

Brève introduction à l'analyse comportementale du droit

par Alberto Alemanno, Professeur de droit européen, HEC Paris
 Geneviève Helleringer, Professeur de droit, Essec Business School
 et Fellow de l'Institute of European & Comparative Law, Oxford University
 et Anne-Lise Sibony, Professeur de droit européen, Université catholique de Louvain

L'essentiel > À la manière d'un kaléidoscope, le savoir empirique sur les comportements humains permet de forger une vision renouvelée des enjeux intéressant les juristes. L'analyse comportementale du droit permet avant tout de nourrir la discussion sur l'efficacité des règles de droit, c'est-à-dire sur leur aptitude à atteindre leur but. Prendre en considération plus systématiquement les comportements dans l'élaboration et l'application du droit constitue une entreprise nécessaire et ambitieuse. La présente introduction à l'analyse comportementale du droit est une invitation à relever ce défi.

Le domaine du droit, c'est l'isthme où se rejoignent les sciences sociales d'observation (...) et les éthiques appliquées.
 René Savatier¹

Qu'un médecin parle plutôt des chances de survie ou des chances de décès influe-t-il sur le consentement du patient ? Le montant convenu pour la limitation de réparation fausse-t-il l'évaluation du dommage réel ? Le rappel à la règle fait au contribuable est-il davantage suivi d'effet si le pourcentage de citoyens ayant un comportement vertueux est signalé ? Autant de questions de fait qui intéressent le droit, car elles déterminent l'efficacité des obligations d'information, de l'indemnisation ou de la norme. Plus généralement, les règles de droit ne peuvent effectivement encourager ou prescrire des comportements que si elles ont réellement prise sur eux.

Reconnaître la pertinence pour le droit du savoir empirique relatif aux comportements humains n'est pas en soi nouveau². En France, la démarche qui consiste à ouvrir la réflexion sur le droit à des sciences dites « auxiliaires » est souvent associée au nom de Jean Carbonnier, lequel avait d'ailleurs commencé à

relever l'utilité de la psychologie³. Concrètement, le discours justifiant les règles de droit eu égard à leur but (« cette loi est utile parce que... ») est nécessairement fondé sur une certaine représentation non seulement du monde⁴, mais aussi des comportements. La réalité de ceux-ci est éclairée par les sciences comportementales. À la faveur de découvertes substantielles en psychologie, économie comportementale et neurosciences⁵, une analyse projetant ce savoir comportemental sur le droit pour en tirer des leçons s'est développée ces dernières années⁶. Concrètement, l'« analyse comportementale du droit »⁷ prend deux formes : d'une part, examiner les implications pour le droit des traits comportementaux mis en évidence par les sciences comportementales ; d'autre part, mettre à jour les hypothèses comportementales implicites incorporées dans le droit, puis les soumettre à un contrôle de vraisemblance psychologique. Encore assez peu connu en Europe, ce champ mérite pourtant l'attention des juristes francophones⁸, y compris eu égard à ses limites⁹. Tel est d'autant plus le cas que, depuis quelques années, des décideurs ont pris conscience des avantages qu'il pourrait y avoir à intégrer les apports des sciences comportementales dans la conception des politiques publiques

(1) Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Panorama des mutations, 3^e éd., Dalloz, 1964, p. 17 (2) V. P. Ancel, Le droit *in vivo* ou plaidoyer d'un membre de la « doctrine » pour la recherche juridique empirique, in Mélanges en l'honneur de P. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 1-17. (3) J. Carbonnier, Études de psychologie juridique, Annales de l'Université de Poitiers, 1949, 2^e série, t. II, p. 1-18. V. aussi, F. Terré, Carbonnier avait raison... à propos de la psychologie juridique, Psycho-Droit 2016, n° 1, n° spécial La psychologie et le droit : Quels liens ?, p. 13. L'objet d'étude envisagé par Carbonnier est restreint à « l'homme juridique », distingué de « l'homme naturel » et la psychologie juridique a uniquement vocation à étudier les comportements humains qui sont façonnés par le droit. L'analyse comportementale du droit s'intéresse plus largement à tous les comportements qui déterminent son efficacité. (4) Sur cet aspect, V. A. Rabagny, L'image juridique du monde, Paris, PUF, 2003. (5) Pour une synthèse, V. D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011, trad. fr. R. Clarinard, Système 1/système 2 : Les deux vitesses de la pensée, Flammarion, 2012. (6) V. not., C. Jolls et alli, *A Behavioural Approach to Law & Economics*, 1998, 50 *Stanford Law Review* 1471 ; J. Rachlinski, *New Law and Psychology*, 2000, 85 *Cornell L. Rev.* 739 ; R. Bubb et R. Pildes, *How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why*, 2014, 127 *Harvard Law Review*, 1593. (7) Pour une discussion sur l'appellation, V. A.-L. Sibony et A. Alemanno, *The Emergence of Behavioural Policy-Making: A European Perspective*, in A. Alemanno et A.-L. Sibony, *Nudge and the Law: A European Perspective*, Hart Publishing, 2015. (8) À notre connaissance, les seuls art. publiés en français sont : A. Biard et M. Faure, Ce que l'économie comportementale peut apporter aux juristes, *RTD eur.* 2015. 715 ; et les art. rassemblés dans Psycho-Droit, 1-2016, n° spécial La psychologie et le droit : Quels liens ?, p. 17-39 ; ainsi que A.-L. Sibony, G. Helleringer et A. Alemanno, L'analyse comportementale du droit - Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe, *RID éco*, à paraître. (9) Nous ne nous y appesantissons pas dans cette chronique, mais il existe bien sûr des risques liés à l'utilisation mal informée de l'analyse comportementale du droit.

et des règles de droit. Cette prise de conscience connaît déjà une traduction institutionnelle au Royaume-Uni ¹⁰, aux États-Unis ¹¹ et dans quelques États membres ¹². Elle trouve aussi une expression au niveau international ¹³, avec l'appui de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) ¹⁴ et de la Banque mondiale ¹⁵.

Dans ce contexte marqué par une forte actualité scientifique et institutionnelle, nous présenterons le champ d'étude émergent de l'analyse comportementale du droit en nous attachant d'abord aux apports de la psychologie pertinents pour le droit (I), puis aux différentes façons dont les juristes peuvent en faire usage (II).

I - Les enseignements comportementaux pertinents pour le droit

Quelques illustrations de biais cognitifs (A) permettent d'introduire un enseignement clé pour le droit : les humains sont irrationnels de manière prévisible (B).

A - L'existence de biais cognitifs

Parmi les différentes branches des sciences comportementales, la psychologie cognitive et sociale offre des contenus particulièrement pertinents pour le droit, notamment l'étude de la formation des jugements, des choix et de la propension à agir. De fait, il a été démontré que des simplifications mentales rendent possible un traitement rapide de l'information *via* une sélection au sein de l'information disponible ¹⁶. Ces raccourcis cognitifs (ou « heuristiques ») nous permettent de naviguer à travers un grand nombre de situations et de prendre de nombreuses décisions au quotidien sans devoir les peser longuement et rigoureusement. Ils génèrent cependant des erreurs d'appréciation ou des tendances en faveur de certaines décisions. Le droit gagnerait à reconnaître ces « biais cognitifs » ¹⁷. Parmi ceux-ci, l'effet de cadrage et l'effet d'ancrage jouent un rôle particulièrement important.

L'*effet de cadrage* désigne l'influence de la présentation des informations sur leur perception. Typiquement, si l'on pré-

sente à un patient atteint d'une pathologie cardiaque l'opération chirurgicale recommandée en l'informant que, cinq ans après l'opération, 90 % des patients ayant bénéficié de ce traitement sont en vie, ou bien si on lui dit que, cinq ans après l'opération, 10 % des patients sont morts, sa réaction sera très différente ¹⁸. Bien que le contenu informationnel soit identique, le cadrage positif (être vivant) ou négatif (être mort) influe grandement sur la probabilité que le patient consente à l'opération. Un autre exemple concerne les référendums : la formulation de la question affecte la perception des citoyens et, partant, leur vote ¹⁹. Prendre conscience de l'existence de cet effet et mieux connaître ses ressorts et son ampleur peut avoir des incidences dans des domaines juridiques variés. Il en va d'autant plus ainsi que, dans une perspective de gain, nous avons tendance à craindre les risques et préférer la certitude, tandis que, pour un choix identique présenté dans une perspective de perte, nous avons tendance à accepter des risques ²⁰. Les décisions publiques et privées en matière de risque sont légion, qu'il s'agisse de risques concernant la santé, la sécurité, des profits ou l'issue d'un litige. Les applications potentielles des connaissances psychologiques sur les attitudes (des décideurs, des autorités de contrôle, du public) par rapport au risque sont donc innombrables.

Un autre biais largement documenté et particulièrement pertinent s'appelle *l'effet d'ancrage*. Il s'agit de l'influence qu'exerce un point de référence sur le jugement. Nous avons tendance à juger par référence à des éléments présents dans le champ cognitif - y compris lorsqu'ils ne sont pas pertinents ²¹. Dans le domaine juridique, les clauses limitatives de responsabilité, par exemple, peuvent être vues à la lumière de ce phénomène cognitif. Même si leur fonction est de plafonner la réparation, elles produisent vraisemblablement aussi un effet d'ancrage. Du seul fait qu'elles mentionnent un montant, elles introduisent nécessairement un point de référence, qui pourra affecter l'évaluation des dommages réels, que ce soit par la victime, par un expert ou par un juge ²².

B - L'irrationalité prévisible

Plus généralement, les sciences comportementales permettent, en premier lieu, de comprendre que les comportements

(10) La *Behavioural Insights Team*, plus connue sous le nom de « *nudge unit* ». (11) La création de la *Social and Behavioral Sciences Team* (SBST) au sein de la Maison-Blanche date de févr. 2015. (12) La *Behavioural Foresights Team* a été créée en 2014 au sein du *Joint Research Center*, une unité de la Commission européenne qui assure l'interface entre la recherche scientifique et la Commission. (13) En France, la réflexion est coordonnée par le service Stratégie interministérielle de modernisation et l'Autorité des marchés financiers a constitué un groupe de travail. En Allemagne, la stratégie « *Wirksam regieren* » a été mise en place par la Chancellerie fédérale. (14) P. Lunn, *Regulatory Policy and Behavioural Economics*, OCDE, 2014 ; OCDE, *Behavioural insights and new approaches to policy design : The views from the field*, 23 janv. 2015. (15) Le Rapp. sur le développement dans le monde 2015 est intitulé *Pensée, société et comportement* et soutient la diffusion de réglementations fondées sur les apports des sciences comportementales, www.banquemondiale.org. (16) G. Gigerenzer et P. Todd, *Fast and frugal heuristics - the adaptive toolbox*, in G. Gigerenzer, P. Todd et *The Centre for Adaptive Behaviour and Cognition* (ABC Research Group), *Simple heuristics that make us smart*, 1999, Oxford University Press, 415 p. (17) D. Kahneman et A. Tversky, *Judgment under uncertainty : heuristics and biases*, 185 Science, 1974, p. 1124-1131. (18) R. Thaler et C. Sunstein, *Nudge : Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008, trad. F. Nudge, *La méthode douce pour inspirer la bonne décision*, Vuibert, 2010, p. 35 (éd. originale). (19) Il n'est, par exemple, pas anodin que, en févr. 2014, les électeurs suisses aient été appelés à se prononcer pour ou contre « la fin de l'immigration de masse ». Le résultat (50,3 % pour) aurait-il été le même si la question avait été posée de manière plus positive ? (20) V. A. Tversky et D. Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, 1981, Science 211, p. 453-58. (21) A. Tversky et D. Kahneman, *op. cit.* (22) Sur ce dernier pt, J. Robbennolt et C. Studebaker, *Anchoring in the Courtroom : The Effects of Caps on Punitive Damages*, 23 Law & Hum. Behav., 1999, p. 353.

humains ne sont pas rationnels au sens radical où l'entendent les économistes, ni même toujours raisonnables au sens supposé par le droit, mais empreints de multiples biais. Dès lors, toutes les règles juridiques qui supposent - généralement implicitement - des comportements beaucoup plus rationnels que ceux que l'on peut réellement observer se voient éclairées d'une lumière plutôt crue. Par exemple, les règles, nombreuses en droit de la consommation, qui prescrivent une information obligatoire, présument-elles que les consommateurs sont des superhéros capables de tenir compte de toute cette information? Comme cela n'est pas réaliste, il semble que ces règles servent en réalité un but autre que la protection effective des consommateurs²³.

Un second enseignement des sciences comportementales tient au caractère systématique des biais cognitifs. Aussi les comportements humains, même non rationnels, sont-ils prévisibles, au-delà des différences individuelles. C'est un objet d'étude prometteur que de rechercher parmi les situations dans lesquelles une intervention du droit est jugée nécessaire, celles où un ou plusieurs effets comportementaux sont très probablement à l'œuvre, dont le droit ne tient pas encore compte. Il est, dans ces cas-là, sensé de se demander si une meilleure intégration des enseignements comportementaux permettrait à l'intervention publique de mieux atteindre son but.

II - L'usage juridique des sciences comportementales

L'utilité des leçons comportementales pour le droit appelle des stratégies pour permettre leur intégration (A), cela dans différents domaines du droit (B).

A - Stratégies d'intégration

Pour intégrer des enseignements comportementaux à la norme, une première stratégie consiste à instaurer une protection sur le mode de l'isolation : on évite que les personnes qui pourraient être sous l'emprise d'un biais ne soient en charge de certaines décisions²⁴. Par exemple, face à la probabilité que les dirigeants de société souffrent de ce que les psychologues appellent le biais d'optimisme²⁵, le droit peut prévoir que certaines décisions doivent être approuvées par des dirigeants non exécutifs. Ce faisant, le droit insère un isolant entre les décisions individuelles sujettes à biais (ici, celles des directeurs) et les résultats (ici, pour la société).

Une deuxième stratégie consiste à « débiaiser », c'est-à-dire, tenter de corriger par des règles de droit les erreurs prévisibles. Un exemple est fourni par le rôle des conseils à qui est confiée une mission de mise en garde des personnes intéressées dans leur évaluation de risques juridique, financier ou autres²⁶.

Au-delà, un usage plus large du savoir comportemental, désigné comme le *nudging*²⁷, consiste à essayer d'influencer certains choix au nom du bien-être de l'individu ou de la collectivité, en jouant sur les biais plutôt que sur des incitations économiques destinées à l'*homo economicus*²⁸. Par exemple, face au risque avéré que la préférence pour le présent n'aboutisse à une épargne retraite insuffisante, le biais d'inertie est un allié précieux pour augmenter le taux d'épargne. Ce biais désigne la tendance que nous avons à ne pas modifier le *statu quo*, alors même que ce serait possible et dans notre intérêt. C'est le mécanisme qui fait que nous ne nous désabonnons pas d'un magazine que nous ne lisons plus ou que nous ne décochons pas une case précochée lorsque nous remplissons un formulaire. Ce biais donne une très grande force aux options par défaut. Or la règle légale peut prévoir des options par défaut, à l'instar des règles supplétives de volonté en matière contractuelle, du principe « silence vaut acceptation »²⁹ en matière administrative, ou encore de la présomption du consentement à donner ses organes³⁰. En matière d'épargne retraite, on pourrait imaginer une disposition selon laquelle, sauf disposition contraire, un prélèvement sur le salaire vient abonder un fonds d'épargne retraite.

Les interventions de ce type appellent une réflexion sur leur légitimité, en particulier au regard de l'autonomie individuelle³¹. Il est intéressant de noter que la puissance publique oriente déjà des choix individuels avec toute une série d'instruments, dont la fiscalité. Ces interventions sont généralement considérées comme légitimes dans leur principe. Partant, il s'agit moins d'un changement de conception de l'action publique que d'un élargissement de la palette de ses moyens. Apprécier la légitimité, et peut-être la constitutionnalité des interventions publiques comportementales³², appelle sans doute une distinction entre les interventions qui laissent la possibilité de refuser l'orientation proposée par la réglementation (par ex., en inscrivant sur un registre son refus du don d'organe) et celles qui ne permettent pas une telle échappatoire, par exemple, l'obligation de mettre sur les paquets de cigarettes des images qui suscitent le dégoût³³.

(23) Pour une critique des obligations d'information dans une perspective comportementale, V. O. Bar-Gill, *Seduction by Contract*, Oxford, OUP, 2012. Pour une discussion dans le contexte européen, V. A.-L. Sibony et G. Helleringer, *EU Consumer Protection and Behavioural Sciences: Revolution or Reform?*, in A. Alemanno et A.-L. Sibony, *op. cit.*, p. 209-233. (24) C. Jolls et C. Sunstein, *Debiasing through Law*, 2006, 35 *Journal of Legal Studies*, 199. (25) Il s'agit de la tendance à anticiper le futur en minorant de manière systématique les risques de survenance d'événements négatifs. S. Taylor et J. Brown, *Illusion and Well-Being: A Social Psychological Perspective on Mental Health*, 103 *Psychol. Bull.*, 1988, p. 193. (26) C. Jolls et C. Sunstein, *op. cit.* (27) F. Nudge, *préc.* (28) Telles des réductions d'impôts. (29) Art. L. 231-1 CRPA. (30) Art. L. 1232-1 CSP. (31) Pour une critique de principe du *nudging*, M. White, *The Manipulation of Choice: Ethics and Libertarian Paternalism*, Palgrave, 2013. (32) A. Alemanno et A. Spina, *Nudging Legally - On the Checks and Balances of Behavioural Regulation*, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, Issue 2, 2014, p. 429-456. (33) R. Baldwin, *From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree*, 77 *Modern Law Review*, 2014/6, p. 831-857.

La réflexion sur le droit et les sciences comportementales ne se limite pas au *nudging* public. En effet, les entreprises aussi s'appuient - souvent depuis bien longtemps - sur un savoir comportemental pour influencer les consommateurs. Certaines de ces pratiques de *nudging* privé appellent une régulation par le droit ³⁴. En Europe, on peut penser à l'interdiction de la vente par inertie, cette pratique commerciale qui consiste à faire fond sur le biais de *statu quo* en précochant une case (comme, par ex., « oui, je veux une assurance annulation » sur un site de vente en ligne de billets d'avion). Cette pratique est désormais interdite par la directive sur les droits des consommateurs ³⁵. L'encadrement des pratiques commerciales d'influence sur les comportements n'est pas limité au droit de la consommation et peut aussi concerner le droit financier, le droit social ou le droit médical, notamment.

B - Domaines d'application

L'étude des usages publics des sciences comportementales et de la régulation de ses usages privés concerne de nombreuses branches du droit. Outre celles qui ont déjà été évoquées, le droit pénal mérite une mention spéciale, car il connaît une tradition en la matière, allant de la criminologie ³⁶ à l'instrumentalisation de certaines peurs, comme celle du gendarme ³⁷.

Le droit fiscal n'est pas en reste, comme l'illustre une expérience pour améliorer le taux de recouvrement des impayés fiscaux menée au Royaume-Uni. Des contribuables en retard ont reçu soit la lettre de rappel standard, soit une lettre modifiée, dont la formulation faisait appel à ce que les psychologues appellent une norme sociale. La lettre mentionnait ainsi le pourcentage de contribuables dans une situation comparable et dans la même zone géographique qui avaient déjà régularisé

leur situation. Le fait d'introduire une comparaison entre le contribuable et ses pairs a augmenté très sensiblement le taux de recouvrement ³⁸. Au passage, cet exemple montre que les apports de la psychologie peuvent être intégrés aux pratiques administratives sans qu'une modification réglementaire ou une nouvelle interprétation de la loi soit nécessaire.

La psychologie intéresse aussi le droit judiciaire, qu'il s'agisse, par exemple des recours collectifs - bel exemple de débat sur les options par défaut avec l'*opt-in* ou l'*opt-out* - ou de la fiabilité de la mémoire des témoins.

Ces exemples sont loin d'épuiser le champ de la pertinence juridique de la psychologie. Ils visent seulement à évoquer l'intérêt qu'il y a à l'investir et à le cartographier plus précisément.

*
* *

À la manière d'un kaléidoscope, le savoir empirique sur les comportements humains permet de forger une vision renouvelée et évolutive des enjeux intéressant les juristes. L'analyse comportementale du droit s'inscrit dans une perspective instrumentale et s'intéresse au droit en tant qu'instrument de politique publique ³⁹. Elle permet avant tout de nourrir la discussion sur l'efficacité des règles de droit, sur leur aptitude à atteindre leur but ⁴⁰. Au regard des innovations substantielles dans la recherche juridique et de l'intérêt grandissant des décideurs politiques, prendre en considération plus systématiquement les comportements dans l'élaboration et l'application du droit constitue une entreprise nécessaire, ainsi qu'ambitieuse. La présente introduction à l'analyse comportementale du droit est aussi une invitation à relever ce défi.

(34) Ce n'est pas le cas de toutes. Par exemple, la pratique d'un employeur qui collerait au sol des autocollants en forme de pieds pour indiquer le chemin des escaliers et inviter les salariés à faire de l'exercice plutôt qu'à prendre l'ascenseur est certainement une pratique d'influence, mais n'appelle pas d'encadrement juridique spécifique. (35) Art. 22 Dir. 2011/83/UE, 25 oct. 2011, sur les droits des consommateurs, JOUE 22 nov., n° L 304. (36) Sur l'introduction de l'économie comportementale, V. P. Morvan, *Criminologie*, LexisNexis, 2^e éd., 2016, n° 122. (37) Le déploiement de figurines de bois le long des routes de province pour inciter les automobilistes à respecter le code de la route exploite typiquement cette disposition psychique. (38) Pour plus de précisions, www.gov.uk. (39) Bien sûr, le droit n'est pas que cela et a notamment une fonction expressive, qui consiste à poser pour elles-mêmes des normes qui expriment des valeurs communes. (40) Mais elle n'est pas normative et ne contient aucun discours sur la « fin bonne » (contrairement à l'analyse économique qui oriente vers la maximisation des richesses).