

Commentaire

Philippe Mongin

Professeur affilié à HEC

S'il faut louer ce rapport, c'est assurément pour son écriture concise et lisible, mais aussi et surtout parce qu'il choisit un angle d'attaque neuf et original sur un sujet passablement rebattu.

Pour aider la puissance publique à réaliser son objectif tutélaire de protection du consommateur, l'économie du bien-être doit améliorer la construction néo-classique de ce personnage qui, aujourd'hui encore, inspire ses recommandations courantes. Les premiers maîtres du néo-classicisme, comme Pareto, se représentaient le consommateur à la manière d'un agent faible par l'influence qu'il exerce sur les marchés, mais fort par l'information et la rationalité dont il dispose ; c'est-à-dire sachant parfaitement ce qui lui est offert et capable de l'évaluer suivant une préférence fixe et cohérente. Les néo-classiques de la seconde moitié du XX^e siècle firent grand cas du déficit d'information, ce qui entraîna la théorie économique dans un cycle de recherches fascinantes, mais ils ne transgressèrent pas l'hypothèse de rationalité absolue qu'avaient introduite leurs prédécesseurs. Il reste à franchir le pas le plus difficile, qui est d'affaiblir cette hypothèse sans renoncer à structurer logiquement les problèmes de décision individuels, et par là, sans rompre tout à fait avec les travaux précédents.

La vie économique elle-même, avec ses évolutions technologiques pour les unes et purement commerciales pour les autres, achève de jeter le doute sur cette figure de l'homme économique rationnel qui était si commode à développer par la théorie. Désormais, dans le panier de consommation moyen, les produits et les services ordinaires tendent à céder la place à des prestations plus complexes, comme celles des opérateurs de télécommunications, et ces prestations tendent à s'inscrire dans des rapports eux-mêmes complexifiés avec les producteurs – la vente liée, l'abonnement ou le contrat de fourniture prenant le pas sur la vente simple. Il est devenu

presque impossible d'acheter un meuble ou un appareil ménager sans que le vendeur intervienne de multiples manières, pour monter, démonter, expliquer, réparer, relancer. Si l'on simplifie beaucoup, on dira que les biens se dématérialisent sous forme de services, qui se dématérialisent eux-mêmes sous forme de contrats implicites.

Xavier Gabaix, Augustin Landier et David Thesmar évoquent ces transformations et en tirent la conclusion importante que la lutte contre les ententes et les monopoles, à quoi se ramènent si souvent les conseils d'économistes, ne suffit plus à garantir la protection du consommateur. Il faut considérer aussi deux autres causes de la perte de bien-être, d'une part, l'*information incomplète* du consommateur, et d'autre part, sa difficulté inhérente à traiter correctement l'information, qu'elle soit complète ou incomplète, c'est-à-dire sa *rationalité limitée*. On les félicitera d'avoir mis au centre la distinction claire de ces deux concepts, sans laquelle on ne comprendrait pas le projet intellectuel propre à l'économie comportementale ; car c'est bien la rationalité limitée que celle-ci veut prendre en charge, sachant que le traitement de l'information a déjà fait, dans la théorie économique, des études intensives qui viennent d'être dites.

Les déficiences du consommateur donnent lieu à des manipulations innombrables de la part des entreprises, manipulations qui sont tellement bien comprises qu'on les trouve répertoriées dans les cours de marketing des écoles de commerce. D'une part, les entreprises suppriment de l'information ou l'embrouillent à dessein, comme l'illustrent tant de plaquettes de produits financiers ou de contrats d'assurance ; d'autre part, elles jouent habilement sur divers biais cognitifs, par exemple, celui de saillance, qu'illustre l'exemple des chambres d'hôtel étudié en détail par Gabaix et Laibson. D'autres manipulations deviennent possibles en raison de traits psychologiques soulignés par l'économie comportementale, mais dont il n'est pas manifeste qu'ils relèvent encore de la rationalité limitée ; il en va ainsi des formes particulières de l'escompte temporel, que l'on peut voir comme une donnée des préférences individuelles, sans que les unes puissent être dites plus rationnelles que les autres. C'est en fait une question ancienne et mal tranchée que de savoir si le jugement normatif doit s'étendre jusqu'aux attitudes subjectives à l'égard du temps, ou s'il faut être agnostique à leur égard, de la même façon que la théorie néo-classique envisage, sans prendre parti, que la préférence du consommateur puisse ne pas être croissante ou convexe.

Les préconisations des auteurs sont cohérentes avec la réorientation qu'ils proposent à l'économie du bien-être. Pour compenser la sous-information endémique des consommateurs, il faudrait encourager le partage entre eux de ce qu'ils savent déjà, en utilisant mieux l'internet notamment, et il faudrait développer plus systématiquement les évaluations extérieures sur le modèle du *rating*. Pour épargner aux consommateurs certains pièges de la rationalité limitée, les fournisseurs devraient obligatoirement prévoir des options par défaut, conçues pour être faciles à saisir et peu risquées,

et alléger les coûts de sortie des relations contractuelles instaurées avec la clientèle. Ces orientations paraissent frappées au coin du bon sens et relativement faciles à mettre en œuvre. La proposition la plus substantielle du rapport est d'instaurer en droit français, du moins à l'usage des consommateurs, la possibilité d'intenter en justice des recours collectifs ou actions de groupe. Les auteurs pouvaient s'autoriser des considérations théoriques précédentes, parce qu'il est dans la nature de ces recours de mutualiser, d'une part, l'information sur les dommages et les voies légales, d'autre part, l'effort cognitif pour établir les causalités et les responsabilités. Ils préfèrent invoquer le vieux paradoxe de l'action collective : quand les dommages sont faibles pour chacun des consommateurs en particulier, ils ne sont pas suffisamment motivés pour recourir isolément. Cette raison est excellente, mais comme elle vaut aussi pour des agents parfaitement rationnels et informés, il serait conforme à l'esprit du rapport de ne pas s'arrêter là et de montrer comment les raisons qui inspiraient les autres recommandations peuvent aussi favoriser le recours collectif.

Ainsi, le rapport nous semble très intelligemment orienté, et s'il nous faut en signaler maintenant un défaut, ce sera celui d'être surtout programmatique. En plaçant à la fin de leur texte un glossaire des biais, les auteurs renseignent utilement le lecteur, mais ils lui font aussi comprendre qu'ils n'auront finalement sollicité qu'à petites doses l'économie comportementale dont ils se réclament. De fait, celles de leurs analyses et préconisations qui touchent à la rationalité limitée ont à voir avec les biais de statu quo et de saillance, ainsi qu'avec les attitudes de procrastination, et elles laissent de côté bien d'autres biais du glossaire dont les stratégies commerciales font leurs choux gras. En somme, le projet neuf et passionnant d'importer l'économie comportementale dans celle du bien-être n'est pour l'instant qu'effleuré. À la décharge des auteurs, nous ajouterons qu'ils explorent un territoire presque vierge et que la carte dont ils disposent pour cela présente encore bien des lacunes. Car l'économie comportementale ne se développe pas du tout de la même manière que la théorie néo-classique de naguère ; ses résultats n'ont presque jamais la forme générale et ils consistent souvent en simples trouvailles astucieuses, ce qui peut justifier l'apparence décousue des emprunts et la forme même du lexique pour définir le corpus de référence.

La préconisation du recours collectif appelle une discussion particulière. Les consommateurs d'aujourd'hui se trouvent engagés avec leurs multiples fournisseurs dans des relations tellement opaques et flottantes que ces fournisseurs en profitent pour abaisser les prestations, rehausser les tarifs ou imposer des charges presque à l'insu des intéressés. Le paradoxe de l'action collective joue à plein parce que les enjeux monétaires sont souvent très petits en chaque occasion particulière. Le recours collectif, qui mutualise les frais du litige, semble offrir une réponse de bon sens, et les auteurs se retrouvent en bonne compagnie lorsqu'ils le recommandent. La Commission européenne y travaille depuis plusieurs années, le Parlement européen s'y

intéresse aussi, et la France n'a pas connu moins de trois propositions de loi pour l'instaurer, deux à l'Assemblée nationale en 2006 et 2007, et une au Sénat en 2006. Il avait été question de l'inclure dans la loi de modernisation de l'économie votée en 2008, mais le gouvernement décida finalement de lui consacrer un projet de loi spécifique. Le quinquennat de Nicolas Sarkozy s'achève finalement sans que la réforme ait vu le jour, mais elle a progressé dans les esprits grâce à ces tentatives ainsi qu'aux études préalables⁽¹⁾.

Le rapport est plus sensible aux avantages qu'aux inconvénients du recours collectif, ce qui nous incitera, puisque notre but est de le compléter, à mettre en exergue l'un des inconvénients : la réforme ne manquerait pas de perturber le droit français pris dans son ensemble. Les auteurs identifient un peu trop vite la position des adversaires à celle du patronat, qui – on les suivra volontiers sur ce point – n'a pas su chiffrer de manière satisfaisante les charges supplémentaires que le recours collectif imposerait aux entreprises. L'opposition provient aussi des juristes, et elle est alors bien plus solide parce qu'elle ne repose pas sur des faits contestables, mais sur une argumentation : le recours collectif heurte certains principes du droit français qui contribuent à lui donner son organisation logique.

D'une part, le principe de *l'autorité relative de la chose jugée* affirme qu'un jugement ne produit d'effet qu'à l'égard « de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité » (article 1351 du *Code civil*). Dans la plupart des variantes du recours collectif, un jugement du tribunal défavorable au professionnel produira des effets au-delà des parties effectivement présentes ou représentées lors de l'action judiciaire. Il en va ainsi, par définition même, dans le système de l'*opting out* (les bénéficiaires n'ont pas besoin d'être inscrits), mais il peut même en aller ainsi dans certaines formes-limites de l'*opting in* (le système opposé)⁽²⁾. D'autre part, suivant une glose traditionnelle de l'article 31 du *Code de procédure civile*, l'action en justice est réservée à celui qui a un intérêt direct, personnel et certain au succès de l'action. Ce principe de *la qualité pour agir*, dont le pré-supposé individualiste est évident, serait gravement bousculé si le recours collectif entrait dans notre droit. Il connaît quelques exceptions notables, dont l'une est pertinente ici : les syndicats peuvent défendre en justice les intérêts d'autres personnes que leurs mandants. C'est aux juristes de décider si cette exception, qui est encadrée, peut ouvrir la voie au recours collectif

(1) Outre le *Rapport sur l'action de groupe*, remis au ministre des Finances et au garde des Sceaux par Guillaume Cerutti et Marc Guillaume en 2005, il faut mentionner le *Rapport sur la dépénalisation de la vie des affaires*, remis au Garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon en 2007. Celui-ci consacre une partie substantielle au recours collectif, qu'il recommande d'instaurer suivant une réforme détaillée en huit points.

(2) La proposition de loi de 2006 à l'Assemblée nationale retenait l'*opting in* comme celle du Sénat, mais elle s'en séparait en permettant que, sous un certain plafond de dommages-intérêts, les consommateurs qui ne se sont pas manifestés auprès du tribunal soient présumés inscrits à l'action et donc bénéficiaires de ces dommages-intérêts.

des consommateurs, mais on peut déjà entrevoir une difficulté qu'ils rencontreront : si le précédent syndical favorise la réforme, n'aura-t-elle pas un effet en retour sur ce précédent ? En d'autres termes, une fois le recours collectif entré dans le droit de la consommation, n'y aurait-il pas lieu de le transporter vers le droit de travail dès lors que celui-ci a servi de modèle ?

La discussion doit faire intervenir un autre principe encore du droit civil, celui de la *réparation intégrale*. Comme la Cour de Cassation l'a indiqué dans un arrêt de 1963 : « Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »⁽³⁾. Pour le coup, ce principe n'est pas remis en cause par le recours collectif et il peut même lui offrir un soubassement juridique, ainsi que certains l'ont fait remarquer. Mais il peut aussi déboucher sur un argument contraire si l'on se place sur un plan positif et non plus normatif : la question est alors de savoir quelles conséquences financières la réforme comportera pour les entreprises, sachant que *les tribunaux seront normalement tenus d'appliquer le principe de la réparation intégrale*. La question impose sa réponse : les dommages-intérêts seront mortels pour certaines entreprises, en particulier dans le système généreux de l'*opting out*. Le rapport élude cette conséquence parce qu'il ne fixe pas précisément le contexte juridique de sa recommandation ; or celui-ci est le droit positif français, ce qui emporte des contraintes déterminées.

En bref, il manque au rapport d'avoir su articuler juridiquement son propos. Il ne serait pas pertinent d'invoquer en réponse la division du travail entre le droit et l'économie. En effet, comme il vient d'être dit, l'évaluation proprement économique de la réforme suppose de tenir compte du droit tel qu'il est. Par ailleurs, et c'était notre première observation, il faut apprécier la réforme locale du recours collectif en fonction des effets qu'elle produit sur le système juridique globalement, et cette appréciation relève dans une certaine mesure d'un calcul coût-bénéfice. La discipline *law and economics* intervient dans le rapport en liaison presque exclusive avec les incitations des parties prenantes ; elle pourrait avoir un rôle plus ambitieux à jouer sous l'angle que nous soulignons maintenant.

Revenant à la rationalité limitée, nous voudrions glisser quelques observations peut-être complémentaires de celles du rapport. Il semble naturel d'encourager les notations des fournisseurs tout en les rendant publiques et vérifiables ; mais ce faisant, ne risque-t-on pas d'encourager artificiellement les biais d'ancrage ? Un produit bien noté peut devenir une référence par rapport à laquelle on appréciera non seulement ceux qui sont moins bien notés, mais ceux qui ne sont pas notés du tout ; le consommateur risque de négliger le dernier groupe, et à l'intérieur de celui-ci, particulièrement les produits qui ont une conception technique différente de la référence.

(3) Cité par Le Prado D. (2006) : « Équité et effectivité du droit à réparation », Conférences de la Cour de Cassation.

Le secteur électroménager abonde en exemples triviaux : la cuisinière ou l'armoire à vins qui constitue le « maître achat » de telle grande enseigne de la distribution tend à évincer les équipements qui ne reposent pas sur le même principe (comme la cuisinière à gaz ou l'armoire à vin sans moteur). L'observation n'est pas nouvelle : les notations, surtout quand elles fixent l'attention sur un produit donné, limitent la diversité de choix, aggravent l'impression d'obsolescence, et se prêtent à des manipulations en même temps qu'elles servent – cela n'est pas douteux – à en contrarier d'autres.

On peut extrapoler cette brève discussion par une remarque théorique : un accroissement d'information, s'il est favorable sauf dans certains contextes stratégiques déterminés, peut s'accompagner d'un *accroissement des biais de traitement*, et celui-ci, d'après les auteurs eux-mêmes, est souvent défavorable. L'arbitrage serait à discuter plus profondément.

Par ailleurs, si la rationalité limitée doit entrer en ligne de compte, il faut que ce soit des deux côtés du marché. Les entreprises sont exposées à des biais de toute sorte, non moins que les consommateurs, et l'on peut se demander contre lesquels ceux-ci doivent être défendus en priorité, de leurs propres biais ou de ceux des entreprises. Les relances publicitaires et promotionnelles sont intéressantes à examiner sous cet angle (et il pourrait être plus souvent question de publicité dans le rapport, car le sujet se prête à l'angle d'attaque choisi). Suivant toute apparence, les relances impliquent des biais réciproques : il est certain qu'elles activent ceux des clients (familiarité, confirmation, persuasion), mais il est aussi probable que les fournisseurs en surestiment les bénéfices et expriment ainsi leurs propres biais (familiarité, confirmation, persuasion de nouveau). C'est que, tout en croyant jouer sur certaines formes d'irrationalité par les relances, les entreprises en négligent d'autres qui en réduisent l'effet, principalement le biais de statu quo. L'inertie naturelle du consommateur rend inutile de le solliciter trop souvent ; sans doute la même inertie fera-t-elle qu'il supporte le dérangement de la relance même si elle est exaspérante ; mais des ressources auront été gâchées tant de son côté que de celui de l'entreprise, ce qui est de nature à solliciter l'intervention publique. Sur cet exemple précis, la rationalité limitée de l'entreprise apparaît sous la forme compliquée d'une *mauvaise appréciation de la rationalité limitée du consommateur* ; mais il doit aussi exister aussi, pour la première, des formes plus directes de biais, finalement comparables à celles qui affectent le second.

Enfin, le texte donne parfois l'impression que les biais sont dans l'ensemble socialement désavantageux, alors que les auteurs voient en fait plus largement leur rôle. Dans l'essai *Nudge* qui inspire certaines de leurs idées, Thaler et Sunstein proposent de mettre à profit la rationalité limitée du consommateur pour réaliser à moindre coût des interventions publiques améliorantes. On peut donner plusieurs sens à la formule-clef du livre, *Libertarian Paternalism* (ici reprise dans la traduction un peu trop franglaise de « paternalisme non invasif »). Thaler et Sunstein excellent plus dans l'invention d'exemples percutants que dans l'analyse conceptuelle, mais on

peut, à partir du cas prototypique de la cafétéria⁽⁴⁾, offrir une interprétation à leur place : *ce qui rend le paternalisme non « invasif » est l'activation d'un biais psychologique chez l'agent pour l'amener à faire ce qui est avantageux*. Il n'y a pas d'empiétement sérieux sur la liberté de l'agent parce que le procédé va dans le sens de sa plus grande pente ; on ne lui demande pas de revenir sur lui-même, de se diviser entre un moi ordinaire et un surmoi rationnel, on le fait bénéficier des conséquences non intentionnelles et peut-être même non reconnues de son activité spontanée, lorsqu'il y a moyen de l'orienter favorablement. Repris par Xavier Gabaix, Augustin Landier et David Thesmar, le choix des options d'assurance par défaut illustre l'intérêt social du *nudge* ainsi compris, et du coup, l'avantage que l'intervention publique trouve aussi dans l'existence des biais.

(4) Les responsables de la cafétéria veillent à mettre les plats diététiques dans la position la plus accessible aux consommateurs ; c'est l'exemple même du coup de pouce (*nudge*), par lequel on facilite une bonne décision sans l'imposer.