

INTRODUCTION

LE DROIT, LA PRODUCTION DE CHIFFRES ET LES COMPORTEMENTS

PAR ANNE-LISE SIBONY*

Le droit nourrit la production de chiffres en ce qu'il rend obligatoire la communication de certains chiffres. C'est le premier volet des relations entre chiffres et droit. Le second vise l'influence des chiffres sur la production de droit. Dans les deux cas, un troisième terme est central dans la relation entre le droit et la production de chiffres : ce sont les comportements humains. Qu'il s'agisse des comportements des producteurs de normes ou de ceux des destinataires des règles de droit, ils méritent l'attention des auteurs qui s'intéressent au droit des chiffres et/ou aux chiffres du droit.

Premier volet : la production de chiffres rendue obligatoire par le droit

En de multiples occasions, le droit exprime une demande de chiffres. De telles demandes s'adressent tant à des acteurs privés qu'à des acteurs publics. Ainsi, les entreprises doivent tenir une comptabilité. Dans le cadre de procédures d'application du droit de la concurrence, elles peuvent devoir dévoiler leurs coûts. Les entreprises qui produisent ou mettent sur le marché des substances chimiques doivent, dans le cadre de la réglementation REACH¹, produire des études chiffrées pour démontrer l'innocuité de ces substances, à l'instar des laboratoires pharmaceutiques, qui doivent démontrer, études à l'appui, le service médical rendu par les médicaments pour lesquels ils demandent l'autorisation de mise sur le marché. Les acteurs

publics ne sont pas épargnés par les obligations de rendre des comptes. Non seulement les administrations, mais aussi les juridictions doivent retracer leur activité en utilisant des indicateurs de performance ou de qualité. Le législateur doit produire des études d'impact pour justifier une proposition, du moins au niveau européen.

Dans tous ces cas et d'autres encore, le droit exige des chiffres de qualité. Il faut donc des règles ou des normes de production de chiffres. On entre alors dans la cuisine du chiffre, lieu dans lequel les juristes ne pénètrent qu'avec beaucoup de timidité, soit qu'ils préfèrent rester en salle et déguster les chiffres déjà assaisonnés, soit qu'ils s'abritent derrière une ignorance, souvent bien réelle, de l'art culinaire. Même le contrôle sur les recettes (les règles de production des chiffres) est souvent restreint. Ainsi, en ce qui concerne la comptabilité des entreprises, les *International Financial Reporting Standards* (IFRS) sont produites par l'*International Accounting Standards Board* (IASB), nommé par les *trustees* d'une fondation privée, puis reprises dans des règlements européens. Certes, il existe une procédure de comitologie qui permet en principe à la Commission de soumettre les règles de l'IASB à un examen, mais l'expérience montre que, en 13 ans, aucune norme IFRS n'a été refusée par la Commission. Lorsque celle-ci a cherché à négocier le contenu d'une norme, la fondation privée lui a opposé une fin de non-recevoir en la renvoyant à son *due process*. Le droit s'est mis à la merci des cuisiniers.

Le phénomène de retrait du droit ne semble pas propre aux normes comptables. Les protocoles de production des études d'impact, privées ou publiques, restent souvent dans le flou du droit. Tel est aussi le cas des procédures d'élaboration des indicateurs de qualité applicables aux entités publiques. D'un autre côté, il arrive aussi que là où la production de chiffres est régulée, même par du droit souple comme des lignes directrices, les procédures soient très lourdes. À titre d'exemple, la révision d'une

* Anne Lise Sibony est Professeure de droit européen, Université de Liège.

1 - Règlement (CE) n° 1907/2006 du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une agence européenne des produits chimiques, JO L. 396 du 30.12.2006, p. 1-849.

directive européenne dans le cadre du programme REFIT peut, en raison notamment de la nécessité d'effectuer une étude sur la mise en œuvre de la directive existante dans 28 États membres, prendre deux ans en entraînant une certaine duplication entre le travail externalisé à des consultants et celui effectué au sein de la Commission européenne. Cela ne veut pas dire que l'on est condamné à opter entre deux maux : soit trop peu de droit, soit trop de droit pour encadrer la production des chiffres que le droit lui-même exige. Cela veut dire que la régulation de la production de chiffres est un champ sous-exploré, qui mérite davantage d'attention, y compris sans doute de comparaisons entre les différents domaines dans lesquels le droit commande une production normée de chiffres.

Les chiffres faux peuvent être à l'origine de tragédies – humaines comme financières. Que l'on songe aux études cliniques frauduleuses dissimulant les dangers d'un médicament ou, dans la sphère financière, au naufrage d'Enron². Le besoin de droit et de contrôles existe assurément, mais les exemples d'échec du droit ou d'insuffisance des contrôles abondent. Pour mieux penser les règles et les contrôles, en matière de production de chiffres comme ailleurs, il est utile de s'intéresser à la manière dont les acteurs ressentent les règles, dans les contextes dans lesquels ils opèrent. Invoquer la malhonnêteté humaine est un peu court et, en outre, d'une faible utilité. Il faut comprendre, par exemple, comment les comptables d'Enron ont, dans une situation de conflit d'intérêts que le droit laissait exister, contribué à la course folle qui s'est terminée en désastre. À cet égard, les apports des sciences comportementales peuvent être extrêmement précieux³. On ne peut que souhaiter que les juristes et les auteurs de normes de production de chiffres en prennent conscience. Les principaux apports de la psychologie expérimentale dans ce domaine sont désormais accessibles grâce à des ouvrages grand public⁴. Tirer les leçons de cette somme

de savoir sur les comportements humains pour le droit est, de manière générale, un programme de recherche passionnant. Dans le domaine des normes qui encadrent la production de chiffres, ce serait peut-être un programme salutaire.

Second volet : le droit façonné par les chiffres

Le droit est façonné par les chiffres de multiples manières. Cette fois, il ne s'agit plus pour le droit d'ordonner, ni même d'organiser la production de chiffres. Au contraire, il arrive que des chiffres soient jetés à la figure des ordres juridiques sans y être particulièrement bien accueillis. On songe par exemple à la réception en France des indicateurs *Doing business* de la Banque mondiale. Le premier mouvement de bon nombre de juristes était de s'offusquer de l'entreprise-même qui consiste à réduire à quelques chiffres tout un système juridique pour évaluer et comparer l'attractivité pour les investisseurs des droits de différents États. Avec le temps, la démarche s'affine et les juristes mettent la main à la pâte pour élaborer, avec d'autres, des indicateurs, qui, tout en étant par nature des réductions, constituent néanmoins des simplifications acceptables. Travailler à des indicateurs dans lesquels les juristes puissent reconnaître une traduction chiffrée du droit plutôt qu'une trahison est essentiel, car, qu'on le veuille ou non, les indicateurs d'attractivité influencent le droit.

Comme dans le premier volet de la relation entre chiffre et droit, on retrouve une exigence de qualité des chiffres : les indicateurs ne doivent pas donner une image grossièrement déformée de la réalité, à ceci près que cette fois la réalité n'est pas celle de la situation financière de l'entreprise ou de la dangerosité d'une substance, mais celle du droit lui-même. Comme dans le premier volet encore, on se trouve en présence d'un arbitrage entre, d'une part, l'exigence d'une finesse acceptable des chiffres et, d'autre part, la nécessité que le système de collecte de données et de production des chiffres ne soit pas d'une complexité ou d'un coût excessifs. Ici encore, la tension qui peut exister entre les deux aspects ne donne pas le dernier mot du dialogue entre chiffre et droit. Il faut que les acteurs puissent contribuer honnêtement à la production de chiffres, ce qui suppose la prise en compte des contraintes qui

2 - Toutefois, en ce qui concerne l'auditeur, v. Bonhoure & a., « Andersen après Enron : de la portée et de l'effectivité d'une sanction extrême infligée à un cabinet d'audit », *Les Cahiers du Chiffre et du Droit*, 2013 (1), 49s.

3 - Max H. Bazerman & Ann E. Tenbrunsel, *Blind Spots: Why We Fail to Do What's Right and What to Do about It*, Princeton University Press, 2011, spéc. chapitres 6 et 7 ; Dan Ariely, *The Honest Truth About Dishonesty*, Harper Collins, 2012.

4 - Outre les deux ouvrages cités à la note précédente à propos des conflits d'intérêts, on peut, plus généralement, conseiller la lecture de Daniel Kahneman, *Thinking Fast,*

Thinking Slow, Farrar, Straus and Giroux, 2011 et de Cass Sunstein, *Simpler : The Future of Government*, Simon & Schuster, 2013. Et, avec une autre tonalité, Clément et Kaufmann (dir.), *La sociologie cognitive*, Ed. MSH, 2011.

pèsent sur eux et de leurs comportements prévisibles.

Les indicateurs globaux sur le droit ne sont pas les seuls chiffres qui influencent le droit sans que leur production ne corresponde à un commandement du droit. À cet égard, il faut aussi mentionner une production de données, et donc de chiffres, qui se développe en amont de la production du droit, à la fois au niveau national et au niveau européen. Il s'agit des études menées dans le cadre de dispositifs expérimentaux. Tester un dispositif avant de le généraliser n'est pas en soi nouveau dans la conception des politiques publiques. Ce qui l'est davantage est l'approche qui emprunte aux sciences comportementales.

Le *best-seller* de Richard Thaler et Cass Sunstein, *Nudge : How to improve wealth, health and happiness* a diffusé à une audience très large une série d'acquis des sciences comportementales, tout d'abord aux États-Unis puis, graduellement, au Royaume-Uni, en Europe et ailleurs. Les sciences comportementales (psychologie, économie comportementale) étudient les comportements humains et, de manière expérimentale, démontrent notamment comment ils diffèrent de comportements rationnels, en particulier si l'on prend comme étalon la rationalité telle que la conçoivent traditionnellement les économistes⁵. Ces études empiriques s'intéressent aux raccourcis cognitifs et émotionnels que nous mettons en œuvre, d'une manière efficace dans beaucoup de situations, mais qui peuvent conduire à des erreurs systématiques dans d'autres. Un exemple parmi d'autres des sujets d'études comportementales est le « biais d'inertie », nom savant de cette tendance dont nous sommes tous conscients à ne pas modifier une situation existante (par exemple un abonnement de téléphonie mobile qui n'est pas le mieux adapté à notre consommation). La mise en lumière de tels mécanismes psychologiques a une pertinence indéniable pour le droit. Celle-ci ne passe du reste pas toujours inaperçue. Ainsi, par exemple, la directive sur les droits des consommateurs interdit aux vendeurs en ligne de pré-cocher les cases par lesquelles un consommateur exprime une intention de commander un bien ou un service annexe à celui qu'il

5 - C'est cette idée centrale que capture le titre d'un ouvrage de Dan Ariely, *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, HarperCollins, 2009.

achète à titre principal (par exemple une assurance en plus d'un billet d'avion)⁶.

Les sciences comportementales ont beaucoup à offrir à la réflexion des juristes : des mots pour nommer des phénomènes dont nous avons ou non une perception intuitive, des expériences qui en établissent la réalité, des données chiffrées qui permettent d'en mesurer l'ampleur. L'une des principales leçons des sciences comportementales est que les comportements humains sont extrêmement sensibles au contexte. Comme le droit cherche assez souvent à orienter les comportements et peut parfois se faire l'architecte des contextes dans lesquels ils se déroulent, il gagne assurément en efficacité lorsque la confection des règles incorpore des données comportementales.

C'est pour aider à cette incorporation que des *Nudge Units* – pour utiliser le surnom familier donné à la *Behavioural Insight Unit* britannique – ont vu le jour dans différents États. Leurs formes, leur rôle et leurs statuts sont différents. Si aux États-Unis, l'analyse comportementale du droit s'est établie de manière institutionnelle au sein de l'organisme fédéral chargé de superviser les études d'impact préalables aux lois et aux décisions des régulateurs sectoriels⁷, ce n'est pas toujours au sein des appareils d'État que l'on trouve les éclaireurs du droit armés de loupes comportementales. Ainsi, la *Nudge Unit* britannique a quitté en 2014 le giron du Premier Ministre pour un statut privé. Au Danemark, c'est à partir d'une initiative universitaire que s'est créé un pôle d'expertise comportementale au service des politiques publiques, mais aussi d'utilisateurs privés⁸. Aux Pays-Bas, la forme institutionnelle du passeur de science vers le droit reste à inventer⁹. Au niveau de l'Union européenne, l'intérêt pour l'utilisation des sciences comportementales dans la conception des règles grandit, notamment au sein de la

6 - Article 22 de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, JO L 304 du 22.11.2011, p. 64-88.

7 - Il s'agit de l'Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), dont Cass Sunstein, l'un des deux auteurs de *Nudge*, a été nommé directeur par Barack Obama. C'est à la suite de son mandat (septembre 2009-août 2012) qu'il a rédigé *Simpler*, cité en note 3.

8 - <http://inudgeyou.com>

9 - Le Conseil scientifique pour les politiques publiques (WRR) a publié un récent rapport intitulé *Elaborer des politiques publiques en connaissance des comportements*, rapport n° 92, sept 2014 (traduction libre), <http://www.wrr.nl/publicaties/publicatie/articel/met-kennis-van-gedrag-beleid-maken/>

Direction Générale pour la protection des consommateurs (DG Sanco) et de l'unité chargée de l'interface entre la Commission et la communauté scientifique : le *Joint Research Center* (JRC)¹⁰. Le mouvement n'est par ailleurs pas limité aux autorités centrales. Des régulateurs sectoriels, notamment en matière financière, explorent aussi le potentiel des sciences comportementales pour améliorer l'efficacité de leur action¹¹.

Pour le présent propos, l'important est de souligner que les promesses des sciences comportementales pour un droit plus efficace passent par des chiffres. C'est par exemple en testant différents messages envoyés aux personnes qui payaient leurs impôts en retard que la *Nudge Unit* britannique a contribué à la collecte de plusieurs millions de livres par le fisc britannique. Toutes les variantes s'appuyaient sur une même leçon de la psychologie : nous sommes sensibles aux comportements de nos pairs. Toutes les versions du courrier adressé aux contribuables retardataires jouaient sur ce levier en formulant de diverses manières la proportion des contribuables dans une situation analogue et résidant dans le même lieu qui avaient déjà payé leurs impôts. L'expérience a toutefois montré que les différents messages avaient une efficacité différente, le plus efficace permettant, s'il était généralisé au niveau national, des économies de 30 millions de livres dans la collecte des impôts. Autrement dit, les sciences comportementales donnent des idées de dispositifs dont la mise en place peut nécessiter une adaptation du droit. Ces idées sont précieuses, mais la conception fine de dispositifs qui en tirent le meilleur parti requiert des expérimentations, un recueil de données, autrement dit des chiffres pour faire du meilleur droit.

En regardant du haut d'une montagne les rapports entre chiffres et droit, la distance permet d'apercevoir une série de questions de recherche véritablement horizontales, qui pour-

raient inspirer les contributeurs aux Cahiers du Chiffre et du Droit. Du côté de l'encadrement par le droit de la production de chiffres, des études comparatives, plutôt que cantonnées à un domaine particulier, pourraient notamment s'intéresser aux thématiques suivantes : Qui établit les normes applicables à la production obligatoire de chiffres ? Comment sont produits les chiffres et comment les normes de production sont-elles ressenties par les acteurs ? À cet égard, la légitimité, la représentativité des producteurs de chiffres, ainsi que la manière dont le droit gère les conflits d'intérêts sont des aspects dignes d'attention. Du côté de l'influence des chiffres sur la production de droit, une myriade de questions reste à explorer, notamment : les chiffres produits lors d'expérience en laboratoire peuvent-ils utilement informer la production du droit ? Si la conduite d'expériences grandeur nature est la seule source de données acceptable à cette fin, quel système d'expérimentation mettre en place ? Comment le droit doit-il répondre lorsque les chiffres montrent que certains traits comportementaux affectent certains citoyens, mais non tous ? Les faiblesses de la rationalité des uns justifient-elles que le droit leur offre une protection, quitte à imposer des coûts à ceux qui n'ont pas besoin d'une telle protection ? Pour trancher une telle question, un jugement normatif ne suffit pas : il faut pouvoir chiffrer la proportion de personnes affectées positivement ou négativement par les règles envisagées et les coûts imposés.

Un meilleur droit pour la production des chiffres et de meilleurs chiffres pour la production du droit, c'est à cet ambitieux programme que l'on peut souhaiter que contribuent les Cahiers du chiffre et du droit.

10 - Outre les études commandées sur des sujets particuliers, la DG Sanco a organisé deux conférences en 2010 et 2013 : *Behavioural Economics, So What ? Should Policy-Makers Care ?*, 22 novembre 2010 (http://ec.europa.eu/consumers/archive/conferences/behavioural_economics2/programme_en.htm) ; *Applying behavioural insights to policy making: results promises and limitations*, 30 septembre 2013 (http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/information_sources/docs/30092013_programme_en.pdf).

11 - Tel est notamment le cas au sein de la *Financial Conduct Authority* britannique. V. *occasional paper 1/2013 ; Applying behavioural economics and the Financial Conduct Authority* : <http://www.fca.org.uk/static/documents/occasional-papers/occasional-paper-1.pdf>