

Propos conclusifs

Gérard Jazottes

Professeur à l'université Toulouse Capitole

Centre de droit des affaires

1 – L'incitation comme objet d'étude

Si le constat de l'affaiblissement de l'impérativité du Droit est aujourd'hui largement partagé, l'une des manifestations de cet affaiblissement, le recours aux incitations, a suscité peu d'attention, à l'exception d'une étude ayant pour objet la mise en œuvre d'une logique incitative en droit du travail¹ ou de la prise en considération de l'incitation comme procédé réglementaire². C'est le premier mérite de cette journée que de s'attacher à l'étude des incitations à la protection de l'environnement. Les différentes interventions enrichiront incontestablement l'étude de l'incitation.

La place limitée de l'incitation en doctrine et la faible reconnaissance de ce que pourrait être la spécificité du recours à l'incitation repose très certainement sur un constat élémentaire : le droit, lorsqu'il régit nos comportements de citoyen, de consommateurs, d'agent économique, veut nous « inciter » à adopter le bon comportement. Dans cette conception classique l'incitation à adopter le bon comportement est l'objectif poursuivi et non l'instrument. Cette conception du Droit comme un ensemble d'incitations se retrouve dans l'analyse économique du droit. Selon R. Posner, le Droit est un « *système qui modifie les incitations et régule les comportements* »³. Le Droit est alors considéré « *comme un mécanisme d'incitation visant à orienter les comportements individuels vers l'efficience* »⁴.

La sanction peut constituer cet instrument. En effet, la sanction, outre sa fonction punitive, a une fonction préventive : inciter les citoyens, les agents, à ne pas adopter le mauvais comportement. La sanction peut donc être conçue comme une incitation, ce qui suppose qu'elle soit efficace, comme l'a énoncé Cesare Beccaria dans son ouvrage « Des délits et des peines » : « *Pour que le châtement soit suffisant, il faut seulement que le mal qui en résulte surpasse le crime ; encore doit-on faire entrer dans le calcul de cette équation la certitude de la punition et la perte des avantages acquis par le délit* ». Cette référence au « calcul » renvoie aujourd'hui au bilan « coût-bénéfice » et à l'analyse économique du droit.

Mais les concepteurs de ce colloque ont souhaité aborder l'incitation à la protection de l'environnement, non pas comme une caractéristique générale du Droit, mais comme un

¹ Doit être signalée une étude ayant pour objet le recours aux incitations en droit du travail : O. Leclerc, T. Sachs, Gouverner par les incitations, La diffusion d'une logique incitative dans le droit du travail, Rev. française de socio-économie, 2015/2 (hors-série), La découverte, p. 171 et s.

² M. Hecquard-Théron, Essai sur la notion de réglementation, thèse Toulouse, Bibliothèque de droit public, LGDJ, 1977, spéc. p. 225 et s.

³ R. Posner, Economic Analysis of Law, 2e éd., Little, Brown, Boston, cité par : S. Ferey, Une histoire de l'analyse économique du droit, Calcul rationnel et interprétation du droit, Bruylant, 2008, p. 217.

⁴ Y. Gabuthy, Analyse économique du droit, présentation générale, Economie et Prévision, 2013/ 1-2 (n° 202-203), éd. Direction générale du Trésor, p. I.

instrument devant conduire à l'adoption du comportement attendu afin de protéger l'environnement. Suivant cette démarche, ils ont décelé une fonction supplétive, améliorer et communiquer, et des fonctions autonomes, dont la contrainte, mais sous la forme d'une interrogation. Ainsi, l'incitation ne s'opposerait pas à la contrainte, puisque toutes deux poursuivent, indirectement ou directement, le même objectif final, l'adoption du comportement social optimal. Mais cette unité dans le but n'interdit pas de s'interroger sur ce qui distingue, dans les moyens, la norme incitative de la norme contraignante. S'il s'agit avant tout d'une question de méthode, il apparaît, plus précisément, que l'incitation à la protection de l'environnement s'insère dans un programme d'action aux ambitions plus ou moins larges et qu'elle est nourrie pas les motivations de ses destinataires.

2 - Une question de méthode. Dans une première approche, il est possible de distinguer la norme contraignante de la norme incitative par la méthode. Ainsi, à propos du droit souple, dont relèvent les normes incitatives lorsqu'elles sont opposées aux normes contraignantes, il a été relevé que le législateur « *plutôt que d'imposer un choix qui n'est pas celui du destinataire de la norme* » « *se contente de suggérer ce choix* » : la normativité « *n'est plus impérative, mais suggestive ou encore persuasive* »⁵. La norme incitative laisse à son destinataire sa liberté de choix mais lui donne de bonnes raisons (une récompense ou une exemption de charge, une satisfaction personnelle) d'adopter le comportement souhaité qu'il soit d'abstention ou de commission. Il est un « *sujet libre ... mais obéissant* »⁶. Mais ces remarques faites à propos du droit souple doivent être précisées s'agissant des incitations. De la lecture des auteurs qui ont cherché à caractériser l'incitation⁷, il est possible de retenir ce que pourraient être les éléments propres à la norme incitative.

3 - L'instrument d'un programme d'action. En premier lieu, et ce point est commun aux deux auteurs pris comme référence, la norme incitative contribue à la satisfaction d'objectifs fixés par l'Etat, objectifs économiques, sociaux ou environnementaux. Elle s'insère donc dans un programme d'action qui peut prendre la forme d'une planification. Ces objectifs peuvent alors être définis plus ou moins précisément. Dans le contexte de la planification il a été indiqué lors de ce colloque que la trajectoire devait être visible et prévisible pour être incitatrice. Mais l'objectif est défini de manière beaucoup plus large lorsqu'il s'agit de faire du consommateur un acteur de la transition écologique pour instaurer une consommation responsable.

4 - La prise en considération des motivations du destinataire. En second lieu, mais ce caractère n'est apparu que récemment, la norme incitative est, dans son contenu, nourrie par les motivations de son destinataire. En effet, si celui-ci est libre de son choix, il convient de le conduire au bon choix en agissant sur les motivations de sa décision, ce qui suppose une

⁵ M.Fabre-Magnan, F. Brunet, Introduction générale au droit, Thémis droit, PUF, 2^{ème} éd., n° 54.

⁶ M.Fabre-Magnan, F. Brunet, op. cit., n° 55.

⁷ M.Hecquard-Théron, op. cit., p. 225 et 226 ; O.Leclerc, T. Sachs, op. cit., p. 174 à 179.

anticipation ou une connaissance des motivations du destinataire de la norme. Apparaît ici une des limites du recours à l'incitation dans la mesure où, comme cela a été indiqué dans le premier rapport, il faut viser la bonne cible avec la bonne incitation. En conséquence, la norme n'est plus absolument impersonnelle, même si elle le reste formellement, puisqu'elle vise une catégorie de personnes, physiques ou morales, définie par ses motivations. Ce peut être un « *destinataire rationnel et intéressé* »⁸. L'incitation repose alors sur un gain espéré par l'adoption du comportement recherché ou sur une perte attendue si le comportement souhaité n'est pas choisi⁹, comme en matière fiscale. Pour promouvoir une consommation responsable, il faut parler au porte-monnaie du consommateur, a-t-il été précisé lors de cette journée. De même, il est apparu que la mise en œuvre d'une démarche RSE par une entreprise peut lui conférer un avantage réputationnel et la transparence demandée ne peut que l'inciter à adopter le bon comportement, notamment parce que « *l'information joue un rôle fondamental sur les marchés* »¹⁰ puisqu'elle offre la possibilité de mesurer l'écart entre le comportement souhaité et la pratique de l'entreprise.

Mais le destinataire de la norme incitative n'est pas qu'un « *homo œconomicus* », qualifié d'« *hypothèse simplificatrice* » par J.Tirole, prix Nobel d'économie¹¹. C'est pourquoi les économistes se tournent vers les sciences sociales pour prendre en considération l'« *homo psychologicus* » ou l'« *homo socialis* » au profit d'une économie comportementale¹². Le contrat parce qu'il suppose une démarche volontaire peut correspondre à ces dimensions. Par ailleurs, si l'on peut parler au porte-monnaie du consommateur, il convient également de parler à son cœur, autre forme d'incitation du droit de la consommation. Enfin, l'estime de soi constitue également un mobile de nos actions. Mais pour actionner ces motivations, l'information, la sensibilisation, l'éducation à l'environnement ont assurément leur rôle à jouer. Mais l'évidence s'arrête là. En effet, il a été montré qu'une démarche honnête d'éducation à l'environnement supposait une réponse à trois questions : qui éduque et par qui éduquer ?, comment éduquer ?, quelle conception de l'environnement retenir ?

Cette dernière caractéristique de la mesure incitative, la prise en considération de son destinataire, n'est pas sans risque. Si l'on peut comprendre que le recours aux incitations est une réponse à l'impuissance publique confrontée à la complexité et à l'ampleur de la tâche, qu'il est dicté par la recherche de l'efficacité pour atteindre un objectif plus que légitime, il convient de rester attentif. D'une part, pour concilier au mieux incitation et contrainte afin d'éviter toute régression. D'autre part, pour éviter tout conditionnement qui priverait chacun de la pleine conscience du choix effectué.

⁸ O.Leclerc, T. Sachs, op. cit., p. 178.

⁹ L'incitation n'est pas nécessairement positive. En ce sens : O.Leclerc, T. Sachs, op. cit., p. 174.

¹⁰ A.Pietrancosta et J.-B. Poulle, Le principe « appliquer ou expliquer », in Les concepts émergents en droit des affaires, sous la dir. de E. Le Dolley, LGDJ Lextenso éditions, 2010, p. 384, n° 21.

¹¹ J.Tirole, Economie du bien commun, Quadrige, PUF, 2022, p. 167.

¹² J.Tirole, op. cit. p. 169 et s.

