

« Behavioral Law and Economics »,
une réponse à l'analyse économique du droit
(encadrer les heuristiques et les biais utilisés contre les consommateurs)

Luc GRYNBAUM

Professeur à l'Université de Paris Cité

Chef du département Droit Economie Gestion Université
Sorbonne Abu Dhabi

- Naissance de l'analyse économique du droit en 1961: avec les auteurs Coase et Calabresi
- Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little Brown, 1^{re} éd. 1973
- Approche libérale du droit, le contrat est un outil de maximisation de la richesse; un optimum de création de richesse doit être atteint par les parties ou l'une des parties, sans appauvrir l'autre; du moins en compensant son éventuel appauvrissement (optimum de Pareto)
- Posner adopte une position dite néoclassique de l'équilibre économique qui repose sur la rencontre de l'offre et de la demande dans un marché transparent : les parties disposent donc des informations nécessaires sur les prix

Analyse économique du droit - Consommateurs et information
précontractuelle :

- le bon fonctionnement du marché suppose un choix rationnel, par des acteurs rationnels
 - la difficulté provient de l'information à dispenser afin d'obtenir ce choix rationnel,
 - les coûts de transaction constituent un obstacle pour le consommateur afin d'effectuer un choix rationnel; ils représentent un coût pour les professionnels,
- => dans une approche néoclassique le minimum d'information doit être dispensé par les professionnels afin de maintenir la rationalité des agents (les consommateurs) et de minimiser le coût pour les professionnels;

Analyse économique du droit - Consommateurs et information
précontractuelle :

- dans les marchés concurrentiels : la théorie des jeux permet de justifier l'exclusion du marché des mauvais professionnels (tricheurs, réputation) qui ne dispensent pas d'information, elle permettrait d'exclure naturellement ces professionnels,

=> il n'y pas dans cette approche à renforcer par le législateur, les informations précontractuelles

- éventuellement dans les marchés non concurrentiels, il faudrait intervenir pour obliger à délivrer de l'information afin d'éviter

- Recours à la psychologie cognitive en droit / Analyse économique du droit
- Apparition dans les années 1990
- « Heuristique » : phénomène qui consiste en l'utilisation de règles empiriques, simples et rapides, facilitant la recherche des faits et l'analyse de situations, dans un objectif de prise de décision rapide
 - => heuristiques sont perçues le plus souvent comme des erreurs de jugement car ces méthodes de décision rapide sont affectées de biais cognitifs
 - => elles sont susceptibles de faire dévier l'opinion du consommateur d'un choix dit rationnel
- Or les consommateurs ne disposent pas de toutes les informations et n'évaluent pas nécessairement correctement leurs besoins

Exemple d'heuristiques et de biais

les manipulations des plateformes pour obtenir les données personnelles des consommateurs :

le « privacy paradox »

Les internautes affirment être vigilants sur les données qu'ils communiquent, bien qu'ils les livrent facilement sans contrepartie réelle (Norberg PA, Horne DR, Horne DA: The privacy paradox: personal information disclosure intentions versus behaviors. J Consum Aff 2007, 41:100-126).

Ce phénomène repose notamment sur les « dark patterns » : moyens pour les plateformes de faire livrer des données personnelles que, dans un contexte normal, les consommateurs ne donneraient pas; cette exploitation repose sur des biais.

le « privacy paradox » :

- le modèle « information-consentement » ne suffit pas : les informations sont beaucoup trop longues à lire x par le nbre. de sites,
- « anchoring » : les effets des premières images délivrées à l'internaute, qui l'amènent à livrer ses données,
- « framing » : la présentation positive par le professionnel, assurance d'une meilleure protection,
- « hyperbolic discounting » : la propension à livrer plus de données dès qu'un produit ou service est présenté comme moins cher

le « privacy paradox » :

- « overchoice » : le nombre de choix offert par les plateformes pour protéger ses données est trop important (par ex. pour sélectionner les cookies)
=> finalement, ils acceptent tous les cookies

- « dark pattern » et « design »: l'architecture du site ou de l'application donne le sentiment de choix; toutefois, l'ensemble est conçu pour guider le consommateur vers certains choix :

“interface design choices that benefit an online service by coercing, steering, or deceiving users into making decisions that, if fully informed and capable of selecting alternatives, they might not make” (A. Mathur, G. Acar, M. Friedman, E. Lucherini, J. Mayer, M. Chetty, A. Narayanan: Dark patterns at scale: findings from a crawl of shopping websites; ACM Conf. Comp.-Supported Cooperative Work 2019).

le « privacy paradox »

- le “design” des sites et plateformes résulte lui-même de biais des concepteurs : marketing, ingénieurs, juristes qui participent à leur élaboration sont présentés comme « des ingénieurs ou techniciens , masculins et blancs »
- la confiance accordée par les consommateurs sur la délivrance des données personnelles est accrue sur les réseaux sociaux; car les membres du réseau livrent publiquement les mêmes informations sur leurs préférences (grâce aux « like »)

Remise en question des Behavioral Law and Economics

- “description invariance” : cette école des Behavioral reprend l’axiome du choix rationnel que devrait faire un consommateur moyen bien informé et qui maximise le résultat attendu du bien ou service
- le vrai monde des consommateurs serait différent “true uncertainty”: *the real consumer world include unstable preferences, preference reversals, time-inconsistent preferences, framing effects, non-probabilistic weighting of outcomes, systematic mistakes in probabilistic reasoning due to base rate neglect, loss aversion, over-confidence, or the availability heuristic, and decisions-making based on emotions.* (M. Brenckle, Reconceptualizing Behaviorally Informed Consumer Law and Policy, Loyola Consumer Law Review, 2022; Vol. 34, p. 166)

Remise en question des Behavioral Law and Economics

- “computationally Intractable Decisions” : la difficulté d’évaluer la bonne décision dans un temps raisonnable; par ex. le choix d’un panier de produits à utilité maximum par un consommateur avec un budget contraint

Des substituts ?

- **“Ecological Rationality Theory”** : la théorie de la rationalité écologique (Ecological rationality: intelligence in the world, Peter M. Todd Gerd Gigerenzer eds., 2012; Peter M. Todd & Henry Brighton, Building the Theory of Ecological Rationality, 26 MINDS & MACH. 9, 11 (2016)).
- **“Autonomous choice”** : un mixte d'autonomie de la volonté (autonomy of will) et d'approche libertarienne de l' “autonomie”, le choix par l'individu est par principe le bon choix

“Ecological Rationality Theory”

Cette théorie tient compte à la fois de contraintes posées par l’environnement et que les consommateurs font des choix dans le monde réel dans un contexte:

- d’incertitude,
- dans un temps limité,
- une information limitée,
- et des aptitudes de calcul limitées.

Le but est alors d’obtenir « a good enough decision in real time and with real resources »

“Ecological Rationality Theory”

Les critères de cette rationalité écologique :

- accuracy (pertinence)
- frugality (frugalité)
- speed (vitesse)

Cette théorie récuserait le consommateur moyen : “not relative to the benchmark of a single rational actor model”

“Autonomous choice”

- cette décision en autonomie maximise ou non le bien-être du consommateur
 - elle privilégie la satisfaction de ses préférences
 - cette théorie autorise le consommateur à commettre des erreurs et de vivre selon ses choix
- => cette approche ne fait que remettre en cause toute tentative législative de protéger le consommateur

Résultats de la remise en cause des Behavioral Law and Economics :

- **Accepter les heuristiques** : ne pas prendre de mesures pour obliger à un choix rationnel mais simplement
- Eviter le « préjudice » des consommateurs (“consumer harm”) : **en évinçant les biais** (« Debiasing » : par l’éducation notamment)
- Privilégier le « **nudging** » : pilotage de la décision

Une ouverture pour ces approches psychologiques : les mêmes
biais sont en œuvre pour effectuer des choix écologiques

rationnels (Johan. E. (Hans) Korteling, Geerte L. Paradies and Josephine P. Sassen-van Mee, Cognitive bias and how to improve sustainable decision making, 2023, University of Santa Catarina, Brazil, *Frontiers in Psychology*, 10.3389/fpsyg.2023.1129835) :

- experiential vagueness
- long term effect and future vagueness
- complexity and uncertainty
- threat to the status quo
- threat of social status

- Il faut distinguer les heuristiques/des biais

Selon certains auteurs, le mécanisme de l'heuristique n'est pas nécessairement mauvais ou bien est inévitable, ce sont les biais utilisés pour mettre en œuvre ce mécanisme qui sont à prévenir ou combattre

- La doctrine américaine intègre la psychologie à la fabrication du droit:
 - . Toutefois, elle n'en tire pas nécessairement des conséquences coercitives sur la nécessité d'adopter des textes de protection du consommateur
 - . Voire elle intègre les heuristiques et les erreurs qui peuvent en découler à une forme de choix libertarien du « moi » juridique

En droit européen

- L'analyse économique du droit est à l'œuvre sans le dire :
 - . les informations précontractuelles et la faculté de rétractation
 - . cela évite les coûts de transaction
 - . une égalité formelle entre professionnels européens est ainsi créée
 - . la rationalité du consommateur serait assurée
- En revanche, l'arsenal européen de protection RGPD, DSA, DMA qui multiplie les informations et les obligations à l'égard des plateformes tient-il compte des comportements des consommateurs ?
- Faut il y ajouter du « **nudging** » d'origine légale, pilotage positif ?

MERCI

- O. Bar-Gill, Seduction by Plastic, Nw. U. L. Rev. 2004, p. 1373, -The behavioral economics of consumer contracts , Minnesota Law Review 2008, p. 749, 92 :749
- L. A. Bebchuk, R. A. Posner, One-sided contracts in competitive consumer markets, Michigan Law Review 2006, p. 827 et s., vol. 104 :82.
- M. Brenncke, Reconceptualizing Behaviorally Informed Consumer Law and Policy, Loyola Consumer Law Review, 2022; Vol. 34, p. 166
- R. A. Epstein, The neoclassical economics of consumer contracts, Minnesota Law Review, 2008, p. 803 et s., vol. 92 :803;
- R. A. Posner, Economic Analysis of Law, Boston: Little Brown, 1^{re} éd. 1973; The Law and Economics of Contract Interpretation, Texas Law Review, 2005, vol. 83, p. 1581 et s
- P. M. Todd & H. Brighton, Building the Theory of Ecological Rationality, 26 MINDS & MACH. 9, 11 (2016).
- Ari Ezra Waldman, Cognitive biases, dark patterns, and the ‘privacy paradox’, New York Law School, 2020, digitalcommons.nyls.edu/fac_articles_chapters/1332
- J. Q. Whitman, « Consumerism versus producerism : a study in comparative law », The Yale Law Journal, 2007, p. 340 et s., vol. 117 : 340