Droit & Économie
DIRECTION Marie-Anne Frison-Roche

L'EFFICIENCE EN DROIT PÉNAL ÉCONOMIQUE

ÉTUDE DE DROIT POSITIF À LA LUMIÈRE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT

GUILLAUME ROYER

Avant-propos de
Guy Canivet

Préface de
Frédéric Stasiak

L.G.D.J
lextenso éditions

Introduction

1. Savoir juridique endogène. Le droit se nourrit-il de sa propre sève ? L'interrogation a son importance car elle renvoie, génériquement, à l'existence d'une science juridique et suggère une réponse nuancée. La *Théorie pure du droit* élaborée par le Professeur Hans Kelsen[1] constitue, sans nul doute, le meilleur exemple de recherche d'un ordre normatif cohérent articulé autour d'une réflexion juridique endogène.

Le Professeur Hans Kelsen souhaite livrer une science du droit débarrassée de tous les éléments qui lui sont étrangers[2]. Au travers de cette théorie, le droit tend à exister par lui-même et pour lui-même *via* la pyramide des normes juridiques[3]. Dès lors, l'esprit du droit résiderait dans l'enchaînement de normes hiérarchisées dont chacune tire sa force obligatoire de sa conformité avec celle qui lui est supérieure[4]. Constitution, loi et règlement s'imbriquent, les uns aux autres, grâce à un dénominateur commun : la règle fondamentale[5]. Cette analyse a connu un éclat incontestable dans le champ pénal mais rencontre à présent, avec l'interpénétration des systèmes et des logiques juridiques, un désordre apparent[6].

Aujourd'hui, le juge judiciaire, traditionnel serviteur de la loi, n'hésite plus à contrôler son maître législateur[7] par le truchement du contrôle de la conventionalité des lois[8]. La rupture avec la logique est encore plus nette depuis que le Code de

1. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962 (trad. Ch. Eisenmann).
2. H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 1.
3. H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 266.
4. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 4e éd., 2003, n° 8, p. 9.
5. H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 257.
6. M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Le Seuil, coll. Essais, 1998, p. 92.
7. V. D. Mayer, « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », *D.* 2001, chron., p. 1643 et s., spéc. p. 1643 et 1644.
8. Cass. crim., 22 oct. 1970, *in* J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 5e éd., 2005, n° 4, p. 46 et s.

procédure pénale est coiffé d'un article préliminaire, porteur des principes directeurs du procès[9], issu de l'importante loi n° 2000-516 du 15 juin 2000. Cette nouvelle disposition est susceptible de bouleverser l'équilibre normatif[10], notamment en procédure criminelle, puisque le juge judiciaire s'est engouffré dans le contrôle de la « légalité de la loi »[11]. À l'avenir, une règle technique du Code de procédure pénale ne s'appliquera plus qu'à condition qu'elle soit compatible avec la disposition légale générale inscrite au fronton de cet ensemble[12]. Ces mutations dans la hiérarchie, interne et internationale, des normes dessinent un réseau[13], fragilisant la pyramide normative, et tendent à créer un multiple juridique de géométrie *« non euclidienne »* ou de logique « non aristotélicienne » comme l'écrit Madame le Professeur Mireille Delmas-Marty[14]. Ces quelques exemples suffisent à démontrer le dynamisme endogène du droit criminel et l'intérêt qu'il peut susciter.1» Pourtant, le droit pénal du millénaire naissant connaît d'autres mouvements qui l'éloigne quelque peu de la pure dogmatique juridique.

En effet, un pan doctrinal émet l'hypothèse de l'avènement d'un droit postmoderne[15], innervant la science criminelle contemporaine[16], marqué par de brutales ruptures avec le droit traditionnel, d'essence religieuse, et avec le droit moderne, placé sous l'influence des juristes de droit naturel et des philosophes du contrat social[17]. Le règne de ce droit moderne, issu du siècle des Lumières et caractérisé par sa rationalité et son culte de la légalité, a ancré le positivisme juridique dans la pensée des juristes tout en faisant obstacle à la plupart des conceptions éclectiques du droit[18]. Pourtant, le Professeur Bruno Oppetit a démontré que l'évolution du droit n'est nullement linéaire[19]. Elle est au contraire constituée d'alternances, de cycles et de crises à un tel point que certains auteurs évoquent aujourd'hui une fracture épistémologique de la pensée juridique conduisant au relatif délaissement du positivisme juridique au profit d'autres méthodes d'études du droit, recentrées non plus autour du droit lui-même, mais autour de ses sciences collatérales[20]. Comme le suggère Monsieur Benoît Frydman, l'époque contemporaine constitue sans doute *« un tournant rhétorique* [...] *qui semble*

---

9. V. C. Lazerges, « De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du code de procédure pénale », *in Le champ pénal – Mélanges en l'honneur du Professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 71 et s., spéc. p. 74 à 80.

10. A. Giudicelli, *RSC* 2003, p. 122 et s., spéc. p. 122 et 123, obs. de Cass. crim., 5 déc. 2001, 19 mars 2002 et 27 mars 2002.

11. D. Mayer, « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », art. préc., p. 1644 et 1645.

12. Cass. crim., 7 oct. 2003 : *Dr. pén.* 2004, comm. n° 13, obs. A. Maron (censure d'une Cour d'appel ayant déclaré irrecevable en appel un assureur).

13. Rappr. : F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.

14. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, 2004 (rééd. 1986), p. 318.

15. J. Chevallier, *L'État postmoderne*, LGDJ, coll. Droit et société, 2e éd., 2004.

16. *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines* (dir. M. Massé, J.-P. Jean et A. Giudicelli), rapp. GIP, nov. 2007, spéc. p. 7 à 14 (à paraître, PUF, coll. Droit et justice).

17. Sur ces courants, v. J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, PUF, coll. Que-sais-je ?, 2e éd. 1991, spéc. p. 12 et s. ; p. 40 et s.

18. V. *Un droit pénal postmoderne*..., rapp. préc., spéc. p. 9 et 10.

19. V. B. Oppetit, « L'apparition de tendances régressives », *in Droit et modernité*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 113 et s.

20. V. *Un droit pénal postmoderne*..., rapp. préc., spéc. p. 9 et 10.

marquer l'abandon du projet, né avec la modernité, de construire une science du droit déterministe et univoque »[21].

2. Savoirs juridiques exogènes. Il peut être tentant de s'échapper de la pyramide normative, ou des réseaux normatifs, pour se mettre en quête des savoirs qui pigmentent le droit[22]. En effet, ce dernier s'imprègne des relations sociales tissées par les individus composant une société[23]. Dès lors, il ne serait possible de saisir la sève qui anime le droit qu'en se tournant vers des logiques et des connaissances non juridiques aptes à décrypter les phénomènes sociaux[24]. Dans cette perspective, la sociologie du droit, qui se propose d'étudier des phénomènes humains dans lesquels une présence de droit est décelable[25], constitue un outil non négligeable pour cerner l'âme du droit, introuvable dans la seule réflexion dogmatique. Ainsi, nombreux sont les auteurs qui insistent sur la place que la sociologie juridique a occupée dans les réformes du droit de la famille intervenues en France[26]. En particulier, les réformes du droit de la famille de la deuxième moitié du XXe siècle, inspirées par le Doyen Jean Carbonnier, sont profondément marquées par la nécessaire symbiose entre le juridique et le sociologique. La réforme du divorce opérée par la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975[27] fut précédée d'une vaste enquête concernant les statistiques judiciaires, l'opinion et l'expérience de nombreux couples divorcés[28]. De l'aveu même du Doyen Jean Carbonnier, l'importance de l'enquête sociologique a été essentielle dans cette réforme puisqu'elle a influencé certains mécanismes du droit positif. Pour ne retenir qu'un seul exemple, avant cette loi, le droit français connaissait certes le divorce par consentement mutuel, mais cette institution était enfermée dans un carcan procédural si dissuasif que les époux, pourtant consentent sur le principe de la rupture du lien conjugal, ne se tournaient pas vers cette procédure[29]. L'enquête sociologique a fait apparaître qu'ils préféraient se livrer à une comédie, invoquant des fautes imaginaires afin que le juge prononce un divorce pour faute[30]. Ce simulacre discréditait la justice et laissait un souvenir amer aux époux divorcés de telle sorte que le législateur de [redacted] le divorce en faisant une plus grande place à la volonté des époux dans la rupture du lien conjugal. Cette évolution du droit positif, préconisé [redacted] droit, constitue un exemple saisissant de la fertilité de l'apport des savoirs collatéraux à la connaissance du juridique.

---

21. B. Frydman, « Y-a-t-il en droit des révolutions scientifiques ? » *Journal des tribunaux*, 7 déc. 1996, p. 809 et s.

22. En ce sens, Ph. Rémy, « Philosophie du droit positif », *in L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale* (dir. G. Planty-Bonjour et R. Legeais), PUF, coll. Travaux du centre de recherche et de documentation sur Hegel et sur Marx, 1991, p. 145 et s., spéc. p. 151 et 152.

23. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, coll. Droit civil, 2e éd., 2005, n° 17 et s.

24. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2e éd., 2004, p. 13 et 14.

25. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 14.

26. E. Mackaay, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste », *RID éco.* 1986, p. 43 et s., spéc. p. 44.

27. Sur la genèse de cette loi, v. J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Defrénois, 2e éd., 1995, p. 131 et s.

28. V. *Le divorce et les français*, 2 t. (I – *Enquête d'opinion* ; II – *L'expérience des divorcés*), PUF, coll. Travaux et documents, 1975.

29. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, coll. Droit civil, 2e éd., 2006, n° 571.

30. J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, *op. cit.*, p. 137.

D'autres savoirs collatéraux au droit sont en mesure de conditionner la connaissance du juridique[31]. En s'inscrivant hors de l'étude du droit positif, la philosophie se propose de répondre à des questions fondamentales : qu'est-ce que le droit ? D'où vient-il ? Où va-t-il[32] ? Ainsi en va-t-il également de l'épistémologie, de la psychologie, de la sémiotique ou de l'argumentation qui sont toutes susceptibles d'apporter leur pierre à la connaissance du droit[33]. Au sein des différents savoirs collatéraux au droit, l'économie tient une place privilégiée[34]. Les relations entretenues par le droit et l'économie sont marquées du sceau de la complexité.

3. Droit et économie : perspective étymologique. L'accession la plus aisée au rapport complexe qui [redacted] puisque l'étymologie du terme *« économie »* est très révélatrice[35]. En grec, l'économie est *l'oïkos nomos*[36]. Alors que l'*oïkos* désigne la maison, le domaine ou un milieu, le *nomos* fait référence à la loi ou la règle. L'*oïkos nomos* correspond donc à l'ensemble [redacted] aussi bien la parenté que la domesticité. Néanmoins, il serait erroné d'y trouver les fondations de l'économie moderne[37]. Lorsque Aristote traite de [redacted] dans sa *Politique*[38], il évoque l'ordre qui doit exister dans les familles et notamment les relations qui unissent ses trois composantes : le père, les autres individus libres et enfin les esclaves[39]. [redacted] ! Ce décalage est très saisissant puisque la pensée d'aristote est fertile en réflexions sur les échanges entre les individus, sur la richesse[41] et sur la propriété privée[42] qui sont autant de concepts clefs qui intéressent hautement l'économie contemporaine[43].

L'analyse étymologique fait bien apparaître la proximité entre le droit et l'économie. Pour les Grecs, l'*oïkos nomos* n'est qu'une branche du droit ayant vocation à régir la domesticité[44]. On observe donc une confusion de l'économique dans le juridique que des siècles de cohabitation n'auront de cesse de détruire.

4. Droit et économie : perspective historique. Monsieur le Professeur Bruno Oppetit relève que les rapports entre le droit et l'économie sont imprégnés, depuis le [redacted]

31. F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 6e éd., 2003, n° 353.
32. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Précis, 1999, n° 7.
33. F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 7e éd., 2005, nos 31 à 43.
34. H., L., J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1 *Introduction à l'étude du droit* (par F. Chabas), Montchrestien, 12e éd., 2000, p. 51 et 52.
35. R. Sève, « Droit et économie : quatre paradigmes », *Arch. phil. droit* 1992, t. 37 *Droit et économie*, p. 63 et s., spéc. p. 63.
36. R. Sève, *Droit et économie : quatre paradigmes*, art. préc., spéc. p. 64.
37. H. Denis, *Histoire de la pensée économique*, PUF, coll. Quadrige, 1999 (rééd. 1981), p. 7.
38. Aristote, *Politique*, Livre I, Nathan, coll. Les intégrales de la philo, 2004.
39. Aristote, *Politique*, Livre I, *op. cit.*, spéc. Chap. II.
40. H. Denis, *Histoire de la pensée économique*, *op. cit.*, p. 44.
41. H. Denis, *Histoire de la pensée économique*, *op. cit.*, p. 36 et s.
42. Ph. Simonnot, *Économie du droit*, t. 1 *L'invention de l'État*, Les Belles Lettres, 2003, p. 20 et s.
43. V. Ph. Simonnot, *Économie du droit*, t. 1, *op. cit.*, *loc. cit.*
44. R. Sève, « Droit et économie : quatre paradigmes », art. préc., *loc. cit.*
45. B. Oppetit, « Droit et économie », *Arch. phil. droit* 1992, t. 37 *Droit et économie*, p. 17 et s., spéc. p. 17.

Le temps de l'imbrication entre le droit et l'économie correspond à la seconde moitié du XVIIIe siècle. C'est à cette époque que l'économie politique moderne prend l'essor qu'on lui connaît aujourd'hui[46] et devient véritablement la science de l'étude des richesses. Le seul intitulé de deux traités de référence de l'époque suffit à emporter la conviction. En 1776, Adam Smith publie ses *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*[47] et en 1803, Jean-Baptiste Say en fait de même avec son *Traité d'économie politique*[48], utilement sous-titré *Simple exposé de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses.*

De nombreux auteurs, unanimement considérés comme les pères fondateurs de l'économie moderne, ont la volonté de lier les savoirs économique et juridique[49]. Ainsi, Adam Smith considère l'économie politique « *comme une branche des connaissances du législateur et de l'homme d'État* »[50]. Des racines communes s'enterrent très profondément dans le juridique[51] et gravent dans la roche l'union entre *l'homo juridicus* et *l'homo oeconomicus*[52]. Cette époque replace l'individu, avec ses désirs et ses besoins, au cœur des réflexions communes des économistes et des juristes. Déjà, dans la première moitié du [illegible] siècle, des [illegible] au centre de leur pensée en tant que source et finalité du droit[53]. Le premier devoir de l'Homme est de répondre aux besoins suscités par sa nature humaine[54]. De leur côté, les [illegible] s[55]. Une osmose se crée naturellement, car l'économie propose le bien-être des individus par la multiplication des richesses et le droit livre les outils coercitifs permettant de mener à bien cette quête.

À peine célébrée, l'union entre l'*homo juridicus* et l'*homo oeconomicus* doit déjà être rompue sous les coups de boutoir du sociologue Max Weber qui oppose radicalement l'ordre juridique et l'ordre économique. Cet antagonisme profond est parfaitement synthétisé lorsque [illegible] *économ[illegible] s[illegible] ment applicable, l'autre sur celui de l'événement réel* »[56]. À partir de Max Weber, les ordres juridique et économique se trouvent inscrits dans des logiques diamétralement opposées[57] puisque le droit adopte une conception

46. H. Denis, *Histoire de la pensée économique, op. cit.*, p. 98 et s.
47. A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Flammarion, coll. GF, 1991 (rééd. 1776).
48. J.-B. Say, *Traité d'économie politique – Simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses*, Calmann-Lévy, coll. Perspectives de l'économique, 1972 (rééd. 1803).
49. B. Oppetit, « Droit et économie », art. préc., spéc. p. 17 et 18.
50. A. Smith, *Recherches sur la nature…, op. cit.*, Livre IV, Introduction.
51. J.-M. Poughon, « Les fondements juridiques de l'*Économie politique* », *Journal des économistes et des études humaines*, 1990, p. 399 et s.
52. J.-J. Bienvenu, « *Économie politique* et droit naturel dans la doctrine libérale au XIXe siècle », *Rev. hist. dr et sc. jurid.*, 1987, p. 37 et s.
53. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, coll. Quadrige, 2006 (rééd. 2003), p. 527 et s.
54. B. Oppetit, « Droit et économie », art. préc., p. 17.
55. H. Denis, *Histoire de la pensée économique, op. cit.*, p. 102 et s.
56. M. Weber, *Économie et société*, t. I *Les catégories de la sociologie*, Plon, 1971 (trad. E. de Dampierre), p. 321 et s.
57. B. Oppetit, « Droit et économie », art. préc., p. 18.

prospective des rapports sociaux alors que l'économie se penche sur ces mêmes rapports, mais de manière rétrospective.

Cependant, cette divergence ne saurait exclure tout contact entre le droit et l'économie. De l'aveu même de Max Weber, une certaine dialectique s'impose. La rationalisation du système juridique conduit à l'émergence d'un droit matériel, se référant explicitement à des concepts extra-juridiques, parfois empruntés à la logique économique[58]. Dès lors, même si le droit et l'économie ont déclaré leur indépendance mutuelle, il subsiste nécessairement une interdépendance incompressible entre eux.

Ce cloisonnement du droit et de l'économie, perceptible dans la seconde partie du XIXe siècle, est très significatif de l'évolution de la science juridique de cette époque. Celle-ci a vu l'analyse textuelle du droit prendre le pas sur son analyse contextuelle, marquant par la même occasion le règne de la lettre de la loi, encore appelée « *méthode exégétique* »[59].

5. Droit et économie : perspective contemporaine. Dès le début du XXe siècle, de nombreux auteurs ont souligné la mutation de l'ordre juridique et surtout les dangers de la méthode exégétique[60]. L'aridité de l'analyse purement textuelle vient à dessécher le droit[61] alors que, comme le soulignait le Doyen François Gény, ce sont « *les rapports incessamment variables de la vie sociale* »[62] et « *la nature individuelle et sociale de l'humanité* »[63] qui donnent naissance aux institutions juridiques. Ce sont donc l'activité humaine et les sciences qui l'expliquent qu'il faut scruter pour saisir l'esprit du droit.

Pour sa part, le Doyen Louis Josserand remarquait en 1937, que depuis quelques décades, « [le droit] *a subi progressivement l'attraction et le joug des faits économiques* », le détachant ainsi de ses sources traditionnelles que sont la religion et la morale[64]. Dans ce contexte d'émergence d'un âge économique amoraliste[65], il est logique que juristes et économistes se rejoignent autour de questionnements communs. Cette rencontre était appelée de tous ses vœux par le Doyen Georges Ripert qui demandait « *aux économistes de prolonger leur étude jusqu'aux règles de droit applicables aux faits qu'ils analysent* »[66].

Ainsi, la première moitié du XXe siècle marque un tournant dans l'approche du rapport entre le droit et l'économie. Les juristes, comme les économistes, (re)prennent conscience de l'interconnexion entre leurs disciplines. Les économistes n'hésitent plus à affirmer que « *le cadre juridique commande dans une certaine mesure*

58. M. Weber, *Sociologie du droit*, PUF, coll. Recherches politiques, 1986 (trad. J. Grosclaude), p. 162 et s.
59. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 133.
60. Sur les dangers de cette méthode, v. J.-L. Halparin, *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. S. Rials), PUF, 2003, *v°* Exégèse.
61. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2e éd., 1951, spéc. p. 4.
62. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources du droit positif – essai critique*, LGDJ, 2e éd., 1954, spéc. n° 63.
63. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources du droit positif…*, *op. cit.*, spéc. n° 168.
64. L. Josserand, « Un ordre juridique nouveau », *D.* 1937, chron., p. 41 et s., spéc. p. 41.
65. L. Josserand, « Un ordre juridique nouveau », art. préc., spéc. p. 42.
66. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, *op. cit.*, spéc. p. 2.

les choix économiques »[67] alors que de leur côté, les juristes expliquent les changements du droit par l'évolution du contexte économique et social[68].

Toute la complexité de cette interdépendance réside dans une dialectique proche de l'exemple hégélien du maître et de l'esclave[69]. Le caractère obligatoire conféré à la règle de droit permet d'orienter significativement l'activité économique[70]. À cet égard, le droit conditionne l'activité l'économique[71] et constitue, selon l'expression de Monsieur le Professeur Gérard Farjat, son organisateur[72]. Par conséquent, le droit règne en maître sur le système économique. Néanmoins, l'orientation du système économique par le droit ne saurait être aveugle. Il est nécessaire que les mécanismes pertinents des sciences économiques pénètrent les règles juridiques[73]. C'est de la réalisation de cette osmose que dépend la cohabitation fructueuse entre les systèmes juridique et économique[74]. La dialectique s'inverse et le droit devient un instrument au service du système économique[75]. On le voit, la norme économique et la norme juridique viennent au soutien l'une de l'autre[76] dans un rapport d'interdépendance[77].

6. Le droit pénal dans son rapport à l'économie : terminologie et définition. Dans ce contexte de décloisonnement du rapport entre le droit et l'économie[78], il est tentant de rechercher ce que la règle répressive peut apporter à l'économie et *vice versa*, ce que la logique économique peut fournir à l'exercice du droit de punir. Ce questionnement est légitime puisque le droit pénal trouve, depuis le XIXe siècle, sa place dans la législation applicable dans le secteur de l'économie[79]. Monsieur

67. A. Murat, « Le cadre juridique », *in Traité d'économie politique* (dir. L. Baudin), Dalloz, 1951, spéc. p. 337.

68. V. not. P. Roubier, *Théorie générale du droit – histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005 (rééd. 2e éd., 1951), p. 204 à 206 ; J. Brethe de la Gressaye, « Droit et économie – Aperçu de sociologie juridique », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. I *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz-Sirey, 1961, p. 91 et s., spéc. p. 97.

69. L. Vogel, « L'économie, serviteur ou maître du droit », *in Une certaine idée du droit – Mélanges offerts à André Decocq*, Litec, 2004, p. 605 et s., spéc. nos 3 et 4 ; D. Danet, « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique », *RID éco.* 1993, p. 5 et s.

70. En ce sens, Ch. Atias, *Le droit civil*, PUF, coll. Que-Sais-Je ?, 6e éd. mise à jour, 2001, spéc. p. 39 et 40.

71. R. Martin, « Loi économique et règle de droit », *D.* 1990, chron., p. 259 et s., spéc. n° 10.

72. G. Farjat, « La notion de droit économique », *Arch. philo. droit*, t. 37 *Droit et économie*, 1992, p. 27 et s.

73. M.-A. Frison-Roche et S. Bonfils, *Les grandes questions du droit économique*, PUF, coll. Quadrige, 2005, p. 10 : voir de manière plus générale, G. Teubner, *Droit et réflexivité – L'autoréférence en droit et dans l'organisation*, LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1998, (trad. N. Boucquet).

74. A. Jacquemin et G. Schrans, *Le droit économique*, PUF, coll. Que-sais-je ?, n° 1383, 3e éd., 1982, p. 15.

75. J.-L. Aubert, *Introduction au droit et aux thèmes fondamentaux du droit civil*, 11e éd., 2006, Sirey, coll. Université, n° 66 ; A. Jacquemin et G. Schrans, *Le droit économique, op. cit.*, p. 9.

76. R. Martin, « Loi économique et règle de droit », art. préc., spéc. n° 15 ; J.-L. Aubert, *Introduction au droit…, op. cit., loc. cit.*

77. V. R. Encinas de Munagorri, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2006, p. 505 et s.

78. Th. Kirat et E. Serverin, « Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action », *in Le droit dans l'action économique* (dir. Th. Kirat et E. Serverin), CNRS éditions, 2000, p. 5 et s., spéc. p. 10 et s.

79. B. Schnapper, « À propos de quelques délits économiques au siècle dernier », *in Les enjeux de la pénalisation de la vie économique* (dir. M.-A. Frison-Roche), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1997, p. 17 et s.

le Professeur Bernard Schnapper rappelle que le XIXe siècle a été marqué par *« un alourdissement incontestable de la répression »*[80] qui s'est concrétisé par la création de nouvelles infractions. Tel est le cas des huit premières incriminations applicables dans les sociétés anonymes[81] créées par la loi du 24 juillet 1867. En dépassant cette perspective purement historique, le [redacted] dans la vie des affaires[82]. La vague de dépénalisation de certaines activités économiques n'y change rien, le droit pénal n'a pas fait sécession[83] et reste un outil privilégié d'intervention étatique en la matière[84].

Dès lors, c'est encore par le prisme des mots qu'il faut aborder la relation entre les systèmes économique et juridique répressif. La perspective d'un *droit pénal de l'économie*[85] peut surprendre le pénaliste peu habitué à cette terminologie, inusitée au profit d'autres. En effet, [redacted] financier[86], de droit pénal économique[87] ou, la plus répandue actuellement[88], de droit pénal des affaires[89]. Il n'est sans doute pas exagéré d'affirmer qu'en la matière, il y a autant de définitions qu'il y a d'auteurs[90].

7. Pluralité des définitions doctrinales. Pour leur part, les termes de *droit pénal commercial*, de *droit pénal financier* ou de *droit pénal économique stricto sensu* paraissent beaucoup trop spécifiques. Tout d'abord, le [redacted] être compris comme l'ensemble des règles consacrées à la [redacted] çant[91]. Ensuite, le droit pénal financier ne vise que la protection du marché[92]. Enfin, le droit pénal économique *stricto sensu* serait purement et simplement assimilé à la législation sur les prix. Une telle position a été défendue

80. B. SCHNAPPER, *À propos de quelques délits économiques au siècle dernier*, art. préc., spéc. p. 21.

81. Ce texte réprimait alors les délits d'émission, de négociation, de publication de la valeur des actions, de simulation de souscription et de publication de faits faux, de commencement prématuré des opérations sociales, de distribution de dividendes non réellement acquis, de création de majorité factice et de celui de mention trompeuse dans les documents sociaux (L. 24 juill. 1867, art. 13 à 16).

82. En droit pénal des sociétés, v. M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, LGDJ, coll. Bibl. droit. privé, t. 439, préf. P. Le Cannu, 2005, n° 9.

83. W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n° 54.

84. J. TOUBON, « Introduction aux enjeux de la pénalisation de la vie économique », *in Les enjeux de la pénalisation de la vie économique* (dir. M.-A. FRISON-ROCHE), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 1997, p. 1 et s.

85. G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires en Europe*, PUF, coll. Thémis, 2006, n° 159.

86. J. TCHERNOFF, *Traité de droit pénal financier*, Dalloz, 2e éd., 1937.

87. J.-F. RENUCCI, *Droit pénal économique*, Armand Colin, coll. U, 1995 ; A. VITU, « La définition et le contenu du droit pénal économique », *in Dix ans de conférences d'agrégation – Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Dalloz, 1961, p. 4 et s.

88. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. III *Droit pénal spécial* (par A. VITU), 1982, n° 735.

89. F. STASIAK, *Droit pénal des affaires*, LGDJ, coll. Manuel, 2005 ; M. VÉRON, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, coll. Compact, 6e éd., 2005 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. Précis, 6e éd., 2005 ; J.-H. ROBERT et H. MATSOPOULOU, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, coll. Droit fondamental, 2004 ; J. LARGUIER et Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, coll. U, 11e éd., 2004 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. Mémentos, 6e éd., 2006 ; M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, PUF, coll. Thémis, 4e éd. refondue, 2000.

90. F. STASIAK, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 3 ; E. DREYER, « La sécurité juridique et le droit pénal économique », *Dr. pénal* 2006, Études n° 20, p. 5 et s., spéc. n° 2.

91. J. LARGUIER et Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n° 3.

92. M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 7.

par le Professeur Robert Vouin[93] qui estimait que le droit pénal économique trouve son expression la plus parfaite dans les ordonnances n° 45-1483 et n° 45-1484 du 30 juin 1945 relatives aux prix et à la répression des infractions économiques[94]. Ces ordonnances comprenaient les différentes infractions liées à la hausse des prix[95] et à la liberté de la concurrence, dont le but avoué était la lutte contre l'inflation monétaire et la spéculation de l'immédiat après-guerre. Cependant, ces textes ont été abrogés dans le mouvement de dépénalisation de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986[96] affirmant de façon solennelle la liberté des prix et de la concurrence dès son article premier[97]. Depuis lors, il ne subsiste plus qu'une seule incrimination pénale définie à l'article L. 420-6 du Code commerce[98]. Ce texte prévoit une peine de quatre ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende à l'encontre *« des personnes physiques qui auront frauduleusement pris part de façon personnelle et déterminante à la conception, l'organisation ou à la mise en œuvre des pratiques prévues aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code du commerce »*.

Si l'on devait retenir la définition proposée par le Professeur Robert Vouin, il faudrait en déduire le quasi-décès du droit pénal économique depuis l'abrogation des ordonnances n° 45-1483 et n° 45-1484 du 30 juin 1945. Le domaine du droit pénal économique serait très limité et ne concernerait plus que la seule incrimination de l'article L. 420-6 du Code de commerce. En somme, l'étude du droit pénal économique par le seul droit pénal des prix, conception déjà décriée en son temps[99], n'est plus pertinente. Les évolutions du droit positif ont conduit à vider la matière de l'essentiel de sa substance.

La notion de droit [redacted] Mireille Delmas-Marty et Geneviève Giudicelli-Delage, le droit pénal des affaires serait *« la branche du droit pénal économique [redacted] la protection [redacted] a agi dans le cadre d'une entreprise, soit pour le compte de celle-ci, soit pour son propre compte si le mécanisme de l'infraction est lié à l'existence de pouvoirs de décision essentiels à la vie de l'entreprise »*[100].

Cette définition est particulièrement [redacted]e, car elle mêle un critère principal et un critère complémentaire. Grâce au c[redacted] par le droit pénal des affaires [redacted] par rapport à son domaine d'application. Il englobe les atteintes à l'ordre financier, économique, social et écologique et les atteintes à la propriété, à la confiance et à

93. R. Vouin, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Précis, 1953, n° 652.

94. Ord. n° 45-1483, 30 juin 1945, ordonnance relative aux prix et ord. n° 45-1484, 30 juin 1945, ordonnance relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique.

95. Ord. n° 45-1483, 30 juin 1945, préc., art. 16 : *« les prix de tous les produits et services sont et demeurent bloqués, soit au niveau qu'ils avaient au 1er septembre 1939, soit au niveau qui résulte des décisions prises depuis cette date »*.

96. Ord. n° 86-1243, 1er déc. 1986, « ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence », *JO* p. 14773 et s.

97. V. M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Armand Colin, coll. U, 3e éd., 2005, n° 5 ; M.-C. Boutard et G. Canivet, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1994, p. 1 à 4.

98. Anc. art. 17 ord. 1er déc. 1986.

99. A. Vitu, « Définition et contenu du droit pénal économique », art. préc., spéc. p. 83 et 84.

100. M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 13.

l'intégrité physique des personnes. [redacted] Ce critère recèle [redacted]. D'une part, le cadre de l'entreprise [redacted] large, car certaines infractions tota[redacted]e se trouvent rattachées artificiellement au droit pénal des affaires parce qu'elles sont commises dans le cadre d'une entreprise[101]. Ainsi, Monsieur le Professeur Wilfrid Jeandidier affirme qu'en retenant ce critère pour établir les frontières du droit pénal des affaires, le dirigeant social qui contraint sa secrétaire à des rappo[redacted] serait un délinquant d'affaires[102], ce qui paraît peu convaincant. D'autre part, le critère de l'entreprise peut se révéler trop étroit. Des infractions proches de la vie des affaires en seraient exclues au motif qu'elles ne sont pas commises dans le cadre d'une entreprise. Tel est notamment le cas des infractions prévues par le Code pénal que sont le vol[103], l'escroquerie[104] ou encore le blanchiment[105].

C'est pour ces différentes raisons que Monsieur le Professeur Wilfrid Jeandidier[106] propose de [redacted]me critère de délimitation du droit pénal des affaires pour le définir exclusivement en fonction de son domaine. Selon cet auteur, le droit pénal des affaires recouvre à la fois le droit pénal économique, qui serait le droit pénal de la production, de la distribution et de la consommation des richesses, et le droit pénal financier[107]. Cette ébauche de définition de l'économie est plus précise, et répond davantage à nos attentes : elle s'intègre dans une démarche économique substantielle[108].

Pour autant, cette dernière définition commence par exclure le droit pénal du travail du droit pénal des affaires pour ensuite faire de l'activité de production une composante du droit pénal économique et donc du droit pénal des affaires. À ce titre, qu'est-ce que le droit du travail sinon la branche du droit qui vise à réglementer l'activité de production ? Cette présentation des différentes terminologies et définitions doctrinales fait apparaître un arc en ciel de conceptions[109], dont aucune n'est véritablement convaincante.

8. Réhabilitation de la définition jurisprudentielle. Si un tel foisonnement doctrinal peut être constaté, c'est parce que [redacted] accordé [redacted] à la définition de l'infraction économique proposée par la Cour de cassation dans son arrêt rendu par les Chambres réunies le 1er août 1949[111].

---

101. En ce sens, W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n° 56.
102. W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires, op. cit., loc. cit.*
103. C. pén., art. 311-1 et s.
104. C. pén., art. 313-1 et s.
105. C. pén., art. 324-1 et s.
106. W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 56.
107. W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires, op. cit., loc. cit.*
108. G. Farjat, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RID éco.* 1986, p. 9 et s., spéc. p. 29-30 ; G. Farjat, *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 12 et 13.
109. V. Cl. Champaud, « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, chron., p. 215 et s., spéc. n° 2.
110. V. G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, 2e éd., 1981, p. 57 et 58. Cet auteur ne propose pas sa propre définition du droit pénal économique, il se range à celle proposée par les Chambres réunies de la Cour de cassation le 1er août 1949.
111. Ch. réunies, 1er août 1949, *JCP* 1949, II, 5033, note M. Le Roy.

[redacted] En l'espèce, le sieur Rohr était poursuivi pour infraction à la législation sur les changes et sur l'or. Cependant, l'article 10 de la loi du 16 août 1947 accordait l'amnistie, au *primo délinquant* justifiant de la qualité d'ancien combattant de la Première Guerre mondiale et d'une blessure aux combats, pour tous les délits commis avant le 16 janvier 1947. Cet article de la loi excluait du champ d'application de l'amnistie les auteurs d'infractions à la législation économique. Le bénéfice de l'amnistie passait nécessairement par la définition de l'infraction économique. Le trait caractéristique de cette affaire réside dans le flou qui a entouré, durant tout le cheminement procédural, « l'infraction économique » que cette loi ne définissait pas.

L'arrêt rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation le 1er août 1949[112] marque l'aboutissement de cette procédure, mais aussi le dernier état de la jurisprudence concernant la définition de l'infraction économique. Dans un solennel arrêt de cassation prononcé à l'encontre de la Cour d'appel d'Orléans[113], les Chambres réunies suivent la voie ouverte précédemment par la Chambre criminelle[114]. Elles posent expressément une définition de l[redacted] *la consommation des denrées et marchandises, [redacted] moyens d'échange consistant particulièrement dans la monnaie sous ses différentes formes (devises et espèces monnayées)* ». Elles ajoutent « *que lesdites infractions portent une atteinte directe à l'économie de l'État* ». L'intérêt d[redacted] que l'on en apprécie plus précisément la teneur.

9. Réhabilitation de la définition jurisprudentielle : approche sémiotique. Selon Monsieur le Professeur Jean-François Renucci, la définition prétorienne souffrirait d'une prudence quasiment paralysante[115]. En effet, la formule employée est évasive puisque ses premiers termes sont : « *d'une manière générale* ». L'emploi de cette formule est particulièrement gênant car il ne permet pas de déterminer avec précision les contours de l'infraction économique. Si le cœur de la notion comprend assurément la législation visant la production, la répartition, la circulation et la consommation des biens ainsi que les moyens d'échanges monétaires, ces différents domaines n'épuisent pas l'infraction économique[116].

Une autre marque de prudence, ou de fragilité, de la formule jurisprudentielle se caractérise par l'adjonction de l'adverbe « *notamment* ». Son emploi affaiblit encore la définition donnée par les Chambres réunies de la Cour de cassation. Une interprétation littérale permet d'affirmer qu'il existe des infractions économiques qui ne sont pas expressément visées.

112. Ch. réunies, 1er août 1949, préc.
113. CA Orléans, Ch. corr., 4 mars 1949, *JCP*, II, 4815, note M. Le Roy.
114. Cass. crim., 8 juill. 1948, *JCP* 1948, II, 4506, note M. Le Roy.
115. J.-F. Renucci, *Droit pénal économique*, *op. cit.*, p. 7.
116. F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 3.

En dépit de ces lacunes, le rejet de cette définition s'explique par l'analyse, en partie erronée, faite par la doctrine. Il a souvent été affirmé que la formule prétorienne comportait une double définition de l'infraction économique. En effet, les infractions économiques auraient été d'une part, *les infractions à la législation visant la production, la répartition, la circulation et la consommation des biens ainsi que les moyens d'échanges monétaires* et d'autre part, *les infractions portant atteinte directe à l'économie de l'État*. Pour une partie de la doctrine, ces deux définitions procèdent de deux techniques diamétralement opposées : la première est analytique et la seconde synthétique[117], de telle sorte que chacune paralyse l'autre.

Cette interprétation n'est pas convaincante car une partie de la formule jurisprudentielle est purement et simplement passée sous silence. Il s'agit du terme « *lesdites* ». En réalité, les Chambres réunies de la Cour de cassation décident que l'infraction économique n'obéit pas à une double définition, mais répond d'une double condition. Les infractions doivent faire partie du domaine de la législation visant la production, la répartition, la circulation et la consommation des biens et, de surcroît, *lesdites* infractions doivent porter directement atteinte à l'économie. Il s'agit donc bien de critères cumulatifs, et non alternatifs, que pose la Cour de cassation. L'emploi des termes « *lorsqu'elles* » scelle le caractère cumulatif des deux composantes de la définition.

En définitive, le seul reproche qui puisse être fait à la définition prétorienne réside dans l'incertitude de ses contours extrêmes. L'adjonction de la locution « *de manière générale* » et de l'adverbe « *notamment* » contrarie l'objectif de sécurité juridique que doit offrir toute définition. Reste à voir quel est le contenu matériel de la définition.

10. Réhabilitation de la définition jurisprudentielle : approche sémantique. [redacted] même de l'économie. À cet égard, il n'est pas surprenant de remarquer que les économistes ont autant de mal à cerner l'économie que les juristes en ont à définir le droit[118]. La définition prétorienne ne fait pas référence à celle de l'économie dans son ensemble, mais à l'une de ses grandes subdivisions : la microéconomie. Comme l'écrit Monsieur le Professeur Edmond Malinvaud, « [la microéconomie] *s'intéresse d'une part aux opérations essentielles que sont la production, la distribution et la consommation des biens, d'autre part aux institutions et aux activités ayant pour objet de faciliter ces opérations* »[119]. L'activité économique se décomposerait en trois temps successifs : la production des richesses, leur distribution et enfin leur consommation. Nous constatons que la définition jurisprudentielle correspond très largement à celle de la microéconomie développée par la doctrine économique. Elles se recoupent parfaitement autour des notions essentielles de production, de distribution et de consommation.

117. J.-F. Renucci, *Droit pénal économique, op. cit.*, p. 7.

118. Sur la quasi-impossibilité de définir le droit : v. F. Terré, « Définir le droit ? » *RRJ* 1983-2, p. 374 et s. Selon Monsieur le Professeur François Terré, la définition du droit qui se dégagerait serait la suivante : « *le droit, c'est la doctrine du droit* ».

119. E. Malinvaud, *Leçons de théorie microéconomique*, Dunod, coll. éco sup, 4e éd, 2003, p. 1.

La notion d'« *institutions et activités ayant pour objet de faciliter ces opérations* », employée par Monsieur le Professeur Edmond Malinvaud[120], et celle de « [redacted] les Chambres réunies de la Cour de cassation[121] sont également très proches. En effet, il est admis en microéconomie que c' [redacted] monnaie, sous ses différentes formes, qui permet aux agents de s'entendre, d'échanger et finalement d'insuffler vie au marché économique. À défaut de monnaie reconnue et acceptée de tous, les agents économiques n'auraient d'autre alternative que le troc. Dès lors, lorsque Monsieur le Professeur Edmond Malinvaud vise les moyens facilitant les échanges, il entend principalement la notion large de monnaie employée par la Cour de cassation. Les Chambres réunies de la Cour de cassation ont eu, dans leur arrêt du 1er août 1949, le souci d'intégrer leur réflexion dans une véritable démarche substantielle en osmose avec le paradigme des sciences économiques. L'infraction économique est donc valablement appréhendée par le prisme économique, preuve de la porosité du système juridique[122].

En revanche, la définition jurisprudentielle semble trop étroite sur un point particulier. En effet, elle ne fait que viser « *les denrées et les marchandises* »[123] alors qu'il est bien évident que c'est l'ensemble « [redacted] »[124] qui doit être intégré au droit pénal économique. La définition prétorienne reste économiquement satisfaisante, mais il convient d'en expliciter les termes qui ne renvoient pas nécessairement à des concepts saisis par le droit.

11. Traduction de la définition jurisprudentielle. Le quasi-oubli de la définition jurisprudentielle du droit pénal économique tient principalement au fait qu'elle soit qualifiée de peu exploitable par la doctrine pénaliste[125]. Toutefois, il a pu être constaté que la définition prétorienne est d'une particulière richesse à partir du moment où elle est envisagée sous l'angle économique[126]. Il faut donc révéler, terme après terme, la substance juridique de cette définition.

Le premier terme retenu à la fois par la définition prétorienne et par la doctrine économique est celui de « *production* ». Pour les économistes, il s'agit de « *l'activité économique socialement organisée consistant en l'obtention de biens et de services destinés à la satisfaction directe ou indirecte des besoins humains en combinant du capital et du travail, et donnant lieu à un revenu en contrepartie* »[127]. La production est l'activité économique permettant d'organiser le travail et elle est l'une des fonctions essentielles

120. E. Malinvaud, *Leçons de théorie microéconomique, op. cit., loc. cit.*

121. Ch. réunies, 1er août 1949, préc.

122. M.-A. Frison-Roche et S. Bonfils, *Les grandes questions du droit économique, op. cit.*, p. 9 et s., spéc. p. 9.

123. Ch. réunies, 1er août 1949, préc.

124. En ce sens, G. Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ, coll. Bibl. droit privé, t. 37, préf. B. Goldman, 1963, n° 24.

125. En ce sens : J.-F. Renucci, *Droit pénal économique, op. cit.*, p. 7.

126. Sur la nécessité d'envisager le droit de l'économie sous le prisme économique : v. G. Farjat, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RID éco.* 1986, p. 9 et s., spéc. p. 29-30 ; G. Farjat, *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 12 et 13 ; G. Farjat, *Droit économique, op. cit.*, p. 732 et s.

127. Cette définition est unanimement admise en sciences économiques. V. not. A. Silem et J.-M. Albertini, *Lexique d'économie, op. cit.*, *v°* Production ; v. également : P. Picard, *Éléments de microéconomie*, t. I *Théorie et applications*, Montchrestien, coll. Eco, 6e éd., 1994, p. 131.

de la microéconomie. Il faut alors en conclure que le droit pénal du travail doit être intégré à la définition du droit pénal économique. Cette intégration mérite d'être soulignée puisqu'elle est largement discutée par la doctrine pénale[128].

Le second temps de l'activité économique, qui correspondant au second terme de la définition jurisprudentielle, est la notion de distribution. La définition de cette activité, en sciences économiques, est particulièrement décevante. Les économistes l'ont envisagée par référence aux autres moments du cycle économique et non pour elle-même. Il s'agirait de l'acte intermédiaire joignant les activités de production et de consommation[129]. La doctrine juridique s'est, dans une large mesure, contentée de cette définition négative. Monsieur le Professeur Gérard Cornu détermine la distribution comme « *la fonction économique consistant à assurer l'écoulement des produits du stade de la production à celui de la consommation* »[130]. Cette définition semble trop abstraite dans la mesure où l'on ne perçoit pas, à première vue, le contenu du droit pénal de la distribution. Il faut alors se tourner vers la définition du droit de la distribution proposée par Monsieur le Professeur Didier Ferrier qui voit dans ce compartiment l'ensemble des opérations matérielles et juridiques qui permettent de commercialiser des produits et des services[131]. La distribution doit donc s'entendre, d'un point de vue juridique, comme l'opération de commercialisation des richesses produites.

Le troisième temps de l'activité économique, repris dans la définition livrée par la Cour de cassation, est celui de la consommation. Ce terme est utilisé en sciences économiques pour décrire l'emploi d'un bien impliquant sa destruction immédiate ou progressive par un consommateur intermédiaire, qui détruit un produit pour en créer un autre[132], ou par un consommateur final, qui l'anéantit pour satisfaire ses propres besoins[133].

Enfin, le recoupement des définitions économique et jurisprudentielle laisse apparaître un quatrième point de convergence qui, bien que différemment formulé, recouvre la même teneur. Il s'agit des institutions et des moyens d'échanges permettant de réaliser les opérations de production, de distribution et de consommation. Ces notions renvoient aux questions de l'organisation et du financement des activités économiques. D'une part, l'activité économique est facilitée par le fait que le système a su se doter de structures susceptibles de simplifier les échanges entre les différents opérateurs[134]. Dès lors, les règles de droit pénal qui gouvernent l'existence juridique des agents économiques, personnes morales ou physiques, facilitent assurément les échanges[135]. Les règles répressives relatives aux groupements, épousant largement les formes du droit pénal des sociétés, doivent alors être intégrées au droit pénal économique. D'autre part, le financement des activités économiques facilite également la

128. En faveur de l'exclusion : J. Larguier et Ph. Conte, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n° 6 ; En faveur de l'intégration : A. Cœuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec, coll. Manuels, 3e éd., 2004, n° 1 ; M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 13.

129. En ce sens : J.-B. Say, *Traité d'économie politique…, op. cit.*

130. G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, *v°* Distribution.

131. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, Litec, coll. Manuels, 4e éd., 2006, n° 11.

132. A. Silem et J.-M. Albertini, *Lexique d'économie, op. cit.*, *v°* Consommation.

133. A. Silem et J.-M. Albertini, *Lexique d'économie, op. cit.*, *v°* Consommation finale.

134. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. III, *op. cit.*, spéc. n° 751.

135. G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne, op. cit.*, n° 30 et s.

réalisation de la production, de la distribution et de la consommation[136]. Lorsqu'un agent économique souhaite acquérir un bien, une alternative s'offre à lui : soit il dispose d'une masse monétaire suffisante, soit il n'en bénéficie pas, dans quel cas il est considéré comme étant en besoin de financement[137]. Dans cette seconde hypothèse, il va devoir se tourner vers des institutions susceptibles de lui fournir la masse monétaire nécessaire à la satisfaction de son besoin. L'idée commune qui traverse les définitions économique et jurisprudentielle est celle de la finance qui doit être entendue de façon large comme *« tout ce qui a trait à l'argent, aux capitaux, à leur gestion, aux activités et opérations qui s'y rapportent »*[138]. Il en découle qu[redacted] d'être considéré comme une composante du droit pénal économique, tout comme le droit pénal fiscal qui tient une place prépondérante dans l'orientation des individus à adopter une conduite souhaitée par les pouvoirs publics.

L'analyse de la définition proposée par les Chambres réunies de la Cour de cassation a permis, au fil des développements précédents, de préciser ce qu'est, aux yeux de la jurisprudence, [redacted] Cette terminologie délimitera le champ de la présente l'étude. Le droit pénal économique doit donc être entendu comme l'ensemble des réactions étatiques organisées autour de règles répressives relatives au droit du travail, au droit de la distribution, au droit de la consommation, au droit financier, au droit de la concurrence, au droit douanier et au droit des sociétés.

C'est avec beaucoup plus de curiosité que l'on doit se pencher sur une éventuelle [redacted] à étudier le droit par le prisme de l'économie[139]. Il s'agira d'utiliser les outils des sciences économiques pour comprendre le droit[140]. Ainsi, les fourches caudines de la rationalité économique[141] permettent la compréhension de l'être humain dans son rapport à autrui et à la règle de droit[142] conduisant à une relecture des institutions juridiques[143]. L'analyse économique du droit constitue une perspective nouvelle pour le juriste français[144] qu'il faut maintenant sonder en profondeur.

12. Attirance outre-Atlantique pour l'analyse économique du droit : essor et prolifération du mouvement. L'analyse économique du droit pénal s'intègre dans le cadre plus vaste de l'économie du droit ou de l'analyse économique du droit[145],

136. G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne, op. cit.*, n° 54 et s.
137. A. Silem et J.-M. Albertini, *Lexique d'économie, op. cit.*, *v°* Besoin de financement.
138. G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, *v°* Financier, ière.
139. E. Mackaay, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste », *RID éco.* 1986, p. 43 et s., spéc. p. 44.
140. J. Elster, *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge University Press, 1989, p. 3.
141. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine, op. cit.*, spéc. p. 290.
142. J.-Y. Chérot, « Trois thèses de l'analyse économique du droit », *RRJ* 1987-2, p. 443 et s., spéc. p. 444.
143. E. Mackaay, *L'analyse économique du droit*, t. I *Fondements*, Thémis, 2000, p. 9 et 10.
144. E. Mackaay, « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », *RRJ* 1987-2, p. 419 et s., spéc. p. 422 à 424.
145. B. Deffains, « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », *LPA* 19 mai 2005, n° spécial *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, p. 6 et s. ; v. aussi, M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Bibl. droit privé, t. 221, (préf. J. Ghestin), 1992, spéc. n° 66.

qui vise à étudier le système juridique en empruntant les outils de la théorie micro-économique[146]. L'idée est aujourd'hui admise que les sciences économiques peuvent apporter un regard nouveau et indispensable sur les institutions juridiques[147]. C'est aux États-Unis que cette analyse s'est, le plus tôt et le plus profondément, enracinée au travers du mouvement *Law and Economics*[148]. Contrairement au discours doctrinal français[149], essentiellement dogmatique, le modèle américain s'inscrit dans une démarche intellectuelle très différente, que l'on pourrait [redacted]. Sous cette bannière floue, de nombreux courants peuvent être rangés dont le seul point commun est de refuser la conception métaphysique de la définition du droit et de son contenu[151] pour adopter une démarche nettement plus pragmatique. Dès la fin du XIXe siècle, un mouvement intellectuel a pris consistance afin de rejeter fermement le formalisme de la pensée juridique dogmatique et de proclamer la nécessité d'une culture juridique adhérant à la réalité concrète et à la vie véritable de la société[152]. Cette volonté de dépasser l'étude abstraite du droit est parfaitement perceptible sous la plume d'[redacted] considéré comme l'un des fondateurs du réalisme américain. Cet auteur relève que celui qui veut maîtriser le futur doit être « *l'homme des statistiques et le maître de l'économie* »[153]. S'évader de la démarche dogmatique pour comprendre la pigmentation du droit en sollicitant la sociologie ou l'économie, tel a été l'objectif scientifique des écoles issues du réalisme américain. L'existence de ce terreau intellectuel était le préalable *sine qua non* à l'émergence d'une réflexion d'ensemble sur les relations entre le juridique et l'économique[154].

Les premiers travaux sur l'impact économique des règles de droit peuvent être [redacted] tes de l'Université de Chicago au lendemain du krach boursier de 1929[155]. L'objectif de Aaron Director était de vaincre le scepticisme de ses collègues juristes à l'égard de l'analyse économique. Pour cela, il s'est adressé directement à eux en leur démontrant que le droit américain de l'époque, hostile aux monopoles, ne permettait pas au droit de tendre vers l'efficience économique. Néanmoins, les travaux de ces auteurs ne constituent que la première pierre de l'édifice qu'il convient d'appeler *Old Law and Economics*. Monsieur le Professeur Ejan Mackaay situe le véritable « *décollage* [redacted] lyse économique du droit au début des années 1960 avec l'article fondateur d[redacted]

146. B. Ackerman, « Deux sortes de recherches en "droit et économie" », *RRJ* 1981-1, p. 31 et s., spéc. p. 31.

147. En ce sens, F. Terré, *Introduction générale au droit*, 6e éd., *op. cit.*, n° 362.

148. V. not. C. Fluet, *L'analyse économique du droit, Économie appliquée*, t. XLIII, n° 3, 1990, p. 53 et s., spéc. p. 55 et 56.

149. V. *infra*, n° 13.

150. V. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 267 et s.

151. É. Millard, *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), PUF, 2004, *v°* Réalisme.

152. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 51.

153. O. W. Holmes, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, 461-61 (cité par Ph. Jestaz et Ch. Jamin), *op. cit.*, p. 275.

154. Sur l'histoire de l'analyse économique du droit, v. S. Ferey, *Histoire et fondements de l'analyse économique du droit*, Thèse dactyl., Sc. économiques, Paris I, 2004.

155. R. A. Posner, « The Economic Approach to Law », *Texas Law Review*, 1975, vol. LIII, p. 757 et s., spéc. p. 758 et 759.

156. E. Mackaay, *L'analyse économique du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 12 et 13.

Coase sur le coût social[157]. Les sciences économiques sont alors en quête de *terr nova* et cherchent à se propager au-delà de leur frontière traditionnelle qui délimit l'étude des phénomènes relatifs à la production, à la distribution et à la consom mation des richesses[158]. Ce mouvement expansionniste est souvent désigné par l terme *d'impérialisme économique*[159]. À partir de cette époque, certains économiste se penchent sur l'analyse des relations humaines[160]. Sous l'angle épistémologique les sciences économiques connaissent une mutation fondamentale en cessant d'êtr perçues comme les sciences de l'étude des richesses pour devenir, plus générale ment, les sciences du choix rationnel. Les économistes américains, dont le pri Nobel Gary S. Becker, tentent de démontrer que les sciences économiques on vocation à expliquer l'ensemble des phénomènes humains[161] comme la famille[16 ou la délinquance[163]. Dès lors, ce sont les derniers espaces qui avaient échappé a modèle économique qui lui sont désormais annexés[164]. Le droit devient une matièn d'observation privilégiée[165] à tel point que le mouvement *Law and Economics* es considéré comme le courant intellectuel le plus fertile de la pensée juridique améri caine du dernier quart du XXe siècle[166], soutenu en particulier par son chef de file [redacted].

Ainsi, ce n'est qu'au début des années 1970 que le paradigme de l'analyse écono mique du droit est accepté par les juristes[168]. Guido Calabresi publie un essai su la réparation des accidents[169] et Gordon Tullock tente une synthèse plus vaste et recherchant les fondements économiques du droit[170]. Même si ces premiers effort ne rencontrent qu'un écho négligeable, les idées intuitives de ces pionniers son prolongées, voire dépassées, par de nombreux auteurs et scellent l'émergence du mouvement de l'analyse économique du droit que les plus grandes facultés de droit américaines enseignent comme un facteur essentiel du renouvellement de la théorie du droit[171]. Pourtant, l'unité de ce mouvement n'est que de façade et plutô

157. R. Coase, *The Problem of Social Coast, Journal of Law and Economics*, 1960, vol. III, p. 1 et s. v. en langu française : R. Coase, « Le problème du coût social », *in Le coût du droit* (trad. Y.-M. Morissette), PUF, coll. Droi éthique société, 2000. Pour une explication du théorème de Coase : R. Van Den Bergh, « Le droit civil face l'analyse économique du droit », *RID éco.* 1988, p. 230 et s., spéc. p. 232 et s.

158. En ce sens, Th. Kirat, *Économie du droit*, La Découverte, coll. Repères, n° 261, 1999, spéc. p. 36.

159. J.-P. Centi, « Quel critère d'efficience pour l'analyse économique du droit ? », *RRJ* 1987-2, p. 455 et s. spéc. p. 457.

160. V. R. B. McKenzie et G. Tullock, *The new world of economics – explorations into the human experience Homewood*, 3e éd., 1981.

161. G. S. Becker, *Human capital*, National Bureau of Economic Research, 1964.

162. A. Leroux et A. Marciano, *La philosophie économique*, PUF, coll. Que-Sais-Je ?, 1998, p. 72 à 74.

163. A. Leroux et A. Marciano, *La philosophie économique, op. cit.*, p. 74 et 75.

164. P. Dubouchet, *Commons et Hayek, Défenseurs de la théorie normative du droit*, L'Harmattan, coll *Ouverture philosophique*, 2003, spéc. p. 194.

165. V. les ouvrages de référence en la matière qui brassent l'ensemble des branches du droit : R. Cooter e T Ulen, *Law and Economics, Pearson Higher education*, 4e éd., 2003 ; R. A. Posner, *Economic Analysis of Law* Aspen law and business, 5e éd., 1998.

166. E. Mackaay, *L'analyse économique du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 11.

167. Sur cet auteur, v. Th. Kirat, *Dictionnaire de la justice* (dir. L. Cadiet), PUF, 2004, *v°* Posner Richard A.

168. E. Mackaay, *L'analyse économique du droit, op. cit.*, p. 14.

169. G. Calabresi, *The Cost of Accidents*, Yale University Press, 1970.

170. G. Tullock, *The Logic of the Law*, Basic Books, 1971.

171. E. Mackaay, *op. cit., loc. cit.*

que de parler de *l'analyse économique du droit*, il est sans doute plus juste d'évoquer *les analyses économiques du droit* tant le courant générique est porteur de multiples ramifications[172].

Sans que le propos puisse prétendre à l'exhaustivité, il peut être retenu que l'[redacted] constitue le plus ancien et le plus important bastion du courant de l'analyse économique du droit[173]. Cependant, il connaît la concurrence des courants institutionnalistes que l'on qualifie usuellement d'« *anciens* » et de « *nouveaux* »[174].

Dans sa première dimension, *l'école institutionnaliste classique américaine* du début du XXe siècle a marqué son originalité à l'égard des catégories et des méthodes de l'économie néoclassique de l'époque, principalement axée sur l'[redacted] Alors que ce dernier courant considérait que pour rendre compte d'un phénomène économique ou social, il fallait reconstruire les motivations des individus concernés par le phénomène en question et appréhender ce phénomène comme la somme des comportements individuels dictés par ces motivations[175], l'*école institutionnaliste classique américaine* constituait d'un courant très hétéroclite même si un certain nombre de postures communes peuvent être repérées. Tout d'abord, une même préoccupation se caractérise à l'égard des processus de changement qui interviennent dans les systèmes économiques. Les règles qui gouvernent la vie des hommes dans la société sont au cœur des fluctuations de l'ordre social et l'économie politique devrait en tenir compte. Ainsi, le principal apport de cette école institutionnaliste classique a été de détacher l'économie politique de sa lecture purement matérielle des transactions humaines, même si la science juridique n'a pas véritablement profité des données acquises par ce courant intellectuel de la première partie du XXe siècle.

Sur ces bases classiques, une tradition a perduré jusqu'au XXIe siècle naissant, tout en subissant une profonde modernisation à mettre au crédit de *l'école institutionnaliste contemporaine* qui se caractérise par trois prémisses. Tout d'abord, l'économie n'a pas d'existence indépendante ou donnée. Ensuite, sa compréhension suppose une approche évolutionniste centrée sur la multiplicité et la complexité des processus de changement et d'ajustement, ainsi que sur le rôle qu'y joue l'action collective. Enfin, cette approche repose sur un réalisme philosophique qui devrait conduire à étudier les pratiques effectives des agents dans leurs transactions et à se centrer sur le droit tel qu'il est[176]. Ainsi, le comportement des agents n'est pas seulement influencé par des variables de l'analyse économique mais aussi par des variables culturelles, sociales et juridiques qui attribuent puissance et richesse à certains groupes sociaux donnés[177].

---

172. E. MACKAAY, *op. cit.*, p. 18.

173. E. W. KITCH, *Chicago School and Law and Economics, The New Palgrave Dictionnary of Economics and the Law*, t. 1, MacMillan, 1998, p. 227 et s. ; E. MACKAAY, « History of Law and Economics », *in Encyclopedia of Law and Economics* (dir. B. BOUCKAERT et G. DE GEEST), vol. I *General Works, History and Methodology*, Edward Elgar, 2000, p. 66 et s., spéc. p. 72 et s.

174. Th. KIRAT, *Économie du droit, op. cit.*, p. 11 et s.

175. A. SILEM et J.-M. ALBERTINI (dir.), *Lexique d'économie, op. cit.*, *v°* Individualisme méthodologique.

176. Th. KIRAT, *op. cit.*, p. 17 et 18.

177. V. W. J. SAMUELS et A. A. SCHMID, *Law and Economics : An Institutionnal Perspective*, Nijhoff, 1981 ; pour un propos résumé : A. OGUS et M. FAURE, *Économie du droit…*, *op. cit.*, p. 22.

L'apport du courant institutionnaliste classique américain est encore bien présent dans la pensée d'autres auteurs que l'on qualifie volontiers de *néo-institutionnalistes*. Le chef de file de ce courant de pensée, Oliver E. [redacted] revendique une démarche consistant à [redacted] les activités économiques [redacted] se réalisent les transactions[178]. Cet auteur s'inscrit donc dans la continuité de la pensée de Ronald Coase en recherchant si les organisations humaines sont véritablement choisies en fonction de leur aptitude à minimiser les coûts de transaction[179]. L'approche économique de ces coûts permet d'éclairer les performances des relations contractuelles à la lumière des propriétés du régime juridique auquel elles se rapportent, ce qui revient à saisir leur matrice institutionnelle. Cette voie a permis à [redacted] Masten d'entrer dans la boîte noire du régime juridique des relations économiques conduisant au transfert de la propriété ou à l'emploi de la force de travail[180].

En marge de ce courant institutionnaliste, un courant alternatif, issu de *l'école autrichienne*, peut être raccroché à l'analyse économique du droit. Le prix Nobel donné à [redacted] a incontestablement attiré l'attention sur ce courant qui met l'accent sur la subjectivité des valeurs et sur l'incertitude fondamentale inhérente à toute activité économique. Cette école développe une conc[redacted] Selon les auteurs issus de l'école autrichienne, c'est le concept d'[redacted] qui est à la source de toute évolution du système économique et non les équilibres incertains du marché. Hayek a prolongé ces idées économiques en élaborant une [redacted] Le système juridique [redacted] un droit de la liberté exclusif permettant aux agents économiques [redacted][182]

Cette présentation des grandes tendances de l'analyse économique du droit met l'accent sur le désordre régnant au sein de ce mouvement très éclaté. Ce manque de cohésion de la réflexion américaine explique sans doute la méfiance que suscite l'analyse économique du droit. Il est donc peu surprenant qu'elle ait connu une exportation difficile en Europe, et notamment en France.

13. Résistance française à l'analyse économique du droit : le débat sur la nature épistémologique du mouvement. L'analyse économique du droit a connu une réception très différenciée dans les pays d'Europe. Si les systèmes juridiques

178. V. not. O. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting*, The Free Press, 1985 ; du même auteur, *Economic Organization – Firms, Markets and Policy Control*, New York University Press, 1986.

179. V. E. Mackaay, *L'analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. 18.

180. S. Masten, « A legal basis for the firm », *The Journal of Law, Economics and Organization*, 1988, n° 4, p. 181 et s.

181. F. A. Hayek, *Droit législation et liberté*, PUF, coll. Libre échange, 1973.

182. M. Rizzo, « Rules versus Cost – Benefit Ananlysis in the Common Law », *Cato Journal* 1985, n° 3, p. 865 et s.

de tradition anglo-saxonne ont vite accepté le paradigme proposé par l'analyse économique du droit[183], les systèmes juridiques romano-germaniques ont connu des forces de résistance plus vives[184] dont le point paroxysmique est certainement atteint en France[185]. Aussi, faut-il souscrire à l'analyse du Doyen Jean Carbonnier qui résumait parfaitement le débat. Selon lui, pour que la théorie économique du droit acquière ses lettres de noblesse dans la réflexion juridique francophone, *« elle aura à vaincre les préjugés des juristes »*[186].

Selon Richard A. Posner, l'étroitesse des systèmes juridiques de tradition romano-germanique en matière d'analyse économique du droit s'explique par leur nature inefficace comparativement aux systèmes de common law[187]. Elle a entraîné une réflexion de fond sur les raisons de la supériorité économique de ce dernier par rapport aux systèmes de droit écrit[188]. La raison avancée par Richard A. Posner est loin d'emporter l'adhésion la plus totale. D'autres éléments expliquent l'absence de réflexion sur l'analyse économique du droit en France.

Tout d'abord, il faut rappeler que le discours doctrinal français est avant tout [redacted] loi[190]. En effet, les efforts doctrinaux de la première partie du XXe siècle pour accéder aux sources formelles, ou extra-juridiques, du droit ont abouti à un demi-échec avec le retour à une conception beaucoup plus dogmatique. Cette approche est moins encline à laisser les savoirs auxiliaires, comme l'économie, pénétrer le droit[191].

Ensuite, l'absence de réflexion économique sur les institutions juridiques s'explique par un argument philosophique. La philosophie française du droit est nettement plus axée sur une perception kantienne que benthamienne[192]. Autrement dit, entre *« l'utile »* et *« le juste »*, c'est le second de ces termes qui a le plus profondément marqué les esprits[193] au point que le Professeur M[redacted]y voyait dans l'utilitarisme *« un tronçon de réflexion juridique »*[194] ou *« le signe de l'effondrement de l'esprit »*[195]. Par conséquent, le discours utilitariste, fondé sur la recherche du bonheur

183. A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit, op. cit.*, spéc. p. 25.

184. A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit, op. cit., loc. cit.* ; E. Mackaay, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste », art. préc., spéc. p. 50.

185. Th. Kirat, *Économie du droit, op. cit.*, spéc. p. 50 à 52 ; v. aussi L. Montagné, « Law and Economics in France », *in Encyclopedia of Law and Economics* (dir. B. Bouckaert et G. De Geest), vol. I, General Works, History and Methodology, Edward Elgar, 2000, p. 150 et s., spéc. p. 152 ; E. Mackaay, « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste... », art. préc., spéc. p. 422 à 424.

186. J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27e éd. refondue, 2002, n° 35.

187. V. B. Deffains, « Common law ou "droit des codes" : quel système est le plus efficace ? », *Problèmes économiques*, 30 mars 2005, n° 2 872, p. 2 et s., spéc. p. 3.

188. Sur la concurrence des systèmes de common law et de droit écrit, v. B. Deffains, « Common law ou "droit des codes" : quel système est le plus efficace ? », art. préc., spéc. p. 3.

189. H. Muir Watt, « "Law and Economics" : quel apport pour le droit international privé », *in Le contrat au début du XXI siècle – Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 685 et s., spéc. p. 685 ; Th. Kirat, *Économie du droit, op. cit.*, p. 3.

190. Ph. Jestaz, « Jurisprudence et économie », *in L'analyse économique dans les pays de droit civil* (dir. B. Deffains), Cujas, 2002, p. 73 et s., spéc. p. 82.

191. V. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine, op. cit.*, p. 147 à 157.

192. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats..., op. cit.*, spéc. n° 59.

193. M. Villey, « Critique de l'utilitarisme juridique », *RRJ* 1981-2, p. 167 et s., spéc. p. 170.

194. M. Villey, *Réflexions sur la philosophie et le droit – Les carnets*, PUF, 1995, p. 349.

195. M. Villey, *Réflexions sur la philosophie et le droit..., op. cit.*, p. 159.

du plus grand nombre[196], et indirectement sur l'analyse du droit au travers de sa rationalité économique, t[redacted] étrangère à la philosophie juridique française[197]. Elle suscite donc un *a priori* négatif aux yeux de la doctrine française.

Enfin, le débat relatif à l'analyse économique du droit en France est, depuis ses origines, biaisé. En effet, l'analyse économique du droit a été accueillie comme un courant de philosophie juridique porteur d'une conception libérale, voir [redacted][198]. Ainsi, Messieurs Benoît Frydman et Guy Haarscher voient dans l'analyse économique du droit un courant philosophique capable de menacer l'humanisme juridique, de poursuivre allègrement le saccage de notre planète ou de fermer les yeux sur l'exploitation des enfants[199]… Le débat est assurément posé en des termes erronés.

L'analyse économique du droit doit rester incolore d'un point de vue politique ou idéologique. Elle n'est que l'outil de référence offert à l'économiste, qualifié par Monsieur le Professeur Bruno Deffains [redacted] *iété »*[200]. Elle doit donc exclusivement être entendue dans une dimension méthodologique[201]. Ce sont les propos de Monsieur le Professeur Bruno Oppetit qui révèlent le plus fidèlement la nature de l'analyse économique du droit. Il estime qu'elle *« fournit au juriste une méthode destinée à repenser les fonctions des différentes institutions juridiques : elle s'attache à une vision dynamique du droit envisagée dans son historicité et son perfectionnement »*[202]. Elle n'est qu'un soutien aux décisions de nature politique[203] permettant aux institutions juridiques de se rapprocher du résultat qui leur est assigné[204].

Dans la mesure où elle est idéologiquement neutre, l'analyse économique du droit peut aussi bien servir des valeurs imprégnées d'utilité que d'équité[205]. Autrement dit, l'analyse économique du droit n'a aucunement vocation à orienter le système juridique vers un unique objectif de capitalisation des richesses[206] au mépris des autres valeurs de notre société. Le projet de l'analyse économique du droit n'est donc pas philosophique, mais bien plus exactement méthodologique.

Dans la lignée du débat sur la nature de l'analyse économique du droit, Monsieur le Professeur le Rafael Encinas De Munagorri s'interrogeait sur le point de savoir si ce mouvement pouvait être classé parmi les sources du droit[207]. Si l'on s'accorde avec

---

196. E. Picavet, *Dictionnaire de la justice* (dir. L. Cadiet), PUF, 2004, *v°* Utilitarisme.

197. H. Muir Watt, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », *in L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil* (dir. B. Deffains), Cujas, 2002, p. 37 et s., spéc. p. 39 à 42.

198. H. Muir Watt, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit… », art. préc., p. 39 ; E. Mackaay, « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », art. préc., spéc. p. 422 et 423.

199. B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2e éd., 2002, p. 56.

200. B. Deffains, *L'analyse économique de la responsabilité du producteur en cas d'accidents provoqués par son produit*, Thèse Dactyl., Nancy 2, Sciences économiques, 1991, p. 36.

201. E. Mackaay, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », *in L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil* (dir. B. Deffains), 2002, p. 11 et s., spéc. 12.

202. B. Oppetit, « Droit et économie », art. préc., spéc. p. 23.

203. E. Mackaay, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste », art. préc., spéc. p. 85.

204. V. Ph. Jestaz, « Qu'est-ce qu'un résultat en droit », *in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 293 et s., spéc. p. 294.

205. *Contra* : Ph. Malaurie et P. Morvan , *Introduction générale, op. cit.*, n° 28.

206. A. Supiot, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2005, p. 174.

207. R. Encinas de Munagorri,« L'analyse économique du droit est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2006, p. 505 et s.

Madame et Monsieur les Professeurs Pascale Deumier et Thierry Revet pour dire que la source de Droit est *« l'endroit d'où surgit le Droit »*[208], il devient nécessaire d'identifier un émetteur pôle permettant ce jaillissement. Ainsi, la loi permet à la coutume et aux usages d'accéder au rang de source du Droit lorsqu'elle y fait expressément référence comme cela peut être le cas à l'article 1135 du Code civil qui prévoit que *« les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »*. Le rôle de l'analyse économique du droit dans la production du droit est assurément plus diffus puisque aucun des pôles émetteurs reconnus par le Droit français n'érige les commandements de l'analyse économique au rang de règle de droit. En revanche, les grands pôles contribuant, directement ou indirectement, à la production du Droit, que sont le juge, le légiste et le docteur peuvent prendre en considération l'argument économique. Cette attraction vers l'analyse économique du droit a été très remarquée sous la présidence de Monsieur Guy Canivet à la Cour de cassation[209]. Compte tenu de son implication dans la diffusion de l'analyse économique du droit en France[210], Monsieur Guy Canivet a donné une véritable impulsion qui s'est concrétisée dans l'organisation de cycles de conférences entre universitaires et praticiens, économistes et juristes, sur des centres névralgiques de la relation entre le droit et l'économie tels que l'abus de biens sociaux[211], le contrat[212], la banque[213], la propriété intellectuelle[214] ou la responsabilité[215]. Selon Monsieur le Professeur Philippe Jacques, la sensibilité économique de la Cour de cassation se retrouverait encore en filigrane dans la jurisprudence puisque de nombreuses décisions importantes rendues au cours de ces dernières années sont directement en relation avec la logique économique[216]. Ainsi, la possibilité pour le promettant de se délier de sa promesse de contrat en ne versant que des dommages-intérêts sans être obligé de

---

208. P. Deumier et Th. Revet, *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), PUF, coll. Quadrige, 2003, *v°* Sources du droit (Problématique générale).

209. V. not. Ph. Jacques, « Départ de M. Canivet et installation de M. Lamanda à la présidence de la Cour de cassation : l'heure d'un bilan sans heur » (Cour de cassation, aud. sol., 30 mai 2007), *RTD civ.* 2007, p. 514 et s.

210. V. C. Bailly, *Les écrits de Guy Canivet sur l'analyse économique du droit*, Mémoire de Master de Droit privé, Nantes, 2006 (cité par R. Encinas de Munagorri, « L'analyse économique du droit est-elle une source du droit ? », art. préc., p. 506).

211. V. *« la confrontation »* entre un économiste et un juriste pénaliste à propos de l'incrimination de l'abus de biens sociaux : R. Blazy, « La pertinence économique de l'incrimination de l'abus de biens sociaux », *LPA* 2005, n° spécial du 19 mai 2005, p. 19 et s. ; F. Stasiak, « La réception et la cohérence des considérations économiques du l'abus de biens sociaux », *ibid.*, p. 36 et s.

212. À propos du contrat : E. Brousseau, « La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique », *ibid.*, p. 43 et s. ; Ch. Jamin, « Que répondre à Eric Brousseau (je n'ai presque rien à dire à un économiste) ? », *ibid.*, p. 54 et s.

213. À propos du secteur bancaire : J.-P. Betbèze, « La banque, le juge, les ruptures de crédite et le fonctionnement du marché», *ibid.*, p. 60 et s. ; M. Germain, « Interrogations juridiques », *ibid.*, p. 65 et s.

214. À propos de la propriété intellectuelle : J. Tirolle, « Quelle finalité pour les propriétés intellectuelles ? », *ibid.*, p. 67 et s. ; M. Vivant, « Économie et droit ou une interrogation sur les lois : le point de vue du juriste », *ibid.*, p. 75 et s.

215. À propos de la responsabilité : M. Nussemdaum, « L'appréciation du préjudice », *ibid.*, p. 78 et s. ; G. Viney, « L'appréciation du préjudice », *ibid.*, p. 89 et s.

216. V. les exemples empruntés au droit civil donnés par Ph. Jacques, *in* « Départ de M. Canivet et installation de M. Lamanda… », art. préc., spéc. p. 515 à 521.

respecter sa parole donnée[217] est analysée comme une manifestation du mécanisme de la violation efficiente du contrat, un contractant pouvant se désengager s'il trouve un autre partenaire économique susceptible de lui procurer un avantage supérieur tout en indemnisant le cocontractant abandonné[218].

Réceptionnée de manière très critique, l'analyse économique du droit est en passe d'ê[redacted]se. Après avoir recentré le débat sur la nature [redacted] philosophique, de l'analyse économique du droit, il est nécessaire de présenter le contenu de cette méthode, utile à l'enrichissement du droit économique[219], du droit civil de la responsabilité contractuelle[220] et délictuelle[221], ou encore du droit pénal[222]. L'approche du système juridique par le prisme de la rationalité économique correspond, selon une terminologie empruntée à Monsieur le [redacted] Fluet, à une triple démarche normative, prédictive et explicative[223].

14. Contenu méthodologique de l'analyse économique du droit : analyse normative. Dans sa dimension normative, l'analyse économique du droit recherche les règles de droit les plus fidèles à la logique économique[224]. Cet aspect de l'analyse économique du droit est controversé[225] car il tend à admettre que le but du droit est de faire triompher l'utilitarisme économique en tant que valeur suprême du système juridique[226] au détriment des symboles de la justice distributive[227].

Dès lors, la conception normative de l'analyse économique du droit permettra très souvent au système juridique d'accéder au bien-être collectif, objectif de nature utilitariste. Ainsi, il peut être souscrit à la proposition selon laquelle la dimension normative de l'analyse économique du droit serait le pendant libéral[228] de la critique marxiste du droit[229]. Comme cette dernière, elle propose une relecture du système juridique d'une couleur idéologique parfaitement identifiable[230]. Aussi, il est dès à présent nécessaire de marquer une indépendance par rapport au mouvement américain *Law and Economics* qui s'appuie sur les outils économiques dans le but de faire

217. Cass. civ. 3e, 15 déc. 1993, *RTD civ.* 1994, p. 588 et s., obs. J. Mestre.

218. Rappr. : Ph. Jacques, « Le départ de M. Canivet et l'installation de M. Lamanda », art. préc., p. 515 et 516.

219. V. not. : *Responsabilité et régulations économiques* (dir. M.-A. Frison-Roche), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007.

220. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats…, op. cit.*

221. G. Maître, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, coll. Droit et économie (préf. H. Muir-Watt), 2005.

222. J.-P. Jean, *De l'efficacité en droit pénal, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire – Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 135 et s. ; J.-P. Jean, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *AJ pénal* 2006, p. 473 et s.

223. V. C. Fluet, « L'analyse économique du droit », art. préc., spéc. p. 60 et 61.

224. A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit, op. cit.*, spéc. p. 37.

225. B. Lemennicier, *Économie du droit*, Cujas, coll. Théories économiques, 1991, p. 23.

226. B. Lemennicier, *Économie du droit, op. cit.*, p. 24.

227. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale, op. cit.*, n° 28.

228. R. Sève, « L'avenir libéral du droit », *in L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-JurisClasseur, 1999, p. 53 et s., spéc. p. 58 et 59.

229. En ce sens, A. Supiot, *Homo juridicus, op. cit.*, p. 145.

230. Rappr. : M. Miaille, « La critique du droit », *Droit et société 1992*, n° 20-21, p. 75 et s., spéc. p. 77.

prospérer des idées très souvent libérales[231]. Ce courant de pensée outre-Atlantique livre une vision fourvoyée de l'analyse économique du droit. En effet, il faut garder à l'esprit que la théorie économique n'est pas une théorie des fins, mais une théorie des moyens[232] qui ne doit s'approprier, et ne véhiculer, aucune valeur.

Le débat sur la finalité utilitariste ou distributive du système juridique est une question éminemment idéologique qui dépasse l'analyse économique du droit[233]. La dimension normative de l'analyse économique du droit est utile, mais elle doit être maniée avec une extrême vigilance[234]. Si son admission sans réserve doit être rejetée[235], il est important, dans le domaine économique, de vérifier si les grands mécanismes du droit pénal sont bien en adéquation avec les enseignements des sciences économiques[236]. La maximisation des richesses est donc un objectif avouable de la répression dans le domaine de l'économie[237], car la règle de droit ne doit pas être un frein à l'activité économique.

L'objectif de cette étude n'est en aucun cas de faire triompher une vision politique ou idéologique du droit mais de vérifier en quoi les outils de la science économique peuvent intéresser la construction du système juridique. L'analyse économique du droit doit donc être perçue comme une précieuse science auxiliaire du droit[238], dont l'essence méthodologique et incolore se rencontre dans ses versants prédictif et explicatif.

15. Contenu méthodologique de l'analyse économique du droit : analyse prédictive. Dans son acception prédictive, l'analyse économique du droit se donne pour objectif d'anticiper les effets d'une règle[239]. Cette démarche ne peut être admise qu'après avoir validé une approche dynamique du droit, constituée d'interactions humaines[240], et avoir retenu une fiction[241] de l'individualisme méthodologique. Il s'agit de l'individu rationnel cherchant à maximiser sa satisfaction ou, pour être fidèle au paradigme microéconomique, de l'*homo oeconomicus*[242]. Chaque individu recherche la situation qui lui est la plus profitable en fonction

231. Pour les différentes branches de ce mouvement, v. E. Mackaay, « Tableaux synoptiques », *RRJ* 1987-2, p. 635 et s. ; E. Mackaay, « La règle juridique observée par le prisme de l'économie », art. préc., spéc. p. 47 et s.

232. B. Deffains, *L'analyse économique de la responsabilité du producteur…*, thèse préc., spéc. p. 33.

233. En ce sens, B. Deffains et S. Ferey, « Théorie du droit et analyse économique », *Droits* 2007, p. 223 et s. spéc. p. 224 et 225.

234. En ce sens, F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 7e éd., 2006, n° 43, p. 42.

235. B. Oppetit, « Droit et économie… », art. préc., spéc. p. 25.

236. Rappr. J. Brethe de la Gressaye, « Droit et économie… », art. préc., spéc. p. 97.

237. G. Levasseur, « Le droit pénal français de 1807 à 1967 », *in Commémoration du centenaire du code pénal belge*, Presses de l'université de Liège, coll. Congrès et colloques de l'Université de Liège, 1967, p. 59 et s., spéc. p. 63.

238. Groupe français de l'Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question – à propos des rapports doing business*, vol. I, 2006, n° 112 et s.

239. B. Deffains, *L'analyse économique de la responsabilité du producteur…*, *op. cit.*, spéc. p. 22 et 23.

240. Th. Kirat et E. Serverin, « Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action », art. préc., spéc. p. 8 à 10.

241. J. Stuart Mill, *Système de logique inductive et déductive*, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, Alcan, 1896 (trad. L. Peisse), p. 11.

242. V. P. Monateri, « La nature des anges et des hommes économiques », *in Mélanges Christian Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 123 et s., spéc. p. 128 et 129.

des contraintes qui lui sont imposées[243]. Si un individu cherche à optimiser sa situation, alors il devient possible d'en anticiper l'action. Dès lors, la dimension prédictive de l'analyse économique du droit voit son utilité se dessiner. Si elle est capable de prédire le comportement des individus face à la règle de droit, elle peut également expliquer, du moins en partie, le phénomène d'incidence des règles de droit[244]. L'analyse économique du droit permettrait d'anticiper les *effets indirects*[245], c'est-à-dire non prévus, d'une règle de droit et ses *effets pervers*[246], c'est-à-dire contraires à son objectif, qui sont au cœur des perturbations des équilibres sociaux[247].

Cette aptitude de l'analyse économique du droit recèle un intérêt majeur à une époque où l'évaluation de la législation est devenue un enjeu majeur. En effet, la loi n° 69-516 du 14 juin 1996 a créé un office parlementaire d'évaluation de la législation[248] chargé *« de rassembler des informations et de procéder à des études pour évaluer l'adéquation de la législation aux situations qu'elle régit »*. Même si ce texte inverse maladroitement, voire dangereusement, les rapports entre le droit et le fait en affirmant que la législation doit être soumise aux caprices des faits alors qu'il est évident que ce sont les sujets de droit qui doivent se conformer au droit[249], il procède d'une démarche dont l'esprit est louable en ce qu'il incruste le droit dans la réalité afin de prévenir ses effets non désirés.

Selon Monsieur le Professeur Philippe Malaurie, le caractère progressif et clandestin des effets de la règle droit les rend difficilement décelables au moment de sa création[250]. Pour y remédier, le législateur peut être tenté de mettre *« la loi à l'essai »*[251] en la promulguant pour une période donnée afin d'en apprécier les effets sur cette période. Cette méthode n'est guère satisfaisante, car elle ne concerne que certaines sources du droit de valeur législative ou réglementaire. De plus, elle ne permet que de jeter un regard *a posteriori* sur les effets de la règle de droit[252]. L'analyse écono- [redacted] *a priori* sur les effets de la [redacted] plus satisfaisant[253]. Dès lors, il est possible de prédire le comportement des agents face à la règle de droit[254] mais également, puisque cette dernière crée des contraintes pour les individus[255], de les inciter à adopter la conduite

243. E. Mackaay, *L'analyse économique du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 36 et s.

244. J. Carbonnier, *Flexible droit – pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10e éd., 2001, p. 149 et s.

245. B. Deffains, *L'analyse économique de la responsabilité du producteur…*, thèse préc., spéc. p. 22.

246. J. Carbonnier, *Flexible droit – pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10e éd., 2001, p. 149 et s., spéc. p. 150.

247. R. Boudon, *Effets pervers et ordre social*, PUF, 2e éd., 1979, spéc. p. 5.

248. L. n° 96-516, 16 juin 1996, Loi tendant à créer un office parlementaire d'évalution de la législation, *JO* 1996, p. 8911, art unique.

249. En ce sens, N. Molfessis, « L'application de la loi du 14 juin 1996 créant un Office parlementaire d'évaluation de la législation », *RTD civ.* 1997, p. 783 et s.

250. Ph. Malaurie, « L'effet pervers des lois », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique – Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 309 et s., spéc. n° 3.

251. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, rééd. 1986, p. 302 et s.

252. Ph. Malaurie, « L'effet pervers des lois », art. préc., spéc. n° 13.

253. B. Deffains, « Le défi de l'analyse économique du droit... », art. préc., spéc. p. 6.

254. C. Fluet, « L'analyse économique du droit », art. préc., spéc. p. 60.

255. A. Jeammaud, « Les règles juridiques et l'action », *D.* 1993, chron., p. 207 et s., spéc. p. 208.

escomptée[256] par l'autorité *jurislative*[257]. Ainsi, en admettant le postulat selon lequel les individus sont rationnels, on ne peut qu'en déduire qu'ils vont être sensibles aux contraintes et aux coûts que leur impose le système juridique et qu'ils adopteront le comportement souhaité par l'autorité *jurislative*[258].

16. Contenu méthodologique de l'analyse économique du droit : analyse explicative. Les économistes attribuent un pouvoir explicatif indéniable aux sciences économiques[259]. Cette dernière perspective fait apparaître des similitudes entre les regards croisés que portent l'historien et l'économiste sur le droit[260]. L'un comme l'autre cherchent à expliquer la raison d'être des institutions et des différents mécanismes juridiques. La théorie économique aurait donc une fonction justificatrice des institutions juridiques[261]. Comme l'exprime Monsieur le Professeur Christian Atias, *« l'analyse économique du droit invite à redécouvrir et à préciser les justifications consacrées, à enrichir l'ancestrale tradition juridique de données récentes, à éprouver ses certitudes les mieux assises »*[262]. Cela implique que le système juridique recèle en lui une logique économique sous-jacente.

Il serait ainsi possible de retrouver dans les institutions juridiques la traduction de certaines des lois économiques[263]. Une telle démarche ne peut qu'enrichir la réflexion sur le système juridique en général et sur le droit pénal économique en particulier. En effet, les grands principes du droit criminel, tant substantiels que formels, connaissent des dérogations qui sont très fréquentes au contact de la sphère économique[264]. La dimension explicative de l'analyse économique trouve alors tout son intérêt car elle se propose de dépasser la description du caractère dérogatoire du droit pénal économique pour en découvrir les fondements.

17. Distinction théorique de l'efficience, de l'efficacité et de l'effectivité de la règle de droit. La présentation des trois démarches de l'analyse économique du droit démontre que le recours aux outils des sciences économiques est novateur et fertile[265]. Il permet une réflexion originale sur le système juridique et contribue à l'ébauche d'une théorie économique du droit, encore imparfaitement développée[266],

---

256. E. Mackaay, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », art. préc., spéc. p. 27 ; v. encore, B. Oppetit, « Droit et économie », art. préc., spéc. p. 24.

257. L'expression est empruntée à P. Amselek, *in Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit, in Le doute et le droit* (dir. F. Terré), Dalloz, coll. Philosophie et Théorie générale du droit, 1994, p. 57 et s., spéc. p. 61.

258. B. Deffains, *L'analyse économique de la responsabilité du producteur…*, thèse préc., spéc. p. 22.

259. B. Deffains, *L'analyse économique de la responsabilité du producteur…*, thèse préc., spéc. 19.

260. E. Mackaay, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », art. préc., spéc. p. 13.

261. G. Farjat, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », art. préc., p. 31.

262. Ch. Atias, « La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face », *RRJ* 1987-2, p. 477 et s., spéc. p. 490.

263. V. la critique de Monsieur le Professeur Alain Supiot, in A. Supiot, *Homo juridicus, op. cit.*, p. 145.

264. V. M. Henry, *Essai sur le particularisme de l'infraction économique*, Thèse Montpellier I, 1976.

265. F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 6e éd., 2003, n° 362.

266. V. toutefois en droit des obligations, R. Savatier, *Théorie des obligations – vision juridique et économique, op. cit.* ; G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, 2e éd. refondue, 1982 ; en *Théorie générale du droit*, G. Farjat, *Pour un droit économique, op. cit.*

notamment en droit criminel[267]. Il n'est donc nullement surprenant que le paradigme juridique ne consacre aucun terme susceptible de qualifier une règle de droit qui est en osmose avec les préceptes prédictif, normatif et explicatif de l'analyse économique.

Au cours des développements suivants, une solution consacrée par le droit sera qualifiée d'efficiente lorsque les institutions juridiques atteignent leur but tout en minimisant leur coût social[268], c'est-à-dire qu'elles sont en adéquation avec les sciences économiques. Cette approche juridique de l'efficience[269] marque une certaine liberté avec la teneur de ce concept qui est au cœur des sciences économiques[270].

Dans la littérature économique, l'efficience permet de mesurer le bien-être lié à une mutation sociale donnée[271]. Si ce changement améliore la situation, alors il faut le considérer comme efficient. Or le critère de l'efficience économique connaît une critique majeure en ce sens qu'il ne fait l'objet d'aucun consensus chez les économistes[272].

Ainsi, distingue-t-on l'efficience de Pareto de celle de Kaldor-Hicks[273]. Le critère dégagé par Pareto est celui selon lequel l'efficience n'est caractérisée que si l'amélioration du sort d'un agent n'a pas pour conséquence une dégradation de celui d'un autre. L'efficience économique n'apparaît que dans le cas où chaque agent participant à l'échange en ressort enrichi[274]. Toutefois, ce critère est particulièrement strict et peut, par exemple, conduire à bloquer une prise de décision de très grande envergure au seul motif que l'un des innombrables agents économiques subit une perte alors que le projet est susceptible de procurer des gains immenses pour tous les autres individus impliqués dans la transaction. D'autres économistes ont donc proposé un autre critère pour retenir l'efficience d'une situation. Pour Kaldor-Hicks, une situation est efficiente sur le plan économique dès lors que les gains obtenus par certains agents sont suffisamment importants pour absorber les pertes subies par d'autres du fait du changement social. Il en résulte que le critère proposé par Kaldor-Hicks est bien plus souple que celui de Pareto. Une gamme plus large de projets peut être menée à terme, car ces derniers sont validés par le raisonnement économique au motif qu'ils satisfont l'intérêt du plus grand nombre des individus constituant un groupe social donné.

Cette quête du bien être social nécessite corrélativement de limiter le coût social des institutions humaines et juridiques[275]. Si cette affirmation n'appelle aucune

---

267. V. néanmoins, J.-P. Jean, *De l'efficacité en droit pénal, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire – Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 135 et s. ; J.-P. Jean, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *AJ pénal* 2006, p. 473 et s.

268. J. Généreux, *Les vrais lois de l'économie*, Le Seuil, 2001, p. 106.

269. Pour une analyse de l'efficience en droit civil, v. Ph. Reigné, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, Thèse dactyl., Paris II, 1993. Cet auteur soutient qu'est cause efficiente du contrat tout évènement à la survenance duquel l'effet contractuel considéré est impérativement et spécialement subordonné.

270. Ph. Simmonot, *Économie du droit*, t. I, Les Belles Lettres, 2003, p. 177 et s.

271. Pour des exemples, v. Ph. Simmonot, *Économie du droit*, t. 1, *op. cit.*, spéc. p. 177 à 185.

272. A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit…*, *op. cit.*, p. 37.

273. V. J.-P. Centi, « Quel critère d'efficience pour l'analyse économique du droit ? », *RRJ* 1987-2, p. 455 et s., spéc. p. 461 et s.

274. Pour un exemple, v. A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit…*, *op. cit.*, p. 38.

275. A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit…*, *op. cit.*, p. 37.

critique majeure, l'évaluation du coût social demeure très mystérieuse pour les juristes, légitimement hostiles à la modélisation mathématique de leur matière[276]. Certains auteurs, comme Guido Calabresi, ont avancé une interprétation large du concept des coûts sociaux qui invite à des analyses économiques sur des questions juridiques très variées.

Dans son étude du droit de la responsabilité civile[277], Guido Calabresi argumente que la société à intérêt à rechercher les moyens les plus avantageux pour minimiser trois catégories de coûts : les coûts primaires, les coûts secondaires et les coûts tertiaires[278]. La première composante du coût social correspond aux charges financières imposées à la société à titre préventif pour éviter la violation de la règle de droit[279]. La seconde composante du coût social englobe l'indemnisation des préjudices lorsque des accidents se réalisent en dépit des efforts de prévention consentis[280]. Enfin, le dernier élément du coût social, tel que défini par Guido Calabresi, se rapporte aux charges financières liées à l'administration du système juridique, ce qui revient à aborder substantiellement le coût de la procédure juridictionnelle[281]. C'est ce triptyque du coût social, révélateur du gaspillage des ressources limitées de la société, que le droit doit minimiser en sollicitant les outils de l'analyse économique du droit. L'efficience, telle qu'elle a été ainsi dégagée, est autonome des autres concepts parfois utilisés par la doctrine juridique que sont l'effectivité et l'efficacité de la règle de droit[282].

Ainsi, l'efficience ne se confond pas avec l'effectivité de la règle de droit qui correspond à la problématique de son application dans la société[283]. La question de l'effectivité renvoie à l'aptitude d'une règle juridique à être appliquée. Selon Monsieur Pierre Lascoumes, « *celle-ci peut être définie comme le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »[284]. De façon plus large, l'effectivité désigne tout effet de toute nature que peut produire une règle de droit[285] comme le suggère Monsieur Jacques Commaille. Quelle que soit la définition retenue, il faut en retenir que ce terme suggère une comparaison entre un modèle normatif de conduite et les conduites réelles de ses destinataires[286]. Dès lors, l'effectivité doit être comprise comme une approche critique du droit dogmatique[287], permettant

276. J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction, op. cit.*, n° 35.
277. G. Calabresi, *The cost of accident, A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970.
278. Rappr. : B. Deffains, « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », *LPA* 2005, n° spécial *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, p. 6 et s., spéc. p. 7 et 8.
279. Rappr. : A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit…, op. cit.*, p. 68.
280. *Ibidem.*
281. *Ibidem.*
282. V. M.-A. Frison-Roche, « L'efficacité des décisions en Droit de la concurrence : notions, critères, typologies », *LPA* 2000, n° 259, p. 4 et s., spéc. n° 6 à 8.
283. J. Carbonnier, *Flexible droit, op. cit.*, p. 136 et s., spéc. p. 136.
284. P. Lascoumes, *v°* Effectivité, *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, coll. Droit et société, 2e éd., 1993.
285. J. Commaille, *v°* Effectivité, *in Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), PUF, coll. Quadrige, 2004.
286. *Ibidem.*
287. Rappr. : J. Carbonnier, *Flexible droit, op. cit.*, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », p. 136 et s., spéc. p. 136.

de mesurer la conformité ou les écarts éventuels des comportements humains au regard de la règle de droit. Dans cette perspective, l'analyse de l'effectivité de la règle de droit doit être effectuée dans une démarche plus vaste qui correspond largement à la sociologie juridique. Néanmoins, cette méthode comporte un écueil évident puisque, selon le Doyen Jean Carbonnier, *« l'accord de l'opinion publique confère aux lois leur meilleure chance d'effectivité »*[288]. Une quête éperdue vers le consensus social, seule susceptible de restaurer la légitimité du Droit, est le risque encouru par tout système juridique obsédé par l'*aval* de la règle juridique et par sa réception dans la société[289]. La problématique de l'efficience de la règle juridique est sensiblement différente puisqu'elle ne s'attache que partiellement à la *réception* de la règle de droit dans la société. En effet, *la destinée* de la règle de droit n'intéresse l'analyse économique du droit que dans sa dimension prédictive[290]. Au contraire, les dimensions normative[291] et explicative[292] de l'analyse économique du droit s'attachent à *la genèse* de la règle de droit en recherchant son fondement ou sa pertinence économique.

De son côté, l'efficacité de la règle de droit n'a pas encore obtenu, à de nombreux égards, ses lettres de noblesse dans le paradigme juridique. La preuve la plus éclatante est sans doute l'absence de définition de l'*« efficacité »* dans le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant[293]. Pourtant, cette idée pénètre lentement la pensée juridique[294] et à la suite de Monsieur le Professeur Philippe Conte, il peut être retenu que l'*« efficacité de la règle de droit »* correspond à sa propension à atteindre l'effet souhaité par l'autorité chargée de la création du droit[295]. Dans une moindre mesure, l'efficacité de la règle de droit est caractérisée si cette dernière produit un effet, comme le souligne Monsieur Guy Rocher, *« qui se situe dans la direction souhaitée par l'auteur et non en contradiction avec elle »*[296]. L'idée même de mesurer l'efficacité des règles juridiques constitue un progrès essentiel pour le droit car elle permet, selon Madame le Professeur Marie-Anne Frison-Roche, de remettre les phénomènes juridiques dans la relation de cause à effet et elle oblige par sa seule menée les détenteurs du pouvoir juridique à rendre compte de l'usage qu'ils en font[297]. Cette affirmation ne doit pas être comprise comme réductrice car le droit est aussi, voire avant, autre chose[298]. À la suite de Monsieur François Rangeon, il peut être soutenu que le fait *« que le droit lui-même abandonne ses propres valeurs et se réduise à un simple instrument de recherche d'efficacité serait une démission, et en tout*

288. J. Carbonnier, *Sociologie juridique, op. cit.*, p. 298.
289. J. Commaille, art. préc., p. 584.
290. V. *supra*, n° 15.
291. V. *supra*, n° 14.
292. V. *supra*, n° 16.
293. G. Cornu, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, op. cit.*
294. V. l'ouvrage, *Mesurer l'efficacité économique du droit* (dir. G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein), LGDJ, coll. Droit et économie, 2005.
295. Ph. Conte, « "Effectivité", "inefficacité", "sous-effectivité", "surefficacité"... : variations pour droit pénal », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 125 et s., spéc. n° 7.
296. G. Rocher, « L'effectivité du droit », *in Théories et émergences du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité* (dir. A. Lajoie, A. Macdonald et R. Janda), Thémis, Montréal et Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 133 et s.
297. M.-A. Frison-Roche, « L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit », art. préc., p. 20 et 21.
298. *Ibidem.*

cas un recul de l'État de droit. Réduire le droit à une technique utilitaire de gestion des rapports sociaux visant la seule efficacité serait en faire un outil aux mains de n'importe quel pouvoir. Assimiler la démarche juridique à une démarche technologique cherchant à améliorer l'outil juridique, à le rendre plus performant, ce serait transformer le juriste en ingénieur social et oublier que le droit est aussi et peut-être avant tout un système de valeurs »[299]. Si le droit ne doit pas être limité à son efficacité, il n'en demeure pas moins que la recherche de celle-ci doit être une préoccupation des pouvoirs publics. Mais ici encore, les notions d'« *efficacité* » et d'« *efficience* » ne se superposent nullement. Si la première se réduit à la problématique de l'obtention d'un objectif assigné à la règle de droit, la dimension normative de l'analyse économique du droit[300] peut dépasser cette fonction en sélectionnant les objectifs que doit rechercher le système juridique et les institutions juridiques susceptibles d'atteindre ce but.

Ainsi, il est possible d'établir une distinction entre l'effectivité de la règle de droit et son efficacité. Une étude menée par Monsieur Jean-François Perrin, en matière de port obligatoire de la ceinture de sécurité dans les accidents de la circulation éclaire le débat[301]. En la matière, la loi est effective si l'on observe que les automobilistes et leurs passagers respectent spontanément l'obligation juridique consistant à attacher la ceinture durant les trajets. Toutefois, elle n'est efficace que si l'on observe une baisse des accidents de la circulation et de leurs conséquences dommageables, en raison du port de la ceinture de sécurité.

Dès lors, l'effectivité et l'efficacité ne se confondent pas[302], pas plus qu'elles ne se confondent avec l'efficience, même si certaines interférences peuvent être constatées. Ainsi, l'efficience économique peut apporter des éclaircissements non négligeables sur le phénomène d'effectivité de la règle de droit pénal. En effet, si de fréquentes condamnations sont prononcées sur le fondement d'un texte de droit pénal, c'est vraisemblablement parce que le système juridique a su créer des mécanismes efficients qui ont permis de détecter les faits illicites, d'en appréhender leurs auteurs et de les condamner devant une juridiction répressive. Cependant, l'effectivité de la règle de droit pénal coïncide également avec l'inefficience de la sanction puisque si les agents violent la loi pénale, c'est parce que les individus ne sont pas enclins à respecter la loi. De même, l'ineffectivité d'une règle de droit, qui se concrétise par de rares applications par les institutions pénales, peut prêter à un double regard économique. D'une part, il est possible que la règle de droit criminel soit spontanément respectée par les individus. Dans ce cas, l'économiste dira que la règle de droit est efficiente parce qu'elle a su créer les bonnes incitations afin que les individus respectent la volonté de l'autorité jurislative. D'autre part, l'ineffectivité de la règle de droit peut encore s'expliquer par une très faible détection des faits délictueux et, par voie de conséquence, aboutir à de rares condamnations sur le fondement de cette règle droit. Dans ce second cas, l'économiste conclura à l'inefficience des règles de droit qu'il expliquera par les faiblesses des institutions répressives.

---

299. F. Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit », *in Les usages sociaux du droit* (dir. D. Lochak), PUF, 1989, p. 131.

300. V. *supra*, n° 14.

301. J.-F. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, 1979.

302. Ph. Conte, « "Effectivité", "inefficacité"... », art. préc. n° 9.

De même, l'efficience économique peut renouveler le débat sur l'efficacité de la règle de droit criminel car ces deux notions ne se confondent pas. Ainsi, la multiplication des textes répressifs est souvent présentée comme un facteur d'efficacité du droit criminel car elle tend, pour les pouvoirs publics, à restaurer l'ordre public[303]. Pourtant, la prolifération des textes répressifs conduit à une dilution de la prévisibilité des lois. Par conséquent, plus le travail législatif est intense et fluctuant, moins les individus intègreront l'interdit dans leur comportement, ce qui est facteur d'inefficience. Il est donc très évocateur qu'une règle considérée comme efficace par l'autorité chargée de la création de la règle juridique soit parfaitement inefficiente selon l'analyse économique du droit.

Enfin, certaines hypothèses d'inefficacité des institutions juridiques révèlent pourtant leur efficience. Ainsi, l'existence d'un taux de délinquance structurel et incompressible dans la société traduit l'inefficacité du droit pénal qui n'a pas réussi à imposer l'ordre dans le corps social à une partie de la population. Pourtant, l'analyse économique du droit conduit à affirmer que l'inefficacité de la réponse pénale étatique peut être validée par les outils des sciences économiques. Ainsi, Karl Marx voyait dans la délinquance une forme de régulation du marché de l'emploi qui absorbe le trop plein de main d'œuvre. Il y aurait donc une résonance économique positive du fléau social qu'est la délinquance[304]. Au vu de cet exemple, que l'efficience ne se confond nullement avec l'efficacité. Il en découle que l'efficience se dégage de la problématique de l'efficacité et de l'effectivité du droit. Par conséquent, l'analyse économique du droit acquiert ses lettres de noblesse au sein des sciences collatérales au droit car elle peut diffuser un message novateur et original permettant d'appréhender avec un regard nouveaux les diverses institutions juridiques.

Après avoir explicité la méthodologie retenue dans le cadre de cette étude, il reste à entrer plus précisément dans la problématique de l'analyse économique du droit pénal en empruntant le chemin du modèle économique de la dissuasion.

18. Exposé théorique de l'efficience du droit pénal : approche macroéconomique et approche microéconomique. La réflexion économique sur le droit criminel prend toute sa légitimité lorsque l'on envisage le gaspillage des ressources étatiques généré par la délinquance. Il ne peut être valablement contesté que le phénomène criminel impose une charge financière à la société qui mérite d'être analysée à la lumière du concept de coût social élaboré par Guido Calabresi[305], celui-ci pouvant être scindé en coûts primaires de prévention, en coûts secondaires d'indemnisation des victimes et en coûts tertiaires d'administration. Tout d'abord, la lutte contre la délinquance conduit l'État à mettre en place de nombreux services afin de prévenir le phénomène criminel. Ainsi, le budget consacré à la police nationale s'établit à 8,61 milliards d'euros pour l'année 2006[306]. Ensuite, l'Institut National des Hautes Études de Sécurité estime que la réparation des dommages causés par

303. V. Ph. Conte, « "Effectivité", "inefficacité"… », art. préc., *loc cit.*

304. Rappr. : E. Serverin, « Propos sur l'utilité : Les valeurs du crime chez Marx et Durkheim », *Arch. phil. droit*, t. 26 *L'utile et le juste*, 1981, p. 183 et s., spéc. p. 189 et 190.

305. V. *supra*, n° 17.

306. V. : http://www.minefi.gouv.fr/lolf/downloads/501_p_s_police_nationale.pdf.

les infractions pénales s'élève, en France, à 20 milliards d'euros chaque année, dont 10 milliards ne concernent que la délinquance économique et financière[307]. Enfin, le fonctionnement de l'appareil juridictionnel répressif constitue une ligne de dépense non négligeable pour l'État puisque le budget de l'administration pénitentiaire s'élève à 2,83 milliards d'euros pour l'année 2008 et celui du fonctionnement des juridictions civile et pénale s'établit à 6,51 milliards d'euros pour cette même année[308]. Ces quelques données chiffrées sont très représentatives du coût imposé à la communauté. Il appartient donc à la politique criminelle de produire des règles de droit susceptibles de limiter au maximum cette importante charge financière mise au débit de la société.

À l'orée du troisième millénaire, cette volonté de mesurer et de contrôler les coûts générés par le système pénal est bien perceptible dans l'ordre politique interne, notamment dans la Loi organique relative aux lois de finances (LOLF) du 1er août 2001[309] qui a instauré un contrôle de performance de l'action publique financière ainsi qu'une garantie de sincérité des comptes tenus[310]. Cette loi conduit à une rationalisation du coût du système pénal puisque l'une des trente-quatre « *missions* » de la LOLF concerne la justice, celle-ci étant subdivisée en cinq « *programmes* » relatifs à la justice judiciaire[311], à l'administration pénitentiaire[312], à la protection judiciaire de la jeunesse[313], à l'accès au droit et à la justice[314], et enfin à la conduite et au pilotage de politique de la justice et des organismes rattachés[315]. Dans une ultime ramification, le programme Justice judiciaire est ensuite divisé en « *actions* » qui sont au nombre de sept parmi lesquelles « *la conduite de la politique pénale et le jugement des affaires pénales* » constitue la ligne budgétaire la plus importante, devant « *le traitement et jugement des contentieux civils* », « *la cassation* », « *le Conseil supérieur de la magistrature* », « *l'enregistrement des décisions judiciaires* », « *le soutien* » et « *la formation des magistrats* »[316]. Ainsi, la logique de performance commandée par la LOLF est susceptible de suivre et d'évaluer l'activité des acteurs de la politique pénale[317].

Cette volonté politique de mesurer et de contrôler le « *coût du droit* » a parfois attiré l'attention de la doctrine juridique française. Le Doyen Carbonnier estimait que le « *coût du droit* » constituait un enjeu essentiel de l'analyse économique pour la communauté juridique[318]. Dès lors, la littérature de l'analyse économique du droit pénal nécessite une attention particulière puisque la problématique du « *coût du droit pénal* » est souvent envisagée sous les traits de l'analyse économique du crime[319]

307. J.-Ph. Arlaud, *Délinquance et insécurité : combien cela vous coûte ?*, Publibook, 2007.
308. Le budget de la justice 2008, Service central de l'information et de la communication, 2007, p. 5.
309. L. Tallineau, « La loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finance », *RFDA* 2001, p. 1201 et s.
310. M. Lascombe et X. Vandendriessche, Rép. Cont. Adm., *v°* Cours des comptes, janv. 2006, n° 7.
311. Programme 166 (disponible sur http://www.minefe.gouv.fr).
312. Programme 107 (disponible sur http://www.minefe.gouv.fr).
313. Programme 182 (disponible sur http://www.minefe.gouv.fr).
314. Programme 101 (disponible sur http://www.minefe.gouv.fr).
315. Programme 213 (disponible sur http://www.minefe.gouv.fr).
316. http://www.minefi.gouv.fr/lolf/downloads/501_couts_justice_judiciaire.pdf.
317. J.-P. Jean, *Le système pénal*, La Découverte, coll. Repères, 2008, p. 58.
318. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. I, *op. cit.*, n° 35.
319. B. Lemennicier, *Économie du droit*, *op. cit.*, p. 135.

qui recouvre deux réflexions distinctes : le contrôle optimum de la délinquance d Georges Stigler[320] et le modèle économique de la dissuasion de Gary S. Becker[321].

L'œuvre de Georges Stigler se situe dans une approche d'essence macroécono mique[322]. Il se désintéresse de l'individu pour se pencher sur des agrégats comm le niveau de criminalité optimum dans la société. Partant du constat selon leque la lutte contre la délinquance a un coût très important pour la société[323], George Stigler développe un modèle au terme duquel la société n'a plus intérêt à lutte contre la délinquance afin de réduire à néant ce fléau social. Il existerait un niveau efficient de délinquance pour chaque État ; passé ce niveau, le coût de cette lutt serait supérieur au profit lié à la baisse du taux de criminalité[324] et cette lutte devien drait inefficiente[325].

La démonstration de Georges Stigler trouve un écho dans le système juridiqu français puisque l'article 40-1 du Code de procédure pénale consacre *l'opportunit des poursuites* en faveur du ministère public qui est susceptible, alors même que le éléments constitutifs d'une infraction sont réunis, de décider de ne pas y apporte une réponse judiciaire. Ce principe est *a priori* choquant puisqu'il contredit l [redacted] celui de l'égalité des citoyens devant la loi. Il es à craindre que sous le couvert de l'opportunité ne s'introduise un intolérable arbi traire puisque le ministère public peut être enclin à classer certaines affaires pou obéir aux injonctions du gouvernement ou pour favoriser certains délinquant hauts placés[326]. Néanmoins, plusieurs arguments militent e[redacted] de l'opportunité des poursuites. Tout d'abord, la répression pénale n'est pas u fin en soi, elle n'est qu'un outil parmi d[redacted] Ainsi l'intérêt de la société peut passer par une décision [redacted] la qualité de délinquant [redacted] et la réalité du trouble causé par l'infraction à l'ordre social. Le procureur de l République pourra ainsi ne pas donner de suite à une plainte pour violences volon taires réciproques entre époux ou membres de la même famille après réconciliatio des protagonistes ou retrait de la plainte, ou à une plainte pour abandon de famill après régularisation[327].

À côté de ce fondement de politique criminelle, une dimension économiqu incontestable peut être prêtée au principe d'opportunité des poursuites. Face à u comportement constitutif d'une infraction pénale, le procureur de la République peu choisir de n'apporter aucune réponse répressive en se fondant sur des impératifs lié

320. [redacted] *Journal of Political Economy*, 1970, vol. LXXVII p. 526 et s.

321. G. S. Becker, « Crime and Punishment, an Economic Approach », *Journal of Political Econom*, vol. LXXVI, 1968, p. 169 et s.

322. G. Royer, *L'analyse économique et le droit criminel*, Le Manuscrit, 2005 (préf. B. Deffains et B. Py, n° 89 et s.

323. L.H.C. Hulsman, « Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation », *in Aspects nouveaux de pensée juridique – Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. II *Études de science pénale et de politique criminell* Pedone, 1980, p. 19 et s., spéc. p. 28 et 29.

324. G. Stigler, « The Optimum Enforcment of Laws », *op. cit.*, p. 527.

325. V. A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit…*, *op. cit.*, p. 130 et 131.

326. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. II, *op. cit.*, n° 334.

327. F. Molin, Rép. pén. *v°* Ministère public, oct. 2004, n° 74.

à l'encombrement de la justice pénale et à la bonne gestion des flux procéduraux[328]. Ce choix du ministère public met en balance les intérêts antagonistes de la société qui sont d'une part, le respect de l'ordre public, et d'autre part, la limitation du coût social nécessaire pour traiter la délinquance. Le système de l'opportunité des poursuites valide la logique selon laquelle il n'est pas toujours rentable de « *sacrifier* » des crédits étatiques pour des pans de la délinquance qui sont d'un intérêt mineur.

La solution française de l'opportunité des poursuites contraste nettement avec [illegible] reconnaissant le principe [illegible] Allemagne comme en Espagne, l'engagement des poursuites est généralement présenté comme obligatoire pour le ministère public au nom du principe d'égalité des citoyens devant la loi[330]. Toutefois, cette présentation schématique du principe de la légalité des poursuites peut paraître démesurément simpliste puisque les systèmes juridiques qui le consacrent ne s'attachent plus à une dimension exclusivement [illegible] il serait inadmissible de ne pas traiter une partie de la délinquance à la lumière de critères purement budgétaires. Au contraire, ils valident une conception économique du traitement de la délinquance comme le relève Madame le Professeur Jocelyne Leblois-Happe qui n'hésite pas à présenter le ministère public [illegible] acteur de premier ordre dans le [illegible] des juridictions [illegible] économiques[331]. En effet, la procédure pénale allemande reconnaît une possibilité, en faveur du ministère public, de classer une affaire sans suite[332] en estimant qu'il ne s'agit que d'un délit mineur ou « *de bagatelle* », comme le qualifie Monsieur le Professeur Jean Pradel[333]. Cette conception économique du traitement de la délinquance valide parfaitement la pensée de Georges Stigler selon laquelle il existerait, dans toute société [illegible] macroéconomique efficace de lutte contre la délinquance.

Cependant, la démarche de Georges Stigler ne constitue pas l'unique façon d'aborder le traitement de la délinquance d'un point de vue économique. Une autre démarche est parfaitement admise par les sciences économiques. Elle ne consiste plus en une réflexion sur le niveau de délinquance dans une zone géographique donnée mais en une analyse du comportement d'un seul agent économique. C'est dans cette perspective que s'inscrit le schéma élaboré par Gary S. Becker qui concerne exclusivement la dissuasion individuelle des comportements criminels[334]. En s'attachant au comportement d'un agent économique, cette approche est résolument microéconomique[335] et se détache bien du modèle élaboré par Georges Stigler.

Les sciences économiques, et plus particulièrement l'analyse économique du droit, sont tributaires de l'œuvre de Gary S. Becker. Il fut le premier auteur à prétendre

328. R. Merle et A. Vitu, *ibidem*.
329. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. Précis, 2e éd., 2002, n° 422.
330. *Ibidem*.
331. J. Leblois-Happe, *Quelles réponses à la petite délinquance ? Étude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, PUAM (préf. R. Koering-Joulin), 2002, n° 1565.
332. § 153 st PO.
333. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, n° 423.
334. V. B. Lemennicier, *Économie du droit*, *op. cit.*, spéc. p. 142.
335. Ph. Robert, *L'utilitarisme, les économistes et la délinquance*, *Arch. phil. droit*, t. 26, *L'utile et le juste*, 1981, p. 199 et s., spéc. p. 208 et s.

que les sciences économiques pouvaient être sollicitées, avec la même légitimité, au-delà des activités d'échanges de richesses traditionnelles pour englober tous les comportements humains[336]. Ainsi, l'analyse économique a vocation à s'étendre aux activités humaines où il n'existe pas explicitement d'offre, de demande et de marché. C'est l'économie des comportements *hors marchés*[337] qui englobe le mécanisme économique de la dissuasion, et *in fine*, le droit criminel.

Le modèle économique de la dissuasion dessiné par Gary S. Becker est relativement simple[338]. Richard A. Posner[339] le résume de la manière suivante : « *a person commits a crime because the expected benef*[redacted][340]. Pour ces auteurs, un individu violera la loi si le bénéfice escompté est supérieur au coût supporté pour cet acte. C'est de la comparaison de ces termes que naît le passage à l'acte illicite[341]. Pour les économistes, il suffit que l'État s'assure que le coût attaché à la commission de l'infraction est supérieur au profit retiré pour que les individus renoncent à leur dessein illicite[342].

La réalité est sans doute beaucoup plus complexe que le modèle proposé par les économistes. Le phénomène criminel s'explique également par des facteurs criminologiques endogènes et exogènes[343]. Ainsi, l'âge, le sexe, l'état corporel et le psychisme sont des facteurs propres à chaque individu qui le prédisposent à la délinquance[344]. De même, le milieu social, professionnel ou familial dans lequel évolue l'individu explique sa prédisposition à la délinquance[345]. Au-delà de la simple comparaison du profit et du coût de la violation de la loi pénale, tous ces éléments influent, dans une large mesure, sur la formation de la personnalité criminelle. Ils n'expliquent pas pour autant la dynamique du passage à l'acte criminel[346]. À ce titre encore, la poursuite d'un intérêt personnel ou lucratif n'est que l'un des très nombreux facteurs qui expliquent la commission d'un acte antisocial. Plutôt que d'imaginer systématiquement le délinquant en froid calculateur de ses intérêts, il vaut mieux analyser le passage à l'acte à l'aune d'un tourbillon de la motivation criminelle[347]. À la suite de Benigno Di Tullio[348], il est possible d'affirmer que les facteurs qui poussent un

336. S. Harnay et A. Marciano, R. A. Posner – *L'analyse économique du droit*, Michalon, coll. Le bien commun, 2003, p. 44.

337. S. Harnay et A. Marciano, R. A. Posner, *op. cit., loc. cit.*

338. A. M. Polinsky et S. Shavell, « Public Enforcment of Law », *in Encyclopedia of Law and Economics*, vol. V, *The Economics of Crime and Litigation* (dir. B. Bouckaert et G. de Geest), éd. Cheltenham et Edward Elgar, 2000, p. 307 et s.

339. R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, *op. cit.*, p. 242.

340. « *Une personne commet un crime parce que le bénéfice escompté dépasse le coût escompté* » (traduit par nous).

341. M. Cusson, « L'effet intimidant des sanctions à la lumière des recherches récentes sur le calcul coûts-bénéfices des délinquants », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire – Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 741 et s.

342. A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit…*, *op. cit.*, p. 129.

343. B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°s 15 et 16.

344. J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 20 et s.

345. P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. III *Criminologie* (par J. Pinatel), 3e éd., 1975, n° 193 et s.

346. J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 41.

347. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n° 46.

348. B. di Tullio, *Principes de criminologie clinique*, PUF, coll. Bibliothèque de psychiatrie, 1967, p. 308 et s.

individu à passer à l'acte sont multiples. Ainsi, des états émotionnels et passionnels passagers, des intoxications alcooliques ou encore le sentiment d'injustice subi expliquent la dynamique criminelle.

Ces considérations criminologiques ont connu un certain écho au sein même du mouvement de l'analyse économique du droit où des voix se sont élevées afin de nuancer le modèle proposé par Gary S. Becker faisant du délinquant un agent parfaitement rationnel[349]. Dans une présentation générale de l'analyse économique du comportement criminel, Erling Eide relève que certains économistes qui admettent le postulat du choix rationnel ne font pas de la comparaison des profits et des coûts l'unique variable expliquant le passage à l'acte criminel. Cette tendance de l'analyse économique du droit intègre les caractéristiques individuelles et les normes des groupes sociaux dans le modèle économique de la délinquance[350]. Dans cette même présentation, Erling Eide mentionne également que certains modèles économiques ont abandonné le postulat de la rationalité parfaite pour se satisfaire d'une rationalité limitée[351] des agents économiques, correspondant plus à l'état d'esprit des délinquants[352]. En effet, il a été soutenu, notamment par le prix Nobel Herbert Simon, qu'il est impossible [illegible] individu d'être parfaitement rationnel dans la mesure où une partie, parfois essentielle, de l'information est inconnue de lui au moment où il décide de passer à l'acte criminel. Dans la pensée de cet auteur, il est frappant que l'esprit humain ne peut faire que peu de choses à la fois. Dès lors, même si l'individu dispose de toute l'information nécessaire pour prendre sa décision, il ne saura quelle importance lui donner et comment la pondérer par rapport aux autres informations, parfois contradictoires, dont il dispose. Herbert Simon en conclu que la rationalité d'un choix n'est pas jamais parfaite puisqu'elle est tributaire d'une information incomplète et non maîtrisée par l'agent économique[353].

Ces derniers développements font surgir une certaine complémentarité entre la criminologie et un pan de l'analyse économique du droit[354]. Les regards croisés que portent les criminologues et certains économistes sur le modèle économique de la dissuasion de Gary S. Becker et sur le postulat de l'individu rationnel démontrent que l'ensemble du phénomène criminel ne se résume pas exclusivement à une comparaison du coût et du profit qu'il est possible de retirer de la violation de la loi pénale.

Toutefois, la délinquance d'affaires peut s'inscrire dans cette dynamique utilitariste. D'un point de vue endogène, ce délinquant est un individu de niveau social élevé[355] qui opère dans un milieu professionnel fortement orienté vers l'appât du gain. En matière de délinquance en col blanc, point de violence, de sang ou de

349. Sur cette question, v. E. EIDE, « Economics of Criminal Behavior », *in Encyclopedia of Law and Economics*, vol. V, *The Economics of Crime and Litigation* (dir. B. BOUCKAERT et G. DE GEEST), éd. Cheltenham et Edward Elgar, 2000, p. 345 et s., spéc. p. 352 et s.

350. E. EIDE, art. préc., p. 354.

351. Cette terminologie est empruntée à Herbert Simon, cité par Ph. SIMMONOT, *op. cit.*, t. 1, p. 112.

352. D. NAGIN et R. A. PATERNOSTER, « Enduring Individual Differences and Rational Choice Theorie of Crime », *Law and Society Review*, t. 27, p. 467 et s.

353. Ph. SIMMONOT, *ibidem*.

354. R. A. CARR-HILL et N. H. STERN, *Crime, the Police and Criminal Statistics*, Academic Press, 1979.

355. W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n° 44.

coups de feu mais une réflexion portant sur la violation utile de la loi et sur les moyens de la rendre invisible. En cela, le droit pénal économique est le terrain de prédilection de la criminalité utilitaire[356] où l'individu trouve un intérêt dans la violation de la loi pénale. La délinquance est donc une terre d'élection du postulat de l'individu rationnel et de l'application du modèle économique de la dissuasion de Gary S. Becker.

Partant de ce constat, le rôle du législateur est double. En amont de la commission de l'infraction, il est nécessaire de « *tuer dans l'œuf* »[357] le dessein criminel que projette l'agent. Les mécanismes sanctionnateurs doivent empêcher l'agent de réaliser un calcul des coûts et des avantages l'incitant à commettre l'infraction[358]. Le calcul « coûts-bénéfices », effectué *ex ante* par l'agent, doit toujours être défavorable au passage à l'acte antisocial[359].

En aval, il faut que le système juridique prévoie un réseau de sanctions excluant toute captation du profit illicite par l'auteur de l'infraction. Ce n'est qu'à ce prix que le système pénal pourra mener une lutte efficiente contre la délinquance lucrative en droit pénal économique.

19. Exposé mathématique de l'efficience du droit pénal : le modèle économique de la dissuasion. L'entrée la plus simple dans le modèle économique de la dissuasion consiste à comparer le *profit escompté* et le *coût envisagé* par la violation de la loi. Si le *profit escompté* recouvre tous les avantages procurés par la commission d'une infraction, le *coût envisagé* est une notion dynamique[360]. Ainsi, le coût supporté par l'individu comprend les sommes consacrées à la commission de l'infraction comme celles investies à titre de dons pour corrompre un agent public ou encore celles engagées pour être représenté par un avocat. Ces coûts tenant à la violation de la règle de droit peuvent encore être non pécuniaires. Ainsi, une condamnation pénale aura un impact médiatique d'autant plus fort que l'agent est important. Dès lors, l'honneur de la personne condamnée sera atteint et il est à craindre que cela produise des conséquences sur ses affaires. Le *coût envisagé* se décompose surtout en deux variables principales, la probabilité d'être appréhendé par les services de l'État et le niveau de la sanction encourue, qui s'ajoutent aux paramètres secondaires[361] exposés précédemment. Cette dynamique est modélisée sous forme mathématique et peut être présentée de la façon suivante :

$$P = D \times S$$

Dans ce modèle, *P* est la peine envisagée, *D* est la probabilité de détection et *S* est la sanction encourue. Très schématiquement, admettons que *S* soit la sanction

356. P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. III, *op. cit.*, n° 255.
357. M. Cusson, *L'effet intimidant des sanctions…*, *op. cit.*, spéc. p. 743.
358. X. Bébin, *Pourquoi punir ? – L'approche utilitariste de la sanction pénale*, *op. cit.*, p. 215 et 216.
359. Rappr. Ch. Samper, *La place du droit pénal dans le droit économique*, thèse préc., vol. I, n° 257.
360. D. Pinard, « Les probabilités mathématiques classiques et le traitement des faits en contexte judiciaire : un débat », *RRJ* 1987-2, p. 243 et s., spéc. p. 245 et 246.
361. Pour une présentation de ces coûts secondaires, v. Ph. Robert, *L'utilitarisme, les économistes et la délinquance*, *Arch. phil. droit*, t. 26 *L'utile et le juste*, 1981, p. 199 et s., spéc. p. 213.

la plus sévère prévue par un système répressif et que la valeur qui est attribuée à *S* soit de 100. Si aucun organe n'est chargé de la détection des infractions, alors, la valeur de *D* est proche de 0. Le produit de *D* et de *S* est alors pratiquement nul et concrètement, cela signifie que l'auteur d'une infraction ne sera jamais condamné. Par conséquent, l'extrême sévérité des sanctions n'est absolument pas une solution de politique criminelle efficiente.

À supposer ensuite que la détection de l'intégralité des infractions et de leurs auteurs soit possible, la valeur affectée à *D* sera de 100. Si la sanction prévue est proche de 0, le produit de *D* et de *S* sera encore pratiquement nul. Dans ce cas, il faut en déduire que la politique criminelle n'est absolument pas efficiente malgré les efforts fournis par les organes de détection car la peine escomptée est dérisoire.

Pour autant, il ne faut pas conclure des deux exemples précédents que tous les agents vont violer la loi. Certains individus recèlent en eux une aversion pour le risque et peuvent être qualifiés de « *risquophobes* ». Au contact du modèle mathématique de la dissuasion, cela signifie qu'ils ne violeront pas la règle de droit même si statistiquement, ils n'ont aucune chance d'être détectés, convaincus puis condamnés par une juridiction pénale. Très souvent, cette inadéquation entre la probabilité de détection et l'attitude de l'individu face à la règle de droit sera d'autant plus forte que la règle de droit recèle une valeur morale importante, issue d'un principe supérieur de défense de l'ordre et de la justice[362]. L[illegible] ne s'inscrivent pas dans cette logique car l'intérêt qu'elles transportent dans la conscience collective est très relatif[363]. En s'établissant en marge d'un culte aveugle de la loi par les agents économiques[364], [illegible] existence d'un droit pénal amoral[365], dicté par les contingences de la politique économique. Cela légitime e[illegible] **la dissuasion afin de lutter contre la délinquance en col blanc.**

À l'inverse, et toujours en supposant qu'il soit possible de détecter toutes les infractions commises et d'en interpeller les auteurs, le système serait certes dissuasif du point de vue du modèle économique de la dissuasion, mais la délinquance ne serait pas éliminée de la société. Certains individus n'hésiteront pas à violer la loi pénale car ils sont « *risquophiles* ». Cela signifie que la probabilité d'être condamné n'a aucune emprise sur eux. Le contrôle de l'activité criminelle n'est pas aussi mécanique que le suggèrent les économistes car la réalité ne se laisse pas facilement apprivoiser.

On peut donc dire que la mise en place d'un système de dissuasion économiquement efficient dépend des deux variables principales dont aucune ne doit être négligée[366]. Cette modélisation mathématique peut paraître surprenante dans une matière aussi peu tournée vers les chiffres que le droit criminel. Toutefois, le *substratum* de ce modèle économique trouve sa source dans la philosophie répressive la plus classique.

362. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. III, *op. cit.*, n° 741.
363. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. III, *op. cit.*, *loc. cit.*
364. G. Ripert, *Le déclin du droit – Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, p. 95 et s.
365. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. III, *op. cit.*, *loc. cit.*
366. Ph. Simmonot, *Économie du droit*, t. 2 *Les personnes et les choses*, Les Belles Lettres, 2004, p. 306.

20. Exposé historique de l'efficience du droit pénal : héritage de la pensée pénale classique. Bien que ce modèle économique soit l'œuvre de l'économiste américain Gary S. Becker, les grandes lignes de son raisonnement ne sont pas totalement étrangères à la réflexion sur le système criminel[367]. En effet, le modèle économique de la dissuasion rappelle la pensée, souvent décriée, de Jeremy Bentham. Ainsi, Mohamed Abd-El-Hadi El Shakankiri voit en Jeremy Bentham un « *savant austère et méthodique d'une probité intellectuelle scrupuleuse qui a donné à l'humanité [...] la doctrine juridique la plus grossière de son histoire* »[368]. Il faut néanmoins reconnaître que Jeremy Bentham a grandement influencé la philosophie juridique moderne[369], notamment en droit répressif[370]. Dans sa *Théorie des peines*, il propose une véritable *arithmétique pénale*[371] résumée de la manière suivante : « *Lorsque le mal de la peine surpasse le profit du délit, [...] supposez le profit du crime égal à dix livres sterling, pour rendre la peine équivalente au profit du crime, il faut la porter à au moins vingt livres sterling* »[372]. Pour cela, il part du principe que tous les hommes font des calculs en termes de profit et de coût. Si la peine dépasse le profit, l'individu ne trouve pas d'intérêt à commettre l'infraction et va renoncer à son dessein infractionnel. Dès lors, la réflexion benthamienne sur le droit pénal constitue un point d'accroche non négligeable pour un dialogue interdisciplinaire[373]. La construction de ce modèle de la dissuasion a fait dire à certains économistes, dont Monsieur le Professeur Bruno Deffains que « *[illegible] l'analyse économique du crime* »[374]. Il est finalement peu surprenant que la problématique de la sanction apparaisse comme l'un des sujets de prédilection de l'analyse économique du droit[375].

L'arithmétique répressive de Jeremy Bentham ne constitue pas le seul héritage des auteurs classiques. De manière moins apparente, le mécanisme de la dissuasion se retrouve en germe dans les écrits de Cesare Beccaria. Dans son *Traité des délits et des peines*, il estime que le concept d'utilité doit guider la pénologie : « *Pour qu'une peine produise son effet, il suffit que le mal qu'elle cause surpasse le bien qui revient du crime, en faisant entrer dans le calcul de ce mal et de ce bien, la certitude de la punition et la perte des avantages que le crime produit* »[376]. Cesare Beccaria insistait encore sur la certitude de la sanction car « *le meilleur frein du crime n'est pas la sévérité*

367. J.-P. Jean, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », art. préc., spéc. p. 479 et 480.

368. M. A. E. El Shakankiri, *La philosophie juridique de Bentham*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1970, vol. XI (préf. de Michel Villey), p. 39.

369. V. B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, L'Harmattan, 1998, p. 57 à 75 ; v. encore, Ph. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 1996, p. 147 à 150.

370. En ce sens, J.-M. Varaut, « L'utilitarisme de Jeremy Bentham, prémisse et mesure de la justice pénale », *RSC* 1982, p. 261 et s.

371. J.-M. Varaut, « L'utilitarisme de Jeremy Bentham... », art. préc.., spéc. p. 266 ; J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, PUF, coll. Que-Sais-Je ?, 1991, n° 2184, p. 45 et 46.

372. J. Bentham, *Théorie des peines*, 3e éd., Besange, 1825, p. 13 et s. ; 27 et s.

373. N. Sigot, *Bentham et l'économie : une histoire d'utilité*, Economica, 2001, p. 22.

374. B. Deffains, *L'analyse économique de la responsabilité...*, thèse préc., p. 18.

375. A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit...*, *op. cit.*, p. 127 : v. not. S. Harnay et A. Marciano, *Richard A. Posner...*, *op. cit.*, p. 55.

376. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Flammarion, coll. GF, 1766 (rééd. 2006), chap. XV.

de la peine, mais la certitude d'être puni »[377]. Aussi, la lueur première de la fonction dissuasive du droit criminel dans la philosophie juridique moderne est certainement à mettre au profit de Montesquieu. Dans son *Esprit des lois*, il exigeait *« qu'on examine la cause de tous les relâchements, elle provient de l'impunité des crimes, et non de la modération des peines »*[378].

En définitive, le modèle économique de la dissuasion de Gary S. Becker est loin d'être une singularité dans la réflexion répressive. Elle constitue simplement l'état le plus avancé d'un long processus de maturation de la pensée répressive. En effet, Gary S. Becker n'a pas créé son modèle de toutes pièces, il a plutôt affiné l'héritage de Jeremy Bentham[379] qui avait lui-même, en son temps, mathématisé la pensée de Cesare Beccaria[380]. Or, ce dernier avait lui-même avoué, dans une correspondance [redacted] de Montesquieu avait façonné sa conception du système répressif[381] ! La comparaison des plaisirs et des peines trouve donc un point d'accroche très important chez des auteurs considérés par la doctrine comme les pères fondateurs du système répressif moderne[382]. Par conséquent, l'étude du mécanisme économique de la dissuasion s'inscrit moins en porte-à-faux qu'il n'y paraît dans le paysage juridique français. De nombreuses figures dessinées par la théorie économique du droit sont déjà bien ancrées dans la réflexion pénale sans qu'elles aient pour autant été formalisées rationnellement[383]. Le mécanisme de la dissuasion ne [redacted] *du droit* avec [redacted] connotations négatives et les craintes que cette expression est susceptible d'impliquer en droit criminel. La légitimité du modèle économique de la dissuasion s'impose, mais ne doit pas conduire à un optimisme candide. Ses limites doivent être signalées.

21. Le modèle économique de la dissuasion : limites. Si le modèle économique de la dissuasion est nécessaire à la quête de l'efficience du droit pénal économique, cette dernière ne saurait s'y limiter pour deux raisons majeures.

D'une part, l'analyse de ce modèle économique contraint à aborder les institutions juridiques par le biais de l'économie. Ainsi, *« la peine envisagée »*[384] par l'auteur de l'infraction n'est pas un concept juridique opératoire, même s'il est possible de percevoir les mécanismes juridiques liés au quantum et au prononcé de la sanction. De [redacted] ne reflète aucune terminologie empruntée spontanément par la doctrine pénale. Néanmoins, cette incompatibilité sémantique doit encore s'effacer. En effet, l'étude de *« la probabilité de détection »* revient à analyser les règles de droit relatives au déclenchement et à la conduite de l'action menée devant les juridictions répressives. Dès lors, il est nécessaire d'effectuer un

377. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, chap. XX.

378. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Gallimard, coll. Folio Essai, 1758 (rééd. 1995), Livre VI, chap. XII.

379. En ce sens, B. Deffains, *L'analyse économique de la responsabilité du producteur…*, thèse préc., p. 17.

380. En ce sens, H. Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 2e éd., 1943, n° 40.

381. Cité par J. Pradel, *in Histoire des doctrines pénales*, *op. cit.*, p. 24.

382. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, *op. cit.*, n° 59.

383. V. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats…*, *op. cit.*, n° 68.

384. V. *supra*, n° 19.

385. V. *supra*, n° 19.

travail de traduction juridique d'autant plus important que les économistes qui ont travaillé sur ces thèmes n'ont parfois qu'une vision très approximative des institutions qu'ils étudient[386]. C'est donc une approche, que l'on pourrait qualifier de comparatiste, qui nous attend tout au long de cette étude : la captation du paradigme économique dans la sphère juridique.

D'autre part, le modèle de la dissuasion de Gary S. Becker n'est pas apte à appréhender l'intégralité du rapport entre le droit pénal et les sciences économiques. Ce modèle tend à anticiper le comportement de l'individu face à la norme de droit criminel en s'attachant à l'efficience de la réponse étatique. La démarche de Gary S. Becker correspond donc à la méthode prédictive de l'analyse économique du droit. Néanmoins, elle n'est d'aucune utilité lorsque l'on aborde le droit sous l'angle de l'analyse économique normative ou explicative. Ce sont alors d'autres outils et d'autres raisonnements empruntés aux sciences économiques qu'il faudra employer pour résoudre les nombreuses difficultés que pose le droit pénal économique.

22. Le droit pénal économique à l'épreuve de son efficience. Au terme de cette incursion au cœur de la relation intersystémique unissant le droit et l'économie, le constat est simple. L'interconnexion entre les systèmes juridique et économique existe, en droit pénal économique comme en toute autre branche du droit, pour chaque règle. Dès lors, il apparaît que la logique économique du droit pénal est sous-jacente et peut enrichir l'ancestrale tradition juridique de données récentes propres à éprouver ses certitudes les mieux assises[387]. Le recours aux outils de l'analyse économique peut permettre de saisir les évolutions du droit criminel contemporain dans une vaste réflexion sur le droit *« postmoderne »*[388]. Une partie importante de la doctrine annonce le déclin inévitable du droit moderne, bâti sur le positivisme juridique, au profit d'autres théories du droit, ouvertes sur des savoirs auxiliaires comme l'économie ou la sociologie[389], pouvant être qualifiées de postmodernes. En effet, les bouleversements du droit positif nécessiteraient un renouvellement des concepts théoriques et des cadres de pensée du monde des juristes. L'hypothèse d'un nouveau paradigme, celui du passage à la postmodernité, formulée par les théoriciens d'un droit, fournirait des outils d'analyse nouveaux, dont il faut se demander s'ils sont opératoires dans le champ pénal[390].

Bien sûr, l'analyse économique du droit n'a pas vocation à devenir l'*alpha* et l'*oméga* des diverses règles de droit répressif régissant la sphère économique au risque de pervertir le Droit en le réduisant à sa seule efficacité[391]. Toutefois, cette méthode

386. V. par ex. B. Lemennicier, *Économie du droit, op. cit.*, p. 125. Selon cet auteur, *« on distingue la responsabilité pénale de la responsabilité civile, habituellement, sur la base d'un dommage créé volontairement à autrui »*.

387. Ch. Atias, « La distinction du patrimonial et de l'extrapatrimonial », art. préc., spéc. p. 490 ; v. encore, J.-B. Auby, « La bataille de San Romano », *AJDA* 2001, p. 912 et s., spéc. p. 924.

388. V. *Un droit pénal post-moderne ? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines* (dir. M. Massé, A. Giudicelli et J.-P. Jean), Rapport final rendu au GIP, nov. 2007, p. 8 à 13.

389. V. L'ouvrage fondateur de Jacques Chevallier : J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. Droit et société, 2e éd., 2004.

390. V. *Un droit pénal post-moderne ?..., Rapp. cit.*, p. 10.

391. B. Oppetit, « Droit et économie », *in Droit et modernité*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 169 et s., spéc. p. 179.

d'appréciation et de compréhension du phénomène juridique est en mesure de venir justifier les solutions du droit positif, voire de préconiser certaines réformes. Dans la mesure où l'analyse économique du droit pénal se donne pour objectif de maîtriser le coût social engendré par le crime, les résultats d'une telle méthode ne doivent pas négligés à une époque où la politique criminelle a pris conscience de la nécessité d'intégrer des considérations économiques et financières[392].

À ce stade du raisonnement, plusieurs hypothèses peuvent être avancées et mériteront d'être éprouvées durant les développements conduisant à vérifier l'efficience du droit pénal économique à la lumière des outils de l'analyse économique du droit. De manière très générale, il n'est nullement besoin de sonder en profondeur le droit pénal économique pour cerner l'adaptation des grands principes du droit substantiel[393], mais également formel[394] des sciences criminelles. Il peut donc être tentant de supposer que l'analyse économique du droit valide largement le particularisme du droit pénal économique. Comme l'a relevé le Professeur Bruno Oppetit, les branches du droit qui touchent directement à la vie économique, telles que le droit des procédures collectives ou le droit de la concurrence, ont érigé des notions économiques en concepts juridiques[395]. Ainsi, il serait tout à fait envisageable que les grands principes de la théorie économique aient déjà pénétré les règles de droit répressif régissant l'activité économique.

Tout d'abord, les biens juridiques sélectionnés par le droit pénal économique doivent tisser un réseau de valeurs en parfaite adéquation avec la logique des sciences économiques car le droit répressif économique constitue l'un des principaux outils mis à la disposition du créateur de la règle de droit pour assurer la régulation du système économique et financier[396]. Selon le Professeur Bruno Oppetit, *le législateur contemporain a délibérément choisi d'estomper les concepts juridiques demeurés standards économiques et de privilégier des objectifs purement économiques : le discours juridique traditionnel reposant sur une logique conceptuelle, s'est totalement effacé derrière un raisonnement factualiste et une appréciation de pure opportunité »*[397]. Sans doute, la législation de la concurrence[398] et celle des procédures collectives[399] constituent les blocs législatifs les plus représentatifs de cette tendance, mais le droit pénal économique ne doit pas en être exclu. L'étude du contenu implicite normatif des incriminations du droit pénal économique devrait donc permettre un fonctionnement efficient de l'activité économique, c'est-à-dire en adéquation avec les grands préceptes des sciences économiques. L'analyse économique du droit pourrait ainsi permettre de vérifier l'efficience du réseau des biens juridiques consacrés par le droit pénal économique.

Le contenu explicite descriptif des textes du droit pénal économique mériterait également d'être passé au crible du raisonnement économique. En effet, le contact

392. En ce sens, J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 61.
393. W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, spéc n° 54.
394. F. STASIAK, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 4 à 8.
395. B. OPPETIT, *ibid.*
396. Y. MAYAUD, « Le droit pénal, instrument de régulation de l'activité économique et financière », *in Le Code de commerce* – 1807-2007 – *Le livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 625 et s., spéc. p. 626-627.
397. B. OPPETIT, *Philosophie du droit, op. cit.*, n° 85.
398. *Ibidem.*
399. *Ibidem.*

dans toute autre branche du droit criminel, à un comportement d'abstention[401]. De plus, la composante morale de l'infraction connaît des nuances et des fluctuations propres à l'activité économique[402]. Enfin, l'élément légal de l'infraction est marqué par une certaine souplesse qui contraste quelque peu avec l'exigence de clarté et de prévisibilité que doit recouvrir la règle de droit répressif[403]. À ce sujet, l'analyse économique du droit considère que la rédaction de la règle juridique n'est pas indifférente dans son degré d'efficience. C'est ainsi que de nombreux auteurs issus du mouvement de l'analyse économique du droit prônent la supériorité des systèmes flexibles de création de la norme juridique. Selon Richard A. Posner, le droit modelé [illegible] tend vers l'efficience car les juges seraient davantage portés [illegible] que les politiques qui créent le droit écrit[404]. Ainsi, la flexibilité du droit serait un facteur d'adaptation du droit aux faits et permettrait au juge de dégager des solutions optimales d'un point de vue économique. Ainsi, la dilution de l'élément légal de l'infraction donne un grand pouvoir interprétatif au juge pénal, mais sacrifie corrélativement le principe de légalité criminelle inscrit à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. *A priori*, ce mépris témoigné par l'analyse économique du droit au sujet de la clef de voûte du droit criminel moderne ne peut être admis et une analyse attentive doit être menée pour baliser au maximum cette atteinte au principe légaliste et cette montée en puissance du pouvoir interprétatif du juge et des autres sources du droit criminel. La confrontation des analyses juridique et économique, relatives à la rédaction de la règle de droit criminel, devrait faire apparaître une opposition bien nette qu'il faudra peser avec attention.

Non plus au niveau de la norme, mais au stade de la sanction, il est également essentiel de vérifier si les données de l'analyse économique du droit ont déjà fécondé le système juridique. En effet, le particularisme du droit répressif appliqué aux activités économiques se retrouve au niveau des sanctions. S'il n'existe là encore pas de sanction propre à l'activité économique, on observe que les grands mécanismes du droit criminel connaissent d'importantes adaptations qui peuvent être justifiées par les méthodes de l'analyse économique du droit. Tel est le cas de l'amende qui répond généralement d'un maximum légal fixe et qui, en matière boursière, peut être portée au-delà de ce taux maximum par application d'un coefficient multiplicateur au profit éventuellement réalisé par l'agent. Ainsi, le délit pénal d'initié[405] et le manquement parapénal d'initié[406] exposent leur auteur à une sanction de 1 500 000 euros qui peut être portée au décuple du profit éventuellement réalisé. Au [illegible]

400. V. J. Mazard, « Aspects du droit pénal économique… », art. préc.
401. F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, spéc. p. 6.
402. W. Jeandidier, « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », *in Une certaine idée du droit – Mélanges offerts à André Decocq*, Litec, 2004, p. 369 et s.
403. W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, *loc. cit.*
404. V. A. Ogus et M. Faure, *op. cit.*, p. 20 et 21.
405. C. mon. fin., art. L. 465-1
406. C. mon. fin., art. L. 621-15.

et compte tenu de l'état d'esprit cupide du délinquant économique[407], il serait parfaitement légitime que le modèle économique de la délinquance proposé par Gary S. Becker[408] connaisse des applications techniques en droit positif.

Le droit pénal économique formel n'est pas en reste puisque de nombreuses institutions répressives s'inscrivent en marge du droit commun. Celles-ci traduisent une réponse étatique moderne, soucieuse de l'humanité vers la prospérité[409], au phénomène criminel. Comme le soulignait le Professeur Bruno Oppetit, l'idée de modernité est indissociable de celle de rationalisation, vecteur de désenchantement du monde et d'essor des finalités économiques, fonctionnalistes et utilitaristes[410]. Dès lors, il est parfaitement possible que les outils de l'analyse économique du droit viennent légitimer le Code de procédure pénale lorsqu'il consacre, à ses articles 704 et suivants, une procédure spécifique applicable aux infractions économiques et financières qui se caractérise par l'existence de juridictions spécialisées. Ces institutions, dérogatoires au droit commun, démontrent bien l'importance et la spécificité des atteintes à l'ordre économique dans le discours sécuritaire[411].

En certaines occasions, la procédure pénale de droit commun se trouve même concurrencée[412] par l'existence de procédures menées devant des autorités de régulation dotées de prérogatives répressives comme le Conseil de la concurrence, qui peut prononcer des sanctions pécuniaires en cas de pratiques anticoncurrentielles[413], ou l'Autorité de [illegible]rs, compétente pour sanctionner les atteintes à l'ordre financier[414]. En [illegible] dotées du pouvoir de répression sur la scène économique, le droit contemporain vient concurrencer la justice pénale traditionnelle. En raison de la complexification et de la spécialisation des activités économique, le besoin s'est fait ressentir de doter les marchés de nouvelles autorités pour construire des solutions pertinentes d'un point de vue économique[415]. Le modèle des autorités de régulation est alors présenté comme une vecteur de modernité et d'efficacité pour la protection de l'activité économique, mais il est nécessaire de passer cette éviction du pouvoir de répression de la sphère pénale *stricto sensu* au crible de l'analyse économique du droit afin d'en dégager l'efficience.

Au sein de ces institutions dérogatoires propres au traitement de la délinquance économique, la procédure répressive, qu'elle soit pénale ou parapénale, ne répond pas d'un modèle unitaire. Bien que construites sur le modèle universel du procès équitable de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la

407. V. *supra*, n° 18.
408. V. *supra*, n° 18.
409. B. Oppetit, *Droit et modernité*, *op. cit.*, p. 3.
410. *Ibid.*, p. 5.
411. D. Thomas, « L'évolution de la procédure pénale contemporaine : la tentation sécuritaire », *in Le champ pénal – Mélanges en l'honneur du Professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 53 et s., spéc. p. 67 ; v. encore, J. Danet, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Arch. pol. crim.*, 2003, vol. XXV, p. 37 et s., spéc. p. 64.
412. Sur cette tendance, G. Giudicelli-Delage, *Dictionnaire de la justice* (dir. L. Cadiet), PUF, 2004, *v°* Justice pénale.
413. C. comm., art. L. 464-2.
414. C. mon. fin., art. L. 621-15.
415. G. Farjat, *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 114.

procédure pénale et la procédure parapénale disposent chacune de dispositions propres. Ainsi, le déclenchement de la procédure parapénale repose très souvent sur un mécanisme d'auto-saisine[416] alors que la procédure pénale consacre un véritable pluralisme dans la saisine du juge[417]. D'un point de vue économique, il peut être intéressant de confronter ces règles afin de déterminer celles qui mènent le système procédural à son efficience. Chacune de ces règles génère un coût qui n'est absolument pas indifférent dans la réalisation du droit. Ainsi, des règles de droit générant un coût très important ne seront pas effectives si elles pèsent sur des opérateurs privés qui n'ont pas la capacité financière de les produire. L'analyse économique du droit constitue alors un outil de premier ordre permettant de vérifier si les institutions juridiques sont en mesure de remplir l'objectif qui leur est assigné.

Cette analyse peut se poursuivre lorsque l'on envisage les règles relatives à l'administration de la preuve. La production de la preuve en justice peut être relativement onéreuse, surtout lorsque le droit pénal économique est le domaine de prédilection de la dissimulation et de la ruse. Plusieurs mois, plusieurs années de recherches seront parfois nécessaires pour que les juridictions pénales, ou les autorités de régulation, mettent les affaires en état d'être jugées. Cette lenteur induit nécessairement un coût pour la justice. Dès lors, la réduction des coûts d'administration de la preuve peut passer, *a priori*, par plusieurs voies. D'une part, il est possible de faire peser le poids de la preuve sur les plaideurs et non plus sur l'État. D'autre part, on pourrait envisager de libéraliser le régime probatoire pour que la vérité puisse être établie à un moindre coût. Les diverses règles régissant les procédures dérogatoires se prêtent à une étude économique féconde afin de vérifier si les outils de l'analyse économique du droit corroborent les grandes évolutions des dispositifs modernes de lutte contre la délinquance en col banc. Au vu de ces différents éléments, les sciences économiques sont alors susceptibles d'offrir une grille de lecture fertile et novatrice pouvant expliquer ces mutations, les corroborer ou, le cas échéant, les combattre lorsqu'elles sont dénuées de tout fondement rationnel.

L'analyse juridique de toutes ces questions relatives à la norme, à sa sanction, aux institutions et aux procédures répressives, peut être abordée dans une seule et même réflexion d'ensemble.

Toutefois, cette étude doit tenir compte des différentes manifestations de l'efficience du droit pénal économique. Ainsi, la recherche de l'efficience dans l'application de la norme répressive et de sa sanction n'est pas assimilable à celle qui touche l'organisation des institutions spécifiques au droit pénal économique et la conduite des procédures répressives menées devant elles. Chacune répond de questions et d'enjeux qui lui sont propres.

Il en résulte qu'il convient de s'attacher à l'étude de *l'efficience substantielle en droit pénal économique* (Première partie) afin de mettre en évidence la réception de la logique économique dans les mécanismes juridiques guidant l'incrimination et la

416. V. *infra*, n° 307.
417. V. *infra*, n° 307.

pénalité. La quête de *l'efficience formelle en droit pénal économique* (Seconde partie) aura pour but de révéler la rationalité économique qui anime les institutions juridiques, spécialement consacrées par le droit positif afin de lutter contre la délinquance d'affaires, ainsi que les mécanismes procéduraux consacrés par le droit positif afin de réaliser le droit pénal économique substantiel.