L'approche psychologique du droit : pour mieux comprendre les étincelles de folie et de sagesse

Catherine Régis*

Introduction 175
I. Mise en contexte 178
II. Constats de l'APD et exemples d'application 180
III. Entre intérêt général et autonomie, mon cœur balance 187
Conclusion 189

* Professeure agrégée, CRDP, Faculté de droit, Université de Montréal, Chaire de recherche du Canada sur la culture collaborative en droit et politiques de la santé

L'auteure remercie le Fonds de recherche Société et culture du gouvernement du Québec pour son soutien financier. Pour une étude complémentaire sur le sujet de ce texte, voir Catherine RÉGIS, « L'approche psychologique du droit : vers une meilleure compréhension des processus décisionnels », dans Georges AZZARIA (dir.), *Les cadres théoriques et le droit. Actes de la 2e Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 301.

15-Regis.indd 173 18-11-28 10:12

15-Regis.indd 174 18-11-28 10:12

Introduction

Je suis rationnel Tu es rationnel
Il n'est pas rationnel ! Sommes-nous rationnels ?
Mais, au fait, qu'est-ce que la rationalité ?

Si le postulat de l'acteur rationnel (Homo Economicus)[1] sensé et circonspect peut être à certains égards réconfortant (et parfois utile) pour le droit, à travers les possibilités qu'il propose d'une élaboration et d'une application tout aussi rationnelle et objective de ses préceptes[2], il demeure une curiosité, voire une source d'exaspération croissante, pour certains secteurs des sciences humaines et sociales. En effet, nous semble-t-il, le doute alimenté par la recherche empirique en psychologie sociale et cognitive s'installe pour y rester. La théorie de l'acteur rationnel est-elle ce phare rassurant qui guide stoïquement les citoyens, les justiciables, les

1 Très simplement résumé, ce postulat présume que les gens cherchent à maximaliser leur intérêt individuel. Notons que cette réaction au modèle de l'acteur rationnel, important dans l'analyse économique du droit, témoignerait en fait d'une posture nord-américaine sur l'enjeu qui nous occupe. Sibony et Alemanno mentionnent que l'analyse économique du droit ayant laissé une forte empreinte en Amérique du Nord, comparativement à l'Europe, les auteurs qui s'intéressent à l'approche psychologique tentent d'expliquer sa pertinence par rapport à ce modèle. Ce réflexe serait moins naturel en Europe où les analystes du droit pourraient simplement partir du postulat que les sciences comportementales raffinent notre compréhension des stratégies de régulation. Voir : Anne-Lise SIBONY et Alberto ALEMANNO, « The Emergence of Behavioural Policy-Making : A European Perspective », dans Anne-Lise SIBONY et Alberto ALEMANNO (dir.), *Nudge and the Law : A European Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 400.

2 « Rationality plays a mythical role creating a comforting illusion of control through the rational application of Law » : Jon ELSTER, *Alchemies of the Mind : Rationality and the Emotions*, Cambridge University Press, 1999 ; voir aussi Jon ELSTER, *Solomonic Judgements : Studies in the Limitation of Rationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989. Il y a une résistance historique dans le domaine juridique à étudier et incorporer des « concepts flous » comme les émotions, lesquels peuvent paraître comme manquant de rigueur. Un auteur a déjà souligné que le droit a typiquement considéré les sciences sociales comme « atheoretical » : Jeremy A. BLUMENTHAL, « Law and Social Science in the Twenty-First Century », (2002) 12 *South Calif. Interdiscip. Law. J.* 1.

15-Regis.indd 175 18-11-28 10:12

législateurs, les juges, les décideurs publics au-delà du brouillard composé d'émotions, « d'erreurs », de tempêtes d'incertitudes et d'imprévisibilités (du moins apparentes), qui se jettent contre lui ? Il semble que non, que l'illusion mérite d'être dissipée, minimalement reconnue, pour naviguer avec le bon gouvernail – certes en eaux troubles parfois – vers le port de destination. Le droit peut-il faire l'économie de ces connaissances qui permettent de mieux (pas parfaitement !) comprendre les pourtours de la « rationalité » humaine, des processus décisionnels réels plutôt qu'idéalisés qui influencent les individus ? Peut-être... Mais doit-il le faire ? Dépendamment de l'objectif et du contexte, nous proposons que non, qu'il serait dommage de mettre un cadenas sur le coffre à outils des sciences comportementales[3], limitant ainsi la diversification du coffre à outils du droit.

Dans cet article, nous proposons de dresser un portrait général de l'approche psychologique du droit (ci-après APD)[4], agrémenté de quelques précisions et questionnements. Succinctement, il s'agit d'un cadre d'analyse qui se drape de connaissances en psychologie cognitive et sociale afin de raffiner la compréhension des processus décisionnels humains, et ce, sur la base de constats empiriques. L'objectif en est de mieux appréhender la pertinence de certains outils, institutions et interventions qui intéressent le monde juridique ou les politiques publiques. Pour ce faire, l'approche identifie, évalue et critique l'alignement des moyens et des objectifs[5] dans un souci de justice ou d'efficacité (lorsque l'une de ces finalités est recherchée). La loupe à travers laquelle l'APD effectue cette délicate tâche, dont l'ampleur et la précision évoluent au rythme du développement des connaissances en psychologie, est celle des biais systématiques de la pensée humaine qui influent sur les capacités de jugement, de prédiction et

---

3 Expression utilisée par Sibony et Alemanno, voir A.-L. SIBONY et A. ALEMANNO (dir.), préc., note 1.

4 Soulignons qu'un débat existe quant au choix de l'expression appropriée pour décrire cette approche. Voir la discussion dans Catherine RÉGIS, « L'approche psychologique du droit : vers une meilleure compréhension des processus décisionnels », dans Georges Azzaria (dir.), *Les cadres théoriques et le droit. Actes de la 2e Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 301.

5 Thomas S. ULEN, « The Importance of Behavioral Law », dans Eyal ZAMIR et Doron TEICHMAN (dir.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, 2014, p. 93.

15-Regis.indd 176 18-11-28 10:12

d'engagement dans un processus d'allocation de ressources[6]. L'APD reconnaît, en outre, le fait que la pensée humaine doit régulièrement émettre des inférences sur des aspects du monde dans un contexte de contraintes multiples, telles que le temps, les connaissances et la capacité d'analyse limitée[7]. Ultimement, cette approche révèle des sources d'influences sur le jugement humain qui ne se sont pas mises en relief par d'autres cadres d'analyse.

D'emblée, une précision s'impose. À la manière d'un kaléidoscope, l'APD, dans le sens où nous la concevons, propose une vision éventuellement différente et nécessairement évolutive des enjeux qui peuvent intéresser les juristes et les autorités régulatrices, entre autres. Elle cherche à contribuer à un élargissement des regards possibles sur le monde, et sur la motivation des personnes qui y évoluent, dans la reconnaissance de l'inéluctable et riche complexité de l'humain. Cet essai n'a aucunement la prétention de fournir l'explication des explications, la vérité claire et bien tassée, de cette complexité. Notre proposition est plus humble. Il est parfois utile, parfois légitime, de présenter un regard croisé, droit et psychologie, afin de mieux appréhender et comprendre la force, l'impact, la modélisation et la nécessité de l'action (ou de l'inaction) régulatrice. Le présent texte se veut donc une invitation à une plus grande intégration entre les connaissances du droit et de la psychologie – et un dialogue accru entre les deux disciplines –, considérant que ces domaines d'étude offrent des points de convergence qui demandent à être développés, minimalement reconnus[8].

Nous présentons, premièrement, quelques éléments succincts de mise en contexte pour situer l'origine de cette approche. Ensuite, nous explorons certains des principaux constats de l'APD en donnant des exemples de questionnements ou de positionnements susceptibles d'en découler en droit et politiques publiques. Enfin, nous terminons en discutant du débat de la légitimité de l'intervention des autorités publiques sur la base de l'APD.

---

6 Lee Ross et Donna Shestowsky, « Contemporary psychology's challenges to legal theory and practice (Empirical Legal Realism : A New Social Scientific Assessment of Law and Human Behavior) », (2003) 97-3 *Northwest Univ. Law Rev.* 1081.

7 Laura Martignon, « Comparing Fast and Frugal Heuristics and Optimal Models » dans Gerd Gigerenzer et Reinhard Selten, *Bounded rationality : the adaptive toolbox*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2002, p. 147, aux pages 147-148.

8 *Id.*

15-Regis.indd 177 18-11-28 10:12

I. Mise en contexte

Quelques remarques de mise en contexte s'imposent, considérant que l'APD demeure relativement méconnue au sein de la communauté juridique. Avant le milieu des années 1990, les travaux en psychologie ont surtout été utilisés en droit pour des enjeux comme les défenses criminelles, la recherche sur les témoignages oculaires et le processus décisionnel des jurys[9]. Ce n'est que plus récemment que le recours à la psychologie en droit a émergé, du moins en Amérique du Nord, comme moyen permettant de raffiner ou de réagir au modèle normatif du choix rationnel[10]. Face à la reconnaissance grandissante que les connaissances et les actions des individus ne découlent pas uniquement d'une rationalité pure[11], le droit et la psychologie tentent de fournir un modèle de jugement et de choix davantage collé à la réalité humaine. À l'heure actuelle, deux courants d'intégration de la psychologie au droit évoluent en parallèle, l'un qui tente de remodeler ou d'éliminer le modèle « rationnel »[12], et l'autre qui clame une plus grande indépendance à ce modèle en intégrant simplement les connaissances des sciences comportementales à l'analyse et l'élaboration du droit et des politiques publiques. C'est dans ce deuxième mouvement que nous préférons nous insérer, bien que les contributions des deux

---

9 Jeffrey J. RACHLINSKI, « The psychological foundations of behavioral law and economics », (2011) 2011-5 *Univ. Ill. Law Rev.* 1675 ; J.A. BLUMENTHAL, préc., note 2.

10 Russell B. KOROBKIN et Thomas S. ULEN, « Law and Behavioral Science : Removing the Rationality Assumption from Law and Economics », (2000) 88 *Calif. Law Rev.* 1051 ; Christine JOLLS, Cass R. SUNSTEIN et Richard THALER, « A Behavioral Approach to Law and Economics », (1998) 50-5 *Stanford Law Rev.* 1471. Soulignons que cet article a eu un impact considérable dans le monde universitaire. Sur la base d'une recherche dans HeinOnline et Westlaw, il s'agit de l'article d'une revue de droit ayant été le plus cité depuis 1995. Cette position dans les banques de données est maintenue par une large marge puisqu'aucun autre article ne s'en approche à moins de 100 citations ; Russell KOROBKIN, « What comes after victory for behavioral law and economics ? (Symposium : Law and Economics Conference to Honor Thomas S. Ulen) », (2011) 2011-5 *Univ. Ill. Law Rev.* 1653. Rachlinski reproche toutefois cette qualification à titre d'approche économique comportementale plutôt que d'approche psychologique (cognitive) du droit : J.J. RACHLINSKI, préc., note 9.

11 « Cycles and commitment : This year's Nobel prize honours two economists who have reshaped macroeconomic thought and policy », *The Economist*, 14 octobre 2004, en ligne : http://www.economist.com/node/3292902 ; Daniel A. FARBER, « Toward a New Legal Realism », (2001) 68 *Univ. Chic. Law Rev.* 279.

12 Le mouvement est souvent désigné comme le « Behavioral Economics and the Law ».

15-Regis.indd 178 18-11-28 10:12

courants sont réelles et s'entrecroisent. Dans notre cas, il s'agit plus d'un positionnement idéologique, le concept même de la rationalité nous apparaissant suspect à certains égards et l'APD nous semblant mériter un cheminement autonome, sans référence constante à une autre approche. L'Europe, qui démontre un intérêt croissant et relativement récent envers la pénétration des sciences comportementales dans la modélisation de l'intervention régulatrice, paraît également démontrer plus d'affinités avec cette deuxième perspective[13].

Parmi les chercheurs qui ont le plus influencé l'émergence de l'APD se trouvent les professeurs Jeffrey Rachlinski de Cornell Law School, Cass R. Sunstein de Harvard Law School, Richard Thaler de Chicago Booth School of Business et Christine Jolls de Yale Law School. Rachlinski opine que : « the new law and psychology has begun to blaze new trail and to inspire unique questions about law that legal scholars would not otherwise have asked »[14]. Si certains de ces chercheurs ont consacré l'essentiel de leurs travaux à l'approche économique comportementale, ils ont néanmoins contribué plus généralement au développement de l'APD[15] et à la mise en place d'un cadre d'analyse crédible à cet égard.

Le professeur Kahneman, du Département de psychologie et des affaires publiques de Princeton University et lauréat d'un prix Nobel en économie, et le professeur Tversky, maintenant décédé, mais qui a travaillé au Département de psychologie de Standford University, sont aussi devenus des leaders dans le domaine de l'APD de par leurs recherches sur l'influence de la psychologie cognitive sur le jugement et les processus de prise de décisions[16]. Leurs travaux ont inspiré des chercheurs et

---

13 Voir A.-L. SIBONY et A. ALEMANNO (dir.), préc., note 1.

14 Jeffrey J. RACHLINSKI, « The "new" law and psychology : a reply to critics, skeptics, and cautious supporters », (2000) 85-3 *Cornell Law Rev.* 739, 766.

15 L'APD se distingue par une distanciation plus grande par rapport aux postulats de rationalité et d'irrationalité pour se concentrer sur les processus décisionnels comme tels dans la perspective de leur impact en droit et sur les objectifs de régulation sociale, indépendamment de leur écart à ce standard.

16 Voir par exemple : Daniel KAHNEMAN et Amos TVERSKY (dir.), *Choices, values, and frames*, New York/Cambridge, Russell Sage Foundation/Cambridge University Press, 2000 ; Daniel KAHNEMAN, Paul SLOVIC et Amos TVERSKY (dir.), *Judgment under uncertainty : heuristics and biases*, New York, Cambridge University Press, 1982 ; Hal R. ARKES, Terry CONNOLLY et Kenneth R. HAMMOND, *Judgment and Decision Making : An Interdisciplinary Reader*, 2e é., coll. « Cambridge Series on Judgment and Decision Making », Cambridge/New York, Cambridge University Press, 1999 ;

15-Regis.indd 179 18-11-28 10:12

des professionnels de plusieurs domaines, incluant en économie, en médecine, en droit et en sciences politiques. Leurs recherches empiriques fournissent des constats importants sur les heuristiques et les biais qui interviennent dans un processus décisionnel ou de jugement, et ce, lorsqu'un certain degré d'incertitude est présent – ce qui constitue une caractéristique centrale des processus décisionnels dans plusieurs secteurs, dont le droit et les politiques publiques. En effet, les juges, les citoyens et les décideurs publics « délibèrent » et tranchent régulièrement dans un contexte où il existe des risques imprécis et imprévisibles et des informations contradictoires.

L'incorporation de la psychologie dans l'analyse et la modélisation des interventions de régulation des autorités publiques est aujourd'hui une réalité, le pas étant toutefois nettement moins tracé pour les réformes des systèmes juridiques. De manière croissante, des gouvernements à travers le monde s'en remettent aux constats qui découlent des sciences comportementales pour définir leurs interventions dans plusieurs secteurs comme ceux de l'énergie, la santé, les services financiers et la protection des données[17]. Des modifications législatives en résultent parfois. Sunstein donne différents exemples de cette activité gouvernementale aux États-Unis[18], au Royaume-Uni[19] et au sein de l'Union européenne et prédit l'augmentation de ce type d'intervention dans les années à venir.

II. Constats de l'APD et exemples d'application

Le processus décisionnel humain est complexe ; il se base sur plusieurs processus décisionnels cognitifs qui incluent le recours à des raccourcis mentaux (heuristiques). Alors que ces heuristiques peuvent être

---

Kahneman vient récemment de publier un nouvel ouvrage intitulé : *Thinking, Fast and Slow*, Reprint, New York, Farrar Straus Giroux, 2013.

17 Voir généralement Cass R. SUNSTEIN, « Nudges.gov – Behaviorally Informed Regulation », dans E. ZAMIR et D. TEICHMAN (dir.), préc., note 5, p. 719.

18 Il parle notamment de son expérience à cet égard à titre d'administrateur de la White House Office of Information and Regulatory Affairs entre 2009-2012. Voir *id*.

19 Par exemple, au Royaume-Uni, le premier ministre Cameron a créé le « Behavioural Insights Team », qui a pour mandat d'incorporer les connaissances sur les comportements humains au sein des initiatives en politiques publiques : *id.*, à la page 720.

15-Regis.indd 180 18-11-28 10:12

utiles dans plusieurs situations[20], elles produisent parfois des illusions cognitives susceptibles de résulter en des erreurs ou biais de jugement et de raisonnement[21]. À titre d'illustration, elles peuvent mener les gens à ignorer des informations importantes et à faire des prédictions ou des évaluations de risque inexactes. Une des découvertes de la recherche sur le processus de la pensée humaine est que certaines de ces erreurs de jugement se produisent de manière systématique. Conséquemment, leur compréhension permet de générer un outil d'analyse efficace et précis qui permet de raffiner notre compréhension des comportements et des choix des individus dans un contexte défini – par exemple, comment les acteurs réagissent à l'égard des directives et des structures qui émanent du système juridique[22].

La plupart des phénomènes décrits par les théories de décisions comportementales peuvent être résumés en trois observations fondamentales en ce qui a trait au jugement et à l'architecture des choix des individus :

---

20 Certains psychologues affirment que les heuristiques ont été développées comme stratégies d'adaptation afin de faire face à un monde de plus en plus complexe. Voir généralement D. KAHNEMAN et A. TVERSKY (dir.), préc., note 16. Parmi les avantages que les heuristiques offrent, il y a celui de la diminution de l'effort requis pour prendre certaines décisions : Cass R. SUNSTEIN, « What's available ? Social influences and behavioral economics (Empirical Legal Realism : A New Social Scientific Assessment of Law and Human Behavior) », (2003) 97-3 *Northwest. Univ. Law Rev.* 1295 ; Alors que certaines heuristiques permettent d'obtenir un niveau suffisant de précision dans l'évaluation de l'information, d'autres mènent à des décisions erronées : Mark SEIDENFELD, « Cognitive loafing, social conformity, and judicial review of agency rulemaking (administrative law) », (2002) 87-2 *Cornell Law Rev.* 486 ; Scott PLOUS, *The Psychology of Judgment and Decision Making*, New York, McGraw-Hill, 1993.

21 Jonathan Baron définit les biais comme les « discrepancies between people's goals and the decisions meant to achieve those goals » dans Jonathan BARON, « Heuristics and biases in equity judgments : a utilitarian approach », dans Barba A. MELLERS et Jonathan BARON (dir.), *Psychological perspectives on justice : Theory and applications*, New York, Cambridge University Press, 1993, p. 109, en ligne : http://www.sas.upenn.edu/~baron/papers.htm/mellers.html, p. 1.

22 R.B. KOROBKIN et T.S. ULEN, préc., note 10 ; Voir entre autres Jeffrey J. RACHLINSKI, « The uncertain psychological case for paternalism (Empirical Legal Realism : A New Social Scientific Assessment of Law and Human Behavior) », (2003) 97-3 *Northwest Univ. Law Rev.* 1165, 1175 ; M. SEIDENFELD, préc., note 20 ; Jeffrey J. RACHLINSKI et Cynthia R. FARINA, « Cognitive psychology and optimal government design (administrative law) », (2002) 87-2 *Cornell Law Rev.* 549 ; Robert A. PRENTICE et Jonathan J. KOEHLER, « A normality bias in legal decision making », (2003) 88-3 *Cornell Law Rev.* 583.

15-Regis.indd 181 18-11-28 10:12

1) les individus s'en remettent à leur mémoire et à leurs observations comme si celles-ci étaient sans limites et infaillibles, alors que ce n'est pas le cas[23] ; 2) le cerveau fait plusieurs inférences automatiques qui dépassent le registre des idées conscientes[24] ; 3) les gens se basent sur des points de références fixes pour évaluer leurs choix, portant plus d'attention aux changements apportés au statu quo plutôt qu'aux valeurs absolues[25].

Présentement, parmi les constats les plus intéressants et reconnus (mais non exhaustifs) de la psychologie cognitive et sociale, se trouvent :

• *L'effet de cadrage (« Framing Effect »)*[26] : La façon dont l'information est présentée (le « cadre ») peut influencer la préférence des individus dans un contexte de prise de décision. Par exemple, la volonté des gens d'encourir un risque variera en fonction de la catégorisation de leurs options de décision en termes de gain ou de perte, et ce, à partir d'un point saillant de référence, habituellement le statu quo[27]. Ce biais va à l'encontre du principe normatif de l'invariabilité descriptive, c'est-à-dire que pour des descriptions équivalentes d'un problème, un même choix devrait suivre[28]. L'effet de cadrage est souvent considéré en lien avec son impact sur les poursuites judiciaires, puisque celles-ci produisent un cadrage naturel[29]. Les plaignants sont plus enclins à voir un règlement hors cour comme un gain certain et le procès comme un risque, ce qui peut favori-

---

23 J.J. RACHLINSKI, préc., note 14, 740.

24 *Id.*

25 *Id.*

26 Nous avons librement traduit les différents biais et heuristiques de l'anglais au français. L'expression anglaise demeure celle qui est reconnue par la littérature étudiée.

27 Chris GUTHRIE, Jeffrey John RACHLINSKI et Andrew J. WISTRICH, « Inside the Judicial Mind », (2001) 86-4 *Cornell Law Rev.* 777, 794 ; Voir la discussion sur l'effet de cadrage dans le très intéressant livre de Ward FARNSWORTH, *The legal analyst : a toolkit for thinking about the law*, Chicago, University of Chicago Press, 2007.

28 Gretchen B. CHAPMAN et Arthur S. ELSTEIN, « Cognitive Processes and Biases in Medical Decision Making » dans *Decision Making in Health Care : Theory, Psychology, and Applications*, coll. « Cambridge series on judgment and decision making », New York, Cambridge University Press, 2003, p. 183 ; T.S. ULEN, préc., note 5, à la page 97.

29 Jeffrey J. RACHLINSKI, « Gains, losses, and the psychology of litigation », (1996) 70-1 *South Calif. Law Rev.* 113, 129. Les données, ici basées sur des cas réels, démontrent l'influence de l'effet de cadrage sur les personnes impliquées dans une poursuite

15-Regis.indd 182 18-11-28 10:12

ser leur acceptation de l'option moins risquée que le règlement représente. Quant aux défendeurs, ils sont plus enclins à voir le règlement comme une perte certaine comparativement à l'incertitude du résultat d'un procès, ce qui peut amener une préférence pour l'option plus risquée que représente le procès. Ainsi, l'effet de cadrage peut influencer les chances d'en arriver à une entente hors cour dans la mesure où le plaignant voit celle-ci comme un gain et le défendeur comme une perte[30]. Une autre illustration de cet effet est celle de la variabilité des préférences des médecins quant au choix d'options thérapeutiques pour traiter le cancer dépendamment si les résultats probables des thérapies (alternatives) sont présentés en termes de taux de mortalité ou de survie[31]. Ce biais suggère que certains résultats pourraient être mieux atteints en fonction de la formulation même des lois et des politiques publiques[32]. L'enjeu s'est récemment transposé dans la sphère de la santé publique en matière de régulation de l'étiquetage des informations nutritionnelles. Un produit qui est étiqueté « 90 % sans gras » peut être plus attrayant qu'un produit étiqueté « 10 % de gras »[33]. Une telle information peut être utilisée pour influencer la préférence des consommateurs, tant du point de vue des compagnies alimentaires dans une perspective de vente que des gouvernements dans une perspective de santé publique.

---

judiciaire. Voir aussi C. GUTHRIE, J.J. RACHLINSKI et A.J. WISTRICH, préc., note 27, 794.

30 Ce phénomène peut aussi expliquer, du moins en partie, pourquoi la majorité des dossiers hors cours se règlent à la dernière minute. À la fin du processus judiciaire, un changement de préférence peut s'opérer considérant l'accumulation des coûts. Alors que la poursuite est susceptible de voir l'entente comme un gain certain au début du processus judiciaire, elle peut en arriver à la considérer autrement lorsque les coûts associés aux procédures ont amplifié au point où la même entente paraît maintenant comme une perte.

31 Amos TVERSKY et Daniel KAHNEMAN, « Choices, Values, and Frames » dans D. KAHNEMAN et A. TVERSKY (dir.), préc., note 16, p. 1. La formulation des options était en termes de « vies sauvées » versus de « vies perdues ».

32 Voir au surplus la discussion de Farnsworth sur les impacts juridiques de ce biais, notamment dans les cas de poursuites en responsabilité médicale pour cause d'une divulgation insuffisante de risques à un patient. Considérant que les patients peuvent réagir différemment à une présentation de risques en termes de gains ou de pertes, et qu'il sera difficile pour le médecin de se rappeler sa formulation exacte des alternatives présentées lors d'une poursuite judiciaire, il propose de modifier le standard de divulgation de l'information : W. FARNSWORTH, préc., note 27, p. 229.

33 C.R. SUNSTEIN, préc., note 17, à la page 722.

15-Regis.indd 183 18-11-28 10:12

• *L'heuristique de disponibilité (« Availability Heuristic »)* : Les gens tendent à évaluer la fréquence de certains évènements sur la base de l'aisance avec laquelle ils peuvent se remémorer leur existence ou leur survenance[34]. Par exemple, les gens peuvent surestimer la fréquence des évènements qui font l'objet d'une couverture médiatique, même si ceux-ci demeurent relativement rares. Ce type d'heuristique peut mener les individus à surévaluer leurs chances d'être affectés par des évènements à faible probabilité, comme le Syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS) ou le virus du Nil. Ultimement, cela peut susciter une demande de régulation excessive sur la base d'une perception erronée de certains risques et problèmes[35]. Ce constat indique également qu'une information vivide et saillante peut avoir plus d'impact qu'une information présentée de manière abstraite ou statistique, ce qui peut s'avérer utile, entre autres, pour la modalisation de messages d'avertissement plus efficaces[36].

• *L'aversion au risque (« Loss Aversion »)*[37] : Les gens donnent plus de poids aux pertes et aux désavantages qu'aux gains et aux avantages[38]. Ce phénomène conduit à l'effet de dotation (« endowment effect ») qui fait qu'un individu évalue plus fortement la perte d'utilisation associée à un bien (auquel il attribue une certaine valeur) que le gain qu'il peut en tirer en le recevant[39]. Puisque les pertes pèsent plus lourdement que les gains, cela produit un biais envers le statu quo ou, pour le dire autrement, une

---

34 D. KAHNEMAN et A. TVERSKY (dir.), préc., note 16, à la page 11 ; J.J. RACHLINSKI, préc., note 22.

35 Catherine RÉGIS, « Enhancing Patients' Confidence in Access to Health Care : The Ontario or Quebec Way ? », (2004) 12 *Health Law J.* 243. Lors d'un atelier intitulé « Atténuer l'impact économique et social des épidémies » dans le cadre du Forum économique international des Amériques tenu à Montréal le 10 juin 2015, l'administrateur en chef de la santé publique du Canada de l'Agence de la santé publique, Gregory W. Taylor, a d'ailleurs mentionné que la communication des risques constituait un enjeu majeur pour l'Agence considérant ce type de problème lié à la perception des risques.

36 C.R. SUNSTEIN, préc., note 17, à la page 723.

37 Les phénomènes d'aversion au risque se trouvent au coeur des travaux de Kahneman et Tversky et de leur « Prospect Theory ».

38 Amos TVERSKY et Daniel KAHNEMAN, « Loss Aversion in Riskless Choice : A Reference-Dependent Model », dans D. KAHNEMAN et A. TVERSKY (dir.), préc., note 16, p. 143.

39 *Id.*, à la page 145 ; C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN et R. THALER, préc., note 10.

15-Regis.indd 184 18-11-28 10:12

tendance à l'inertie[40]. Le statu quo définit généralement le point de référence pour la prise de décision ; les alternatives sont analysées en termes de gains ou de pertes en fonction de ce point de référence[41]. Les implications potentielles pour le système juridique, ainsi que pour les politiques publiques, sont importantes et plusieurs auteurs ont commencé à s'y intéresser. Par exemple, Korobkin examine le processus par lequel les législateurs déterminent le contenu des règles qui s'appliquent par défaut (qui peuvent alors établir le point de référence) et comment l'existence de telles règles influence la préférence des justiciables[42]. En outre, divers exemples récents de la prise en compte de cette tendance à l'inertie dans l'élaboration de politiques publiques existent. Pensons à la mise en place de modèles d'enrôlement automatique (« opt-out ») en matière de dons d'organes[43], d'inscription à un plan de soins de santé[44], de participation à un programme d'épargne[45] ou de partage de données en cas d'urgence en santé publique[46].

---

40 Nous reviendrons sur ce point plus loin.

41 A. TVERSKY et D. KAHNEMAN, préc., note 38.

42 Selon lui, les règles qui s'appliquent par défaut sont vues comme faisant partie du statu quo, menant à une préférence envers ce statut quo plutôt qu'envers d'autres alternatives. Korobkin propose une théorie afin de guider les législateurs dans leur choix d'un corpus de règles qui s'appliquent par défaut afin de neutraliser ce biais. Il recommande notamment la définition d'un ensemble de règles par défaut dont l'exécution ne pourrait être forcée, à moins que les parties ne prévoient de manière précise cette éventualité au contrat. Voir Russell B. KOROBKIN, « The status quo bias and contract default rules », (1998) 83-3 *Cornell Law Rev.* 608.

43 Lesquels augmentent de manière significative les taux de participation, C.R. SUNSTEIN, préc., note 17, à la page 721 ; voir T.S. ULEN, préc., note 5, à la page 99.

44 Ce modèle a été utilisé dans le Affordable Care Act, 2010 pour les employeurs ayant plus de 200 employés : C.R. SUNSTEIN, préc., note 17, à la p. 734.

45 *Id.*, à la page 733.

46 ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Developing Global Norms for Sharing Data and Results During Public Health Emergencies. Summary and Key Conclusions*, Consultations de l'OMS du 1er et 2 septembre 2015, en ligne : http://www.who.int/medicines/ebola-treatment/data-sharing_phe/en/ (consulté le 11 septembre 2015) : « It was recognized that epidemiologic data belong to the countries where they are generated, but there was consensus that the default option is that data should be shared (i.e. opt-out policy) to ensure that the knowledge generated becomes a global public good. »

15-Regis.indd 185 18-11-28 10:12

• *Le biais rétrospectif (« Hindsight Bias »)*[47] : Les gens tendent à surestimer la prévisibilité d'évènements passés une fois qu'ils savent comment ceux-ci se sont déroulés. Ils croient en outre que les autres auraient dû mieux prévoir les évènements que ce qu'il était possible de faire au moment où le choix a été effectué[48]. Chapman et Elstein indiquent qu'une explication possible de ce phénomène est que la connaissance de la tournure des évènements ou du résultat attire l'attention sur pourquoi le résultat était prévisible plutôt que sur les autres alternatives plausibles[49]. Les implications d'un tel biais sur le système juridique sont potentiellement de grande importance considérant que la majorité des mécanismes de révision ou d'appel interviennent une fois que les évènements contentieux se sont produits et l'évaluation de la responsabilité des individus se fait sur une base post facto[50]. Cette situation peut produire des décisions judiciaires ou administratives erronées[51]. Pour cette raison, il peut être utile d'élaborer, dans certains cas, des standards d'évaluation ex ante – c'est-à-dire déterminés avant que le résultat ne survienne – des comportements jugés acceptables auxquels pourront référer les juges ou d'autres décideurs dans l'appréciation du comportement des acteurs qui se présentent devant eux[52].

Les biais qui influent sur les processus décisionnels ne sont pas nécessairement une mauvaise chose (ils peuvent s'avérer utiles) et ne justifient pas une intervention dans toutes les situations. L'APD est davantage intéressée, d'une part, par l'influence de ces biais lorsqu'ils mènent à des situations d'inefficacité, d'inefficience ou d'erreurs factuelles et, d'autre part, par comment ces biais peuvent être pris en compte afin d'atteindre

---

47 Voir entre autres Jeffrey J. RACHLINSKI, « A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight », (1998) 65-2 *Univ. Chic. Law Rev.* 571 ; G.B. CHAPMAN et A.S. ELSTEIN, préc., note 28, à la page 183 ; Stephen J. CHOI et Adam C. PRITCHARD, « Behavioral Economics and the SEC », (2003) 56-1 *Stanford Law Rev.* 1 ; Doron TEICHMAN, « The Hindsight Bias and the Law in Hindsight », dans E. ZAMIR et D. TEICHMAN (dir.), préc., note 5, p. 354 ; C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN et R. THALER, préc., note 10 ; W. FARNSWORTH, préc., note 27, p. 218 et suiv.

48 C. GUTHRIE, J.J. RACHLINSKI et A.J. WISTRICH, préc., note 27.

49 G.B. CHAPMAN et A.S. ELSTEIN, préc., note 28. Leurs travaux s'appliquent plus particulièrement au cas du diagnostic dans un processus de décision médicale.

50 D. TEICHMAN, préc., note 47, aux pages 354 et suiv.

51 *Id.*, à la page 360.

52 *Id.*, à la page 361.

15-Regis.indd 186 18-11-28 10:12

certains résultats. Ce portrait sommaire de certains constats de l'APD est nécessairement limité dans sa capacité de mettre en relief l'ensemble des subtilités, influences et nuances qui peuvent être apportées par cette approche, ce qui n'est pas le but de cet article de présentation générale. Par exemple, certains biais sont amplifiés ou atténués dans un contexte de décision groupale ou en présence d'experts.

III. Entre intérêt général et autonomie, mon cœur balance...

Alors que la pénétration des sciences comportementales dans l'ingénierie de l'activité régulatrice offre un attrait intéressant, des préoccupations relatives à cet entrecroisement existent. Ainsi, une question particulièrement importante, soulevée par Sibony et Alemanno notamment, se tisse en toile de fond[53] : quand est-il légitime pour les autorités publiques de recourir à la psychologie pour influencer l'élaboration du droit et des politiques publiques (débat de la légitimité)[54] ? Ainsi, cette question se positionne au moment où, à la lumière d'une analyse de l'APD, une action est envisagée, ce qui ne sera pas toujours le cas. Ce bref article n'aspire pas à répondre substantiellement à cette question, assurément complexe et sérieuse, qui mérite une réflexion approfondie et probablement continue au sein de la communauté des « Apédistes ». Nous nous permettons néanmoins quelques remarques et hypothèses pour stimuler, peut-être un peu, la réflexion du lecteur.

Pour éclaircir le débat sur la légitimité, Sibony et Alemanno[55] proposent d'établir une distinction entre l'intervention d'une autorité publique qui, d'une part, vise à influencer les comportements dans un objectif d'intérêt général (par exemple, l'imposition d'une règle d'adhésion par défaut pour favoriser le don d'organes), ce qu'ils appellent le « pure public nudging » et, d'autre part, réagit à l'exploitation des biais cognitifs par les

---

53 A.-L. SIBONY et A. ALEMANNO (dir.), préc., note 1. Ils soulèvent aussi la question : dans la mesure où cette légitimité existe, comment les connaissances sur les comportements des individus peuvent-elles, en pratique, être incorporées aux processus décisionnels (débat de la pratique) ? Considérant le peu d'espace dont nous disposons pour cet essai, nous avons choisi de limiter notre questionnement à celui de la légitimité, qui nous semble le plus fondamental, l'autre étant à la limite plus technique et plusieurs illustrations d'application viennent en minimiser la pertinence.

54 Ces deux questions sont soulevées par Sibony et Alemanno. Voir *id.* en général et la p. 24 de manière plus spécifique.

55 *Id.*, p. 18 et suiv.

15-Regis.indd 187 18-11-28 10:12

forces du marché, ce qu'ils appellent le « counter-nudging » (par exemple, en interdisant le « préremplissage » de cases dans un formulaire destiné aux consommateurs). Soulignons que l'expression « nudge » se définit comme une intervention inspirée par les sciences comportementales et tire son origine du célèbre bouquin *Nudge* de Thaler et Sunstein publié en 2008[56]. Sibony et Alemanno suggèrent qu'un plus haut degré de vigilance dans l'évaluation de la légitimité d'une intervention de « pure public nudging » est requise, comparativement au « counter- nudging », considérant que ce type d'intervention vise à influencer les choix des individus – et donc enlève une partie de leur autonomie – dans un objectif d'intérêt général. Dans le cas du « counter-nudging », l'objectif de l'intervention est au contraire de prémunir les citoyens contre une manipulation de leur capacité à faire des choix par des acteurs privés, ce qui milite en faveur d'un degré moindre (mais néanmoins présent) d'évaluation de cette légitimité.

L'argument de ces auteurs est certes intéressant et ajoute de l'eau au moulin dans cette réflexion sur la légitimité de l'intervention. Il semble néanmoins qu'un positionnement culturel transcende cette proposition, la légitimité du contrôle du secteur privé étant possiblement plus acquise en Europe qu'aux États-Unis, par exemple. Et la question de ce que constitue l'intérêt général de la société reste entière... Même dans le choix de contrecarrer l'intervention du secteur privé – et d'identifier les cibles prioritaires à cet égard –, une certaine vision de ce que représente l'intérêt général de la société entre en jeu pour justifier cette action. Ulen mentionne d'ailleurs : « In our view, the study of law and behavior is distinctive because law seeks to intentionnaly shape people's behavior by reference to some measure of social good »[57]. À quel moment et dans quelles circonstances les gouvernements peuvent-ils légitimement planter le drapeau de l'intérêt général ? En cas de menaces (réelles ou potentielles) à la sécurité publique ? Lorsque l'intérêt de groupes vulnérables est en jeu ? Lorsque les pressions sur les finances publiques sont importantes ? L'énumération peut être longue... À nouveau, il semble qu'une dimension culturelle importante transcende ces questions, entre autres, ce qui invite à une appréciation probablement contextualisée de la légitimité de l'intervention des autorités publiques, du moins dans certaines circonstances. Il nous semble

---

56 Richard H. THALER et Cass R. SUNSTEIN, *Nudge : Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Updated, New York, Penguin Books, 2009.

57 T.S. ULEN, préc., note 5, à la page 94.

15-Regis.indd 188 18-11-28 10:12

aussi que le débat de la légitimité doit évoluer avec celui des principes de bonne gouvernance qui doivent guider les autorités publiques, dont celui de la transparence et de la reddition de comptes. Les autorités devraient rendre transparents les objectifs et critères décisionnels qui justifient leurs interventions de « nudging » et monitorer l'atteinte (ou non) de ces objectifs. En parallèle, une réflexion s'impose sur le concept d'autonomie des individus. Peut-être est-il justifié de laisser les gens faire des erreurs, de mener leur vie selon leur propre « direction » en les protégeant seulement contre les fraudes, les nuisances à autrui et les conséquences catastrophiques susceptibles de survenir[58] ? Ainsi, entre intérêt collectif et autonomie, le bateau tangue... Un dilemme bien familier pour les juristes. Ultimement, cette saine réflexion sur la légitimité de l'intervention doit faire partie de l'APD.

Conclusion

Tel que proposé dans ce texte, une meilleure compréhension du rôle et de l'impact des processus décisionnels des individus offre des bénéfices importants. La psychologie cognitive et sociale a suffisamment progressé pour supporter une telle quête, qui se doit certes de demeurer évolutive plutôt que statique. En reconnaissant les spécificités réelles du processus décisionnel humain, il sera davantage possible de concevoir le comportement des différents acteurs qui œuvrent au sein des systèmes juridiques et qui sont visés par les politiques publiques. Cela permettra de définir, d'une part, une conception plus fine du rôle et de l'impact de certains outils, acteurs ou structures et, d'autre part, d'obtenir une meilleure adéquation entre les résultats souhaités et les réponses proposées[59]. En d'autres mots, l'intégration des connaissances de la psychologie nous force à aller au-delà des sources apparentes de sagesse et de folies des acteurs et des institutions[60]. Georges Azzaria disait sur cette nécessité de réalisme : « [...] nombre d'écrits juridiques pèchent par manque de contact avec le réel, et l'interdisciplinarité permet que les conclusions des juristes soient autre chose que leurs propres lubies »[61].

---

58 *Id.*, Ulen pose la question à la page 120.

59 C. Jolls, C.R. Sunstein et R. Thaler, préc., note 10.

60 B. Fischhoff, « Debiasing » dans D. Kahneman, P. Slovic et A. Tversky (dir.), préc., note 16, p. 422, à la page 423.

61 Georges Azzaria, « Présentation », (2011) 52-3 *C. de D.* 347, 348.

15-Regis.indd 189 18-11-28 10:12

Or, après avoir proposé que les analystes et ingénieurs du droit et des politiques publiques s'ouvrent au potentiel de l'APD, il devient utile d'aller plus loin et de se demander : à quel moment et jusqu'à quel degré devraient-ils le faire ? D'une part, les biais et heuristiques sont omniprésents dans la pensée humaine et ne mènent pas nécessairement à des résultats sous-optimaux. D'autre part, l'intervention des autorités publiques basée sur les sciences comportementales doit se faire en considérant la légitimité de celle-ci. Certes, la réponse à cette question est nettement plus complexe que ce qui a pu être proposé dans ces quelques lignes, mais le présent texte se veut plutôt une amorce de réflexion au sein de la communauté juridique (celle d'autres communautés comme la santé publique et l'économie étant déjà un peu plus avancée). L'approche ne doit pas être vue comme une panacée, mais comme un apport supplémentaire à l'objectif plus large de bâtir des institutions, des structures et des outils qui contribuent à améliorer le vivre-ensemble au sein de la société. Si le droit est parfois le dernier wagon dans le train des innovations et des adaptations, parfois pour le mieux, il nous semble qu'il devrait rester accroché à celui qui vise à mieux comprendre les processus décisionnels humains.

15-Regis.indd 190 18-11-28 10:12