'un élément (profit ou dommage) par une probabilité ne réside pas dans le calcul, mais dans les énoncés que le modèle permet de générer à propos des sanctions. Le lien entre la formalisation et le discours qu'elle suscite tient dans une propriété arithmétique : il existe une infinité de manières d'obtenir un nombre par le produit de deux autres. Par exemple, 100 est le produit de 1×100, de $0{,}1 \times 1000$, de $0{,}25 \times 400$ et de beaucoup d'autres combinaisons. D'un point de vue économique comme d'un point de vue mathématique, toute combinaison est équivalente. En d'autres termes, l'approche économique considère que, étant donné un niveau souhaité de dissuasion, il y a deux moyens substituables d'y parvenir : soit on augmente la sanction, soit on augmente la probabilité de détection. La seconde option étant généralement plus coûteuse, le point de vue de l'analyse économique est *a priori* favorable à l'augmentation des sanctions. En réalité, lorsqu'on s'en tient aux modèles très simples, la question qui se pose est de savoir ce qui pourrait bien justifier une limitation de la sanction, l'analyse ne portant au fond que sur la sanction dissuasive minimale. En présence de tels modèles, l'analyse économique ne pourrait jamais inspirer la motivation des sanctions que dans un sens, à savoir pour justifier une sanction élevée [2].

12. – Pour paraître sérieuse et espérer être influente, la théorie économique des sanctions doit être affinée. En effet, une théorie qui conduirait à

1. Outre le chapitre de Polinsky et Shavell cité *supra*, note 2, p. 49, on trouvera un aperçu synthétique en français d'une série de modèles dans N. Marceau et S. Mongrain, « Dissuader le crime : un survol », *Working Paper*, nº 9902, Université de Québec, 1999.

2. C'est du reste largement le cas en droit européen de la concurrence. Ainsi, une commissaire à la concurrence s'était appuyée sur les études économiques qui indiquent que les cartels augmentent probablement, en moyenne, les prix de 25 % pour justifier une politique d'augmentation des amendes. N. Kroes, discours d'ouverture, conférence de l'International Bar Association « Private and Public Enforcement of EU Competition Law – 5 years on », Bruxelles, 12 mars 2009 : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-106_en.htm?locale=en

recommander systématiquement la peine de mort pour les personnes physiques n'aurait que peu de chances d'influencer le droit positif, pas plus qu'une théorie qui préconiserait une augmentation des amendes sans comporter de borne supérieure. Différentes considérations ont alors été introduites dans les modèles simples afin de rendre compte du fait que les sanctions optimales ne sont pas des sanctions infinies. Pour cela, il suffit parfois d'ajouter une hypothèse réaliste, par exemple que les individus n'ont pas une information parfaite sur la probabilité de détection ou que les juges ne sont pas omniscients. D'autres modèles ont cherché une borne supérieure à la sanction optimale en prenant en considération les hypothèses de violation efficiente de la règle. Il est par exemple efficient de dépasser la limite de vitesse lorsqu'on conduit à l'hôpital une personne atteinte d'hémorragie, car le gain d'utilité espéré de l'infraction est supérieur à l'amende encourue multipliée par la probabilité que l'excès de vitesse soit détecté. Le raisonnement est alors le suivant : si l'amende est extrêmement élevée, un tel comportement, pourtant souhaitable, pourrait être dissuadé. Il faut donc que l'amende ne soit pas trop élevée. D'autres auteurs encore soulignent que tous les comportements infractionnels ne sont pas de nature à être dissuadés par la perspective d'une sanction. Si le cas emblématique est à cet égard celui du crime passionnel, l'observation semble bien plus générale [1]. Il faut enfin mentionner la tentative d'introduire des considérations de justice dans l'analyse économique [2]. Alors que ces considérations sont au fondement, au sens premier, des sanctions pour le droit, elles n'interviennent dans l'analyse économique que par souci réaliste, pour rendre compte du caractère fini des sanctions.

13. – Il n'est pas possible d'entrer ici dans une description détaillée de différents modèles économiques, mais ce n'est pas non plus nécessaire pour constater leur diversité. Or cette diversité est en tant que telle intéressante du point de vue de la motivation des sanctions. Les éléments choisis par les économistes pour *déterminer* la sanction optimale varient d'un modèle à l'autre, en fonction des hypothèses sur l'information des agents, la sagacité des juges ou encore les buts supposés de la sanction, en particulier le lien postulé entre sanction et dommage. Par exemple, sous l'hypothèse d'information parfaite, la sanction optimale dépend uniquement du bénéfice de l'infraction et de la probabilité de détection. En revanche, si l'information est imparfaite, la sanction optimale est un point d'équilibre entre le coût

1. J. Darley et A. Alter, « Behavioural Issues of Punishment, Retribution and Deterrence », in *The Behavioral Foundations of Public Policy*, E. Shafir (ed), Princeton University Press, 2013, p. 181-192.
2. Ce n'est que quand les préoccupations de justice sont prises en considération, ce qui n'est pas généralement le cas, que cette approche est nuancée. Voir A. Polinsky et S. Shavell, « The Fairness of Sanctions : Some Implications for Optimal Enforcement Policy », *American Law and Economics Review*, 2000, vol. 2, nº 1, p. 223-237.

supporté par la collectivité pour imposer une sanction (spécialement élevé dans le cas des sanctions non monétaires) et le bénéfice en termes de dissuasion, chacun des termes étant appréhendé de manière plus ou moins fine selon les modèles. Dans ce cas, la probabilité de détection n'intervient plus [1].

14. – De ce bref survol, trois questions se dégagent. En premier lieu, doit-on considérer comme des sources acceptables d'inspiration uniquement les modèles qui prennent en considération une préoccupation de justice, ou bien doit-on considérer que la préoccupation de justice étant déjà intériorisée par le droit, c'est pour autre chose que l'on se tourne vers l'économie ? Selon la réponse à cette question, le nombre de modèles économiques pertinents pour le droit sera très différent. Deuxièmement, si les éléments économiquement pertinents pour le calcul des sanctions varient en fonction des hypothèses, faut-il que le juriste qui souhaiterait s'inspirer de l'analyse économique fasse d'abord une recherche du modèle qui paraît le plus proche des cas qu'il a à traiter et vérifie que les hypothèses du modèle sont réalisées ? Troisièmement, l'analyse économique opère à un niveau de généralité si élevé que de nombreux facteurs juridiquement pertinents pour la motivation des sanctions n'y ont pas place, par exemple les perspectives de récidives [2]. Dès lors, comment articuler une éventuelle inspiration économique avec les considérations juridiques qui gouvernent la motivation des sanctions ? Un modèle économique peut-il influencer la motivation sélectivement, sans tenir compte de l'ensemble des facteurs qui doivent, d'un point de vue juridique, y figurer ?

II Retour vers le droit : le juge peut-il utiliser le point de vue économique dans sa motivation ?

15. – Au vu de ce qui précède, l'approche économique peut-elle réellement inspirer la motivation des sanctions ? *A priori*, une telle inspiration pourrait prendre deux formes. L'économie peut soit suggérer un nouvel élément à intégrer dans la motivation d'une sanction (**A**), soit éclairer un élément qui fait déjà partie de ceux qui doivent être pris en considération pour motiver, en droit, une sanction (**B**).

1. M. Marceau et S. Mongrain, *op. cit*.
2. Seuls très peu de modèles envisagent cet aspect. Pour un ex., voir A. Polinsky et S. Shavell, « Repeat Offenders and the Theory of Deterrence », *John M. Olin Program in Law and Economics*, Stanford Law School, Working Paper nº 134. 1996, disponible sur SSRN : http://ssrn.com/abstract=10250 (10 janv. 2013).

A L'analyse économique source de renouvellement des éléments de la motivation

16. – L'hypothèse dans laquelle l'apport économique à la motivation des sanctions serait le plus novateur correspond au cas où l'analyse économique peut fonder la suggestion d'ajouter un élément *nouveau* à la motivation. Il s'agit du cas de figure où l'économiste met en avant un facteur économiquement pertinent pour le calcul de la sanction et fait valoir qu'il gagnerait à être adopté comme facteur juridiquement pertinent pour la motivation de la sanction. Bien sûr, la proposition peut aussi être relayée par un juriste au fait de l'analyse économique, comme c'est souvent le cas dans les pays où cette approche constitue un élément fréquent dans la formation juridique. Ce qui caractérise cette première hypothèse n'est pas l'identité du passeur d'idées mais la nature de la suggestion doctrinale qui est élaborée à partir de l'analyse économique : le droit est invité à intégrer un élément nouveau, jusqu'ici non pertinent, dans la motivation des sanctions.

17. – Deux types de situation correspondent à cette description. Tout d'abord, l'économie peut considérer comme pertinent un élément qui n'est pas ignoré du droit de manière générale, mais qui n'est pas nécessairement présent dans le raisonnement en matière de sanctions. Un exemple de ce type serait la recommandation de prendre en considération le dommage dans la détermination de la sanction. Il arrive, bien sûr, que le droit le fasse. Tel est par exemple le cas en matière de sanctions des pratiques anticoncurrentielles : les lignes directrices de la Commission prescrivent de tenir compte de la valeur des ventes du cartel et de sa durée [1], ce qui n'équivaut pas à un calcul exact du dommage causé mais revient à en tenir compte néanmoins. Dans d'autres domaines, en revanche, le dommage est seulement pris en compte par le biais de la responsabilité civile et non au stade de la sanction. Dans ces cas-là, la proposition de prendre en considération le dommage dans la détermination de la sanction s'apparente à une suggestion doctrinale qui peut être acceptable, inacceptable ou sujette à controverse. Elle devra être discutée compte tenu d'éléments du système juridique qui peuvent très bien ne pas être envisagés dans le modèle économique à la source de la proposition doctrinale. Une discussion de ce type est indispensable pour que l'argument de pertinence de source économique puisse être reçu correctement par le droit. Elle demande une attention réciproque aux arguments économiques et juridiques. Cet ajustement des argumentations représente un programme de recherche qui dépasse de très loin les contours de cette contribution.

1. Voir lignes directrices citées *supra*, note 1, p. 53, points 12 et s. (valeur des ventes) et 24 (durée).

18. – Le second type de situation correspond au cas où l'élément dont la pertinence est suggérée par l'analyse économique ne correspond pas à une notion juridique. Un exemple relevant de cette catégorie serait l'attitude des acteurs par rapport au risque. Pour les économistes, si les auteurs potentiels d'infractions sont neutres par rapport au risque, il convient de prévoir des sanctions plus élevées que s'ils sont averses au risque. Peut-on, sur cette base, formuler un argument qui prendra place dans la motivation des sanctions ? Cela paraît difficile. Une première manière de l'envisager consisterait à traduire l'argument dans des catégories connues du droit, par exemple en supposant que les entreprises sont généralement neutres par rapport au risque tandis que les personnes physiques sont généralement averses au risque. Cela justifierait *a priori* une sanction plus élevée pour les entreprises, mais cette justification serait générale et donc plus pertinente pour le législateur que pour le juge ou l'autorité en charge d'individualiser la sanction.

Et encore, quel que soit le stade auquel l'argument serait pris en considération, se poserait une question de justesse de la traduction, en l'occurrence, celle de savoir si l'on peut vraiment dire que les entreprises sont neutres par rapport aux risques et les personnes physiques généralement averses au risque. Sauf à construire du droit nouveau sur des présomptions discutables, il faut, si l'on veut être sérieux dans l'utilisation de l'argument économique dans un contexte réel, confronter les présuppositions sous-jacentes à cet argument à ce que l'on sait de la réalité. En matière de risque, il faudrait se tourner, pour les personnes physiques, vers la psychologie et, pour les entreprises, vers la théorie des organisations et le management. À leur tour, ces disciplines n'étudient pas nécessairement la question du risque sous le même angle que les économistes. Par exemple, au lieu de s'intéresser à l'aversion au risque, la psychologie s'intéresse à la perception du risque et aux différentes manières dont elle peut être influencée, par exemple par le rapport de l'individu au groupe [1]. En outre, mêmes lorsque des études, par exemple d'économie empirique, s'intéressent à l'aversion au risque, elles peuvent donner lieu à des distinctions que le droit ne souhaite pas faire, par exemple entre l'attitude des hommes et des femmes par rapport au risque [2]. Sans que ces arguments épuisent la discussion de l'exemple considéré ni – *a fortiori* – celle, plus générale, du réalisme des présomptions

1. Les psychologues s'intéressent en particulier à l'effet du contact avec un groupe sur la prise de risque par un individu. V. Susan Fiske, *Social Beings : Core Motives in Social Psychology*, John Wiley and Sons, 2009, p. 518.

2. Pour un exemple d'étude économique faisant cette distinction : D. Falaschetti, « A Sex Difference in Risk Taking and Promotions in Hierarchies : Evidence from Females in Legislatures », *Journal of Law and Economics* 2012, vol. 55, nº 3, p. 477-502. Pour une illustration éloquente de l'hostilité du droit à cette distinction CJUE, *Test-Achat*, 1er mars 2011, aff. C-236/09, *Rec.* p. I-773 (jugeant que les assureurs auto ne peuvent pas faire payer les conductrices moins cher que les conducteurs, et ce bien qu'elles aient statistiquement moins d'accidents).

de nature à traduire des arguments économiques, ils suffisent à montrer que faire le lien de manière rigoureuse entre un argument économique et le contexte factuel dans lequel il doit être appliqué peut demander des efforts d'investigation qui sont au-delà de ce qu'il est raisonnable d'espérer dans le cadre d'une procédure de sanction.

19. – En outre, même si l'on est suffisamment certain des correspondances entre les catégories abstraites de l'analyse économique (agent averse au risque/agent neutre par rapport au risque) et les catégories opératoires pour le droit (personne physique/personne morale), cela suffit seulement à l'argument économique *utilisable*. Cela ne garantit pas qu'il soit *intéressant* d'un point de vue juridique. Si l'on considère par exemple les infractions qui peuvent être commises, tant par des personnes physiques que par des personnes morales, les sanctions monétaires encourues par les personnes morales sont en général déjà plus élevées en droit positif. Dans une telle hypothèse, l'économie propose au mieux une nouvelle rationalisation du droit positif. Cela n'est certes pas sans valeur doctrinale; pour autant, est-ce véritablement utile pour la pratique de la motivation ? Une autre manière de poser la même question consisterait à demander si les juridictions ont besoin de recourir à la *ratio legis* au stade de la motivation et, plus précisément, à la *ratio legis* reconstruite à l'aide de l'analyse économique. Cela ne me semble, à tout le moins, pas correspondre au cas général. Peut-être faut-il alors se tourner vers des apports apparemment plus modestes, mais sans doute plus faciles à intégrer pour le droit : les apports qui pourraient être ceux de l'économie à la motivation des sanctions en dehors de toute suggestion d'intégrer un élément nouveau à la motivation.

B L'analyse économique source d'enrichissement de la motivation relative aux éléments juridiques existants

20. – L'apport de l'analyse économique peut en effet porter sur l'appréhension d'un élément *déjà présent* parmi les éléments juridiques de la motivation. Lorsqu'un facteur économiquement pertinent pour le calcul de la sanction est déjà présent dans le droit comme élément pertinent pour la motivation, l'approche économique pourrait suggérer des arguments nouveaux qui viendraient nourrir une motivation plus élaborée ou différente, mais sans modifier le droit. À première vue, cette seconde modalité d'intégration d'un argument économique est plus facile à envisager que la première. En effet, il s'agit d'une proposition à droit constant, portant uniquement sur la motivation. Toutefois, il n'est pas du tout certain que l'intégration soit réellement plus facile. Imaginerait-on par exemple de

motiver une sanction extrêmement élevée (comme 30 ans de réclusion criminelle) en expliquant que, depuis que le budget de la police diminue en application des restrictions budgétaires générales, la probabilité de détection des infractions diminue et que, pour maintenir le même niveau de dissuasion, il faut augmenter les sanctions ? Une telle motivation paraît inacceptable – et ce, alors même que, en tant que tel, le caractère dissuasif de la sanction est un élément pertinent pour le droit. Autrement dit, même lorsqu'il existe une bonne correspondance entre les jugements de pertinence portés par les économistes et les juristes sur un élément de motivation d'une sanction, cela ne veut pas nécessairement dire que l'économie peut effectivement servir à inspirer la motivation des sanctions. En ce sens, l'approche économique des sanctions contient tout un répertoire de motivations inacceptables. Le juriste devra donc faire le tri et écarter les arguments économiques qui, comme dans l'exemple ci-dessus, se heurtent à une contrainte d'acceptabilité propre au droit (quoiqu'éventuellement non exprimée dans le droit positif).

21. – En réalité, il semble que la voie la plus prometteuse pour intégrer des apports de l'analyse économique à la motivation des sanctions se présente lorsque l'analyse offre un cadre qui peut s'arrimer à un élément juridique de la motivation. Par exemple, lorsque l'effet dissuasif de la sanction est un élément admis dans la motivation d'une sanction, ce qui n'est pas rare, une théorie économique de la dissuasion pourrait être utilisée pour construire la motivation d'une sanction au regard de ce critère. On serait alors dans un schéma d'emprunt du droit à l'économie qui ne serait pas propre aux sanctions. Il est par exemple à l'œuvre en droit de la concurrence lorsque le droit emprunte à l'économie au stade de la motivation d'une qualification juridique [1]. L'économie aiderait alors le juge ou l'autorité sanctionnatrice à déterminer *comment* dissuader. Mais une théorie de la dissuasion ne sera véritablement utile en pratique que si elle est fondée sur des hypothèses comportementales réalistes. Or, beaucoup de modèles économiques sont encore fondés sur des hypothèses auxquelles le juriste a du mal à croire. C'est donc du développement encore tout récent de l'économie comportementale des sanctions que viendront peut-être des contributions plus intéressantes pour la motivation des sanctions [2].

22. – Telle qu'elle s'est développée depuis la fin des années 1960, la théorie économique des sanctions apparaît d'une faible utilité du point de vue de la motivation des sanctions. D'un point de vue théorique, il est

1. Ce cadre, assorti d'exemples, est développé dans *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, A.-L. Sibony, LGDJ, 2008, p. 433 et s., spéc., sur l'hypothèse d'arrimage d'un cadre d'analyse économique à une notion juridique, p. 469 et s.
2. J. Darley et A. Alter, cité *supra*, note 1, p. 57.

imaginable que l'analyse économique puisse être, plutôt qu'un fondement à proprement parler, une source d'arguments qui pourraient entrer dans la motivation des sanctions. Toutefois, de nombreuses raisons peuvent rendre de tels emprunts illégitimes, inutiles ou irréalistes. Même si l'on accepte les prémisses normatives de l'analyse économique, qui sont critiquables mais essentiellement similaires à celles de Beccaria, la très grande abstraction des modèles existants, le fait qu'ils se concentrent chacun sur quelques paramètres alors que le juge doit en considérer bien d'autres, l'indétermination dont ils souffrent, renvoyant au droit des questions auxquelles il n'a pas de réponses, sont autant de difficultés méthodologiques. À celles-ci s'ajoutent des difficultés plus techniques, liées à la contextualisation des arguments économiques dans le cadre des procédures de sanctions. Finalement, il me semble que le travail analytique nécessaire pour identifier, dans la doctrine classique d'analyse économique du droit, les raisonnements acceptables et pertinents pour le droit en matière de motivation des sanctions dépasse de loin ce qu'il est réaliste d'espérer dans le cadre de la pratique du droit. En outre, je ne suis pas certaine qu'il soit proportionné d'y consacrer les efforts de recherche qui seraient nécessaires pour ajuster de manière suffisamment fine pour être utile les argumentations économiques et juridiques. Il me semble en revanche que le développement actuel des études comportementales, qui situent l'analyse à un niveau beaucoup plus proche de la vie du droit, celui des comportements individuels, mériterait de reposer dans quelques années la question des apports scientifiques à la motivation des sanctions.