

Les nouvelles représentations du juge en économie : le cas de l'économie du droit comportementale



SAMUEL FEREY
(BETA-CNRS, Université de Lorraine)

Cycle de séminaires « Figures du juge »
ULB - 8 octobre 2013

Introduction



- Le juge et l' économie de Smith à Posner
- Le juge et l' économie aujourd' hui: multitude de « modèles économiques du juge »
 - ✦ Economie des coûts de transaction (Williamson)
 - ✦ Economie des contrats incomplets (Tirole)
 - ✦ Le juge comme acteur rationnel (Posner)
 - ✦ Economie du droit appliquée aux systèmes juridiques (*common law vs. civil law: doing business*, Shleifer)
 - ✦ Nouvelle économie politique et contrôle de constitutionnalité
 - ✦ Économie comportementale

Introduction



- Economie comportementale (*Behavioral law and economics*)
 - ✦ Économie expérimentale
 - ✦ Neuro-économie
 - ✦ Economie des préférences sociales
 - ✦ **Economie et psychologie**
- Histoire et corpus : économistes, psychologues, juristes
 - ✦ Kahneman et Tverski, Slovic, Loewenstein, Rabin, Tirole, Fehr
 - ✦ Sunstein et Thaler, Kuran

Introduction



- Economie comportementale vient modifier radicalement le paradigme standard en économie du droit.
- Enjeux pour l' économie, pour le droit positif et pour la théorie du droit...
 - ✦ Représentation de l' acteur/justiciable: anthropologies juridique/économique
 - ✦ Modalités d' intervention du juge: étendu de son contrôle, type de contrôle, interprétation des règles
 - ✦ Objectifs du droit

Introduction



- Plan
 - ✦ I. Qu' est-ce que l' économie comportementale et est-ce important?
 - IA. Rationalité et modèle posnérien
 - I.B. Remises en cause comportementales
 - ✦ II. Vers une représentation cognitive du rôle des juges
 - II.A. Le redressement cognitif et les conditions de la liberté
 - II.B. Le paternalisme libéral
 - ✦ Conclusion: biais des juges et droit

I. Qu' est-ce que l' économie comportementale et est-ce important?



I.A. Rationalité et modèle standard

Rationalité et modèle standard



- La notion de rationalité en économie
 - ✦ Rationalité des préférences: axiomes (Von Neumann et Morgenstern, 1947; Savage, 1954)
 - ✦ Rationalité comme critère de décision: « maximiser » ses préférences ou son utilité sous contraintes (Giocoli, 2003)
 - ✦ Rationalité des croyances et des anticipations (Muth, 1961; Kydland et Prescott, 1977)
 - ✦ Théorie descriptive ou normative? (Mongin, 2013)
- L'application au droit: le modèle posnérien
 - ✦ Justiciables sont considérés comme rationnels
 - ✦ Les règles de droit sont des contraintes économiques (prix implicite de la sanction)
 - ✦ Le juge cherche à maximiser le bien-être social

Rationalité et modèle standard



- Exemple: le modèle de responsabilité civile unilatérale
 - ✦ Niveau de précaution: x ; coût de précaution $A(x)$
 - ✦ Montant du dommage: D
 - ✦ Probabilité du dommage $p(x)$
 - ✦ Fonction de coût social: $FCS = A(x) + p(x).D$

 - ✦ Il existe un niveau de précaution x^* qui minimise la FCS

 - ✦ Un planificateur omniscient et bienveillant chercherait à implémenter x^*
 - ✦ Un système de marché parfait amènerait au même résultat (théorème de Coase)
 - ✦ ...Mais ni l' un, ni l' autre n' existe!

Rationalité et modèle standard



- Un système de droit pallie l'absence de planificateur et l'absence de marché parfait par un système d'incitations:
 - ✦ Imaginons que la règle de responsabilité soit un régime de responsabilité stricte (sans faute). L'auteur du dommage paye de toutes façons D à la victime si jamais l'accident arrive.
 - ✦ Par conséquent, l'auteur du dommage rationnel cherche à minimiser sa fonction de coût privé: $FCP = A(x) + p(x).D$
 - ✦ Il choisira x^* !
- Un seul modèle pour trois représentations
 - ✦ Représentation du droit comme sanction
 - ✦ Représentation du justiciable comme un agent rationnel
 - ✦ Représentation du juge et de l'interprétation juridique

I. Qu' est-ce que l' économie comportementale et est-ce important?



I.B. Remises en cause comportementales

Remises en cause comportementales



- Economie comportementale vient modifier radicalement le paradigme standard en économie du droit
- L'hypothèse de rationalité limitée (Sunstein, 2001; Kahneman, 2011)
 - ✦ Égoïsme est limité
 - ✦ **Capacités cognitives sont limitées**
 - ✦ **Pouvoir sur soi-même est limité**

Remarque: il ne s'agit pas de dire que l'information est limitée mais que les processus de traitement de l'information sont imparfaits.

Remises en cause comportementales



- Pluralité de l'acteur économique
 - ✦ En termes de préférences: instabilité des préférences (*context dependence*)
 - ✦ En termes de processus de décision. Concurrence de différents processus de prise de décision: les systèmes 1 et 2 de Kahneman.
- Un exemple (expérience) : une loterie
 - ✦ Imaginons le jeu suivant: un dé à 6 faces, l'individu lance le dé: si le nombre gagnant sort, l'individu touche 12 euros.
 - ✦ Individu ne connaît pas le tirage final : l'information n'est pas parfaite
 - ✦ Individu peut jouer ou non : comportement rationnel (dépend de son goût pour le risque).
 - ✦ Question aux individus: combien êtes-vous prêt à payer pour jouer à ce jeu?

Remises en cause comportementales



- Deux situations expérimentales testées:
 1. Le numéro gagnant s' affiche avant le lancé
 2. Le numéro gagnant s' affiche pendant que le dé roule
- Résultats: les agents sont prêts à payer davantage dans la situation 1 que dans la situation 2! Rationalité limitée
- Autres exemples: Kahneman et Tverski (1974), paradoxe de Allais (1952)

Remises en cause comportementales



- De quelques biais et heuristiques... (Gabaix *et alii.*, 2012)
 - ✦ Biais de rationalisation
 - ✦ Biais de *statu quo*
 - ✦ Biais d'optimisme (*self-serving bias*)
 - ✦ Heuristique de disponibilité
 - ✦ Heuristique de représentation
 - ✦ Heuristique d'ancrage
- On peut donc être irrationnel de manière prédictible et il y a une science rationnelle de l'irrationalité

II. Vers une représentation cognitive du rôle des juges.



- Quels usages de ces résultats d'économie comportementale en droit?
 - ✦ Un nouveau rôle social pour le droit
 - ✦ De nouvelles modalités d'intervention du système juridique
 - ✦ De nouvelles ressources pour la théorie de l'interprétation
- Deux modèles: redressement cognitif et paternalisme libéral

II. Vers une représentation cognitive du rôle des juges.



II.A. Le redressement cognitif et les conditions de la liberté

Le redressement cognitif et les conditions de la liberté



- Le rôle cognitif du droit, l'autonomie individuelle et les conditions de la liberté: anthropologie juridique et anthropologie économique.
- Lutter contre les entrepreneurs de biais et les « erreurs » individuelles : le redressement cognitif (*debiasing*)
- Exemple. Les cascades de disponibilité (Kuran et Sunstein, 1998)
- Le juge, agent rationnel dans un monde « irrationnel »?

Le redressement cognitif et les conditions de la liberté



- Le redressement cognitif comme modèle du juge: interprétation juridique et économie comportementale
- Exemple: le droit de la concurrence
 - La notion « d'abus de position dominante » en droit de la concurrence (Deschamps et Ferey, 2013 ; Petit et Neyrink, 2010)
 - ✦ Biais de *statu quo* (Affaire Microsoft devant le TPIUE)
 - ✦ Biais de représentation (Sanofi, AC)
 - ✦ Biais de persuasion (GEG, AC)
 - Les décisions : engagements et injonctions
- Les difficultés du redressement cognitif

II. Vers une représentation cognitive du rôle des juges.



II.B. Le paternalisme libéral

Le paternalisme libéral



- Le retour du paternalisme en économie: Paternalisme asymétrique, paternalisme libéral, politiques publiques (Duflo et Banerjee, 2012)
- Définition: « un agent X agit de manière paternaliste vis-à-vis d'un agent Y en faisant Z si 1/ Z interfère avec la liberté de Y, 2/ Z est effectué sans l'accord de Y et 3/ X agit ainsi pour le bien-être de Z »
- Le paternalisme libéral n'est pas un « oxymore » (Sunstein et Thaler, 2003): est-il possible de concilier libéralisme et paternalisme?

Le paternalisme libéral



- Exemples de dispositifs juridiques paternalistes
 - ✦ Les périodes de réflexion obligatoire (*cooling-off periods*)
 - ✦ Les règles de défaut (*default rules*)
 - ✦ L'auto-contrainte
 - ✦ La limitation des choix
 - ✦ Le *framing*
- Le respect de la liberté individuelle et la défense de l'autonomie
- Le rôle du juge dans la mise en place de dispositifs paternalistes (Ferey et Deschamps, 2013).

Conclusion



- Représentation des justiciables en économie et en droit: l'économie comportementale comme rationalisation des dispositifs juridiques
- Rationalité parfaite reste l'étalon
- Théorie de l'interprétation et économie du droit
- L'épineuse question des biais des autorités judiciaires: procédure, expertise et biais comportementaux (Guthrie, Rachlinski, Wistrich, 2001)

Références indicatives



- Le séminaire est fondé sur les articles suivants où vous trouverez les références complètes des auteurs cités:
 - ✦ S. Ferey et B. Deffains (2013), « Les fonctions cognitives du droit dans la pensée de Cass Sunstein », *Revue économique*, à paraître.
 - ✦ S. Ferey et M. Deschamps (2013), « Économie comportementale et politique de concurrence. Une étude du cas français », *Revue française d'économie*, vol. 27, n°4, pp. 1-34.
 - ✦ S. Ferey (2011), « Paternalisme libéral et pluralité du moi », *Revue économique*, vol. 62, n°4, pp.737-750.

Les nouvelles représentations du juge en économie : le cas de l'économie du droit comportementale



SAMUEL FEREY
(BETA-CNRS, Université de Lorraine)

Cycle de séminaires « Figures du juge »
ULB - 8 octobre 2013