

La protection du consommateur : rationalité limitée et régulation

Rapport

Xavier Gabaix, Augustin Landier
et David Thesmar

Commentaires

Philippe Mongin
Jean Tirole

*Conception et réalisation graphique en PAO
au Conseil d'Analyse Économique
par Christine Carl*

© Direction de l'information légale et administrative. Paris, 2012 - ISBN : 978-2-11-009168-0
« En application de la loi du 11 mars 1957 (article 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans l'autorisation expresse de l'éditeur.

Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre. »

Sommaire

Introduction	5
<i>Christian de Boissieu</i>	
RAPPORT	
La protection du consommateur : rationalité limitée et régulation	7
<i>Xavier Gabaix, Augustin Landier et David Thesmar</i>	
<i>1. Introduction</i>	7
<i>2. Principes</i>	12
2.1. Les types de rationalité limitée utiles pour la protection du consommateur	12
2.2. La concurrence ne peut souvent protéger le consommateur naïf	13
2.3. L'accès libre à l'information ne suffit pas	16
2.4. L'éducation des consommateurs est difficile et coûteuse	17
2.5. La réputation de l'entreprise ne suffit pas à protéger le consommateur	18
2.6. Jusqu'où peut-on s'en remettre à l'auto-régulation et à la concertation ?	24
2.7. Le recours juridique n'est pas toujours la solution	28
<i>3. Réformes proposées</i>	29
3.1. Transparence de l'action publique	29
3.2. Accepter un paternalisme non invasif	32
3.3. Protéger le consommateur vieillissant	35
3.4. La question des coûts de sortie	37
3.5. Recours et sanctions	39
Annexe A. Glossaire de biais cognitifs	49
Annexe B. Description du paysage institutionnel	53
Consultations et audits	63

COMMENTAIRES

Philippe Mongin 65

Jean Tirole 73

RÉSUMÉ 79

SUMMARY 85

Introduction

L'objet de ce rapport est d'étudier les fondements de la protection des consommateurs et les modalités des régulations visant à assurer cette protection.

En pratique, le consommateur ne se comporte pas nécessairement comme le suppose l'analyse microéconomique des manuels. Car l'information à sa disposition est loin d'être complète et transparente, et elle est même susceptible de manipulation par les producteurs ou les distributeurs. Car le consommateur est loin d'exhiber la rationalité postulée par la théorie microéconomique traditionnelle.

L'information imparfaite et la rationalité limitée ne peuvent être prises en charge et corrigées par la seule auto-régulation, par exemple, celle exercée par les associations de consommateurs. Dans de nombreux cas, l'intervention des pouvoirs publics est indispensable, qu'il s'agisse de la commercialisation de produits financiers plus ou moins complexes (une complexité souvent excessive, cruellement mise en évidence par la crise financière mondiale depuis 2007), de la consommation des nouvelles technologies de l'information et de la communication... Cette intervention prend aussi bien la forme de régulations *ex ante* (exigences et contraintes définies *a priori*) que de régulations *ex post* (recours et sanctions...).

L'analyse précise et concise menée par les auteurs les conduit à formuler des propositions très concrètes. Toutes sont d'application transversale, car elles touchent à la quasi-totalité des biens et services. Certaines d'entre elles visent à améliorer sensiblement l'information du consommateur, via en particulier la caisse de résonance fournie par Internet et les réseaux sociaux. En France, la DGCCRF du ministère de l'Économie et des Finances doit s'impliquer davantage dans le processus de dissémination fine (par secteur, voire sous certaines conditions par entreprise...) de l'information pertinente pour les consommateurs.

D'autres propositions relèvent clairement de la régulation *ex post*. Le rapport propose un durcissement des amendes prononcées par la DGCCRF face à des manquements patents. Il prône la reconnaissance en France des actions de groupe, comme cela existe déjà non seulement aux États-Unis mais aussi dans nombre de pays européens.

De telles actions collectives permettent de surmonter le problème classique de la coordination des plaignants, résumé par le paradoxe de Mancur Olson : plus un groupe est large, moins il sait défendre ses intérêts car chaque membre compte sur les autres pour le faire et, en définitive, rien ne se passe (défi du « passager clandestin », au cœur de la problématique des biens et services collectifs). Le coût de participation à de telles actions doit être faible pour les consommateurs rassemblés par des intérêts communs, et le champ couvert doit être le plus large possible. À l'examen, il apparaît que les avantages des actions de groupe l'emportent largement sur leurs possibles inconvénients, d'autant plus que leur incidence négative sur la compétitivité des entreprises n'est pas prouvée. Les enquêtes d'opinion suggèrent aussi que les Français y sont non seulement prêts mais aussi favorables à une très large majorité.

Ce rapport a été présenté à Monsieur Pierre Moscovici, ministre de l'Économie et des Finances, et à son ministre délégué chargé de l'Économie sociale et solidaire et de la Consommation, Monsieur Benoît Hamon, le 10 septembre 2012. Il a bénéficié du concours efficace de Manon Domingues Dos Santos, conseillère scientifique au CAE.

Christian de Boissieu
Président délégué du Conseil d'analyse économique

La protection du consommateur : rationalité limitée et régulation

Xavier Gabaix

Professeur à l'Université de New York

Augustin Landier

Professeur à l'Université de Toulouse I

David Thesmar

Professeur associé à HEC Paris

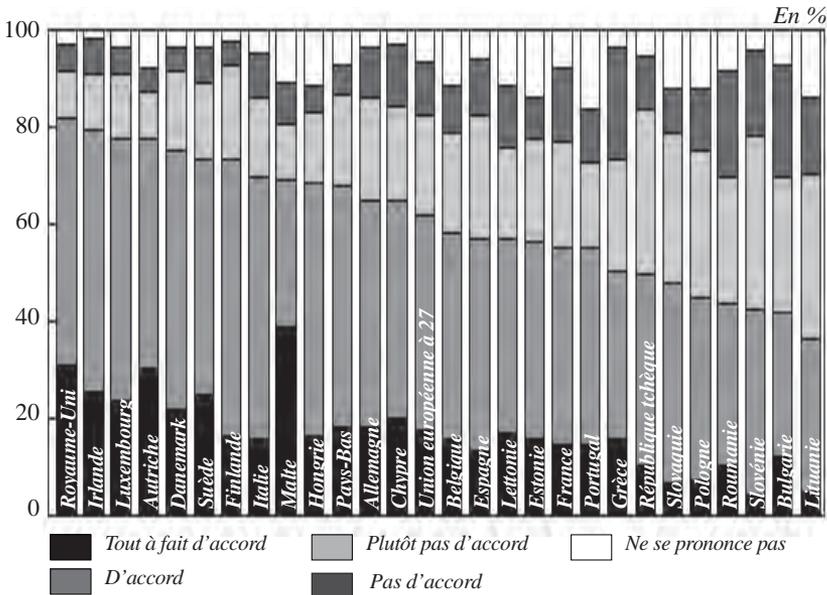
1. Introduction

L'arsenal de protection du consommateur fait face à de nouveaux défis. Dans les économies développées, l'innovation passe par la généralisation de produits de plus en plus complexes : produits d'épargne structurés (par exemple, investissement en bourse à capital garanti), offres groupées de biens et de services (téléphones modernes assortis de divers abonnements), produits à options multiples (chambre d'hôtel avec divers services en supplément, crédit renouvelable), etc. Or, les dispositifs actuels ont de plus en plus de mal à répondre à cette nouvelle donne : un code de la consommation pléthorique qui se contredit parfois lui-même, une tendance forte du législateur à « micro-manager » les problèmes spécifiques de chaque produit, un paysage institutionnel touffu qui contient instances d'auto-régulation, comités de concertation, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), régulateurs sectoriels, tribunaux, associations de consommateurs, etc. Au total, le consommateur lésé, si tant est qu'il le sache, ne sait pas vraiment vers qui se tourner et en tire une certaine méfiance à l'égard des pouvoirs publics. Selon un sondage récent de la Commission européenne, dans l'Union européenne, la France se situe en 18^e place pour la confiance dans le dispositif public de protection du consommateur.

(*) Nous remercions Adrien Matray, qui a préparé les annexes A et B sous la direction des auteurs, et Manon Domingues Dos Santos, Conseillère scientifique en charge de ce rapport. Nous remercions aussi Philippe Mongin et Jean Tirole pour leurs fort utiles commentaires.

1. L'attitude des Européens face aux dispositifs de protection du consommateur

« Consommateur : pensez-vous que l'État protège vos droits »



Source : Commission européenne (2011).

La finalité du présent rapport est d'explicitier dans un premier temps les enseignements de la littérature économique consacrée aux fondements de la protection du consommateur et aux modalités de régulation efficaces. Cette démarche nous permettra dans un second temps de développer certaines propositions susceptibles d'améliorer l'efficacité des institutions françaises dédiées à la protection du consommateur.

De nombreux travaux analysent les fondements économiques de la protection du consommateur. Un apport récent de la littérature récente, sur lequel la première partie de ce rapport insiste, est la mise en exergue de l'importance des biais psycho-cognitifs des consommateurs, ces biais s'ajoutant aux plus classiques problèmes informationnels. En substance, Les consommateurs ne sont pas des ordinateurs idéaux : ils peuvent prendre des décisions qui sont contraires à leur propre intérêt, faisant des erreurs prévisibles que les entreprises savent exploiter. Elles peuvent le faire notamment en rendant les produits intentionnellement complexes et en tirant parti de comportements impulsifs. Ainsi, pour ne pas tromper un consommateur, il ne suffit pas de lui fournir l'information : encore faut-il le faire sous une forme qu'il peut à la fois comprendre et assimiler. Pour ne pas piéger un consommateur, il ne suffit pas de dire que « tout était écrit dans le contrat » : encore faut-il que la forme du contrat ne soit pas conçue pour utiliser les incompréhensions du client ou son incapacité à anticiper son propre comportement futur.

Cette vision « comportementale » de l'agent économique qui considère que le consommateur n'est pas parfaitement rationnel est susceptible de créer un arbitrage entre deux objectifs : protéger le consommateur d'un côté, et préserver le droit de choisir en toute responsabilité de l'autre. Certes, si certains produits (produits d'épargne, abonnements divers) sont si complexes que même un économiste professionnel ne peut les évaluer, si certains produits jouent sur les faiblesses des consommateurs (inattention, manque d'autodiscipline, inaptitude à la prévoir), le régulateur doit pouvoir encadrer leur vente. Mais dans ce cas, à partir de quel niveau de complexité intervenir et limiter les choix des consommateurs ? Les coûts d'un paternalisme excessif peuvent, en effet, être importants. Si le paternalisme bénéficie aux consommateurs inattentifs ou débordés, il nuit en revanche à ceux qui peuvent gérer à leur avantage les complexités de l'économie moderne. Par exemple, il peut être efficace pour une entreprise d'établir avec le consommateur une relation de long terme et donc de lui demander un engagement sur la durée. Une politique paternaliste qui permettrait au consommateur de se dégager de tout contrat l'empêcherait de s'engager et détruirait tous les avantages de la relation de long terme. Un second danger du paternalisme est de déresponsabiliser les consommateurs et de limiter la différenciation des produits. Dans l'économie moderne, les produits sont profilés pour répondre aux besoins les plus divers et les plus transitoires du marché. En surprotégeant les consommateurs, l'État risque de diminuer leur incitation à accumuler l'information nécessaire à un choix réfléchi et avisé. En réponse à cela, les entreprises se replient sur des produits standardisés, créant peu de valeur et de satisfaction. Finalement, le paternalisme aboutit à renforcer le pouvoir de régulateurs dont il est illusoire d'attendre une bienveillance inconditionnelle. Les régulateurs ne sont ni anges ni démons, mais des équipes d'êtres humains qui poursuivent leur propre intérêt. Les régulateurs peuvent notamment être en partie capturés par les entreprises qu'ils régulent. Dans ces conditions, le paternalisme intégral revient à signer un chèque en blanc au régulateur, ce qui peut être à la fois inefficace économiquement et liberticide.

Analyser les fondements de la protection du consommateur nous permet de mieux apprécier dans quel cas la régulation est souhaitable (par exemple, lorsqu'on peut constater une grande confusion dans les décisions des agents) ou ne l'est pas (par exemple, lorsque le consommateur est conscient de son ignorance et peut s'informer à faible coût ; lorsque les bénéfices d'avoir des contrats de long terme ou assez riches sont importants). Ainsi, cette grille de lecture permet en outre de recommander l'intervention pour les produits boursiers (produits pour lesquels les besoins sont relativement homogènes), pour l'affichage des calories pour les aliments (le consommateur n'étant peut-être pas conscient de la teneur calorique d'un aliment), et pour les tarifications de forfaits de téléphone (le consommateur n'étant souvent pas conscient des « pièges » et tarifs exceptionnels, par exemple, à l'étranger). En revanche, la régulation n'est pas pertinente, par exemple, pour administrer les ventes de téléphones portables ou des ordinateurs (le consommateur

étant conscient que trouver un téléphone est un peu difficile, mais s'informer est relativement facile).

Reconnaissant ces enjeux, nous proposons dans la seconde partie de ce rapport de donner au consommateur davantage de moyens de se protéger par lui-même. Pour l'essentiel, la protection légale du consommateur a deux piliers : la régulation *ex ante* et la régulation *ex post*. La régulation *ex ante* spécifie les contraintes auxquelles sont soumises les entreprises dans leurs relations avec les clients. Par exemple, certains produits doivent être certifiés, certaines normes s'appliquent sur la composition des produits, et certains types de contrats sont interdits. Ainsi, en France, un taux d'usure plafonne le taux d'intérêt pour le crédit aux particuliers ; les acheteurs disposent d'un droit de rétractation dans la vente à distance, etc. Par contraste, la régulation *ex post* concerne les possibilités de recours des consommateurs qui s'estiment floués, la détection et la répression des fraudes. Le recours d'un client mécontent peut passer par la négociation directe avec le vendeur, par la médiation, qui cherche à trouver un compromis satisfaisant, ou par des démarches judiciaires. L'action de groupe, ou action collective, consiste à agréger un ensemble de plaintes individuelles concernant des litiges similaires. Cette démarche nous amène à formuler quatre groupes de propositions.

- *faire la lumière sur la qualité des produits, en utilisant les possibilités d'Internet.* Nous proposons que la DGCCRF mette en ligne les données concernant les plaintes qu'elle reçoit, produit par produit, et sur les suites qu'elle donne à ces plaintes. Nous proposons également qu'une institution se charge d'éditer un site Internet où les consommateurs pourront noter les produits, comme cela se passe déjà dans le commerce en ligne ;
- proposer, lorsque c'est possible, des *options par défaut* bien choisies, et pour cela, utiliser les techniques modernes de l'économie expérimentale. Lorsque les produits sont complexes, le régulateur peut contraindre le fournisseur à proposer une option par défaut qui offre un service satisfaisant. Ainsi, un consommateur passif, qui ne souhaite pas ou ne peut pas exercer son jugement, aura un produit acceptable. Mais cela laisse intacte la liberté de choix pour les consommateurs plus sophistiqués, que la comparaison des produits ne rebute pas. Un exemple où ce principe est applicable est celui de l'épargne retraite. Pour évaluer le mérite de ces options par défaut, et plus généralement les difficultés associées aux produits, le régulateur pourra bénéficier d'un nouvel outil : l'économie expérimentale. Il pourra se doter d'un laboratoire, ou sous-traiter des expériences d'évaluation des produits aux laboratoires d'économie expérimentale français et internationaux, parfois avec la participation des entreprises ;
- *permettre aux consommateurs insatisfaits de changer facilement de fournisseur de service.* Le commerce de certains services s'intègre

dans une relation de long terme avec un fournisseur (téléphonie, banque de détail). Le consommateur insatisfait a parfois des difficultés à se dégager de cette relation, soit parce que coûts de sortie sont importants, soit parce qu'il lui est difficile d'évaluer ce qu'il pourrait gagner à changer de fournisseur. Nous proposons de contraindre le fournisseur de service à rendre accessible au consommateur, sous un format simple et standardisé, l'historique de sa consommation, de manière à permettre à des concurrents de formuler des offres alternatives « sur mesure » adaptées aux besoins individuels ;

- *permettre aux consommateurs d'exercer un véritable pouvoir de menace sur les comportements illégaux.* À l'heure actuelle, les sanctions encourues sont faibles. Les amendes administratives infligées par la DGCCRF sont limitées (15 000 euros dans le projet de loi actuel). Les dédommagements obtenus au travers d'actions en justice sont réduits à la taille du préjudice subi. Ces dispositifs ne tiennent pas compte du fait que la sanction doit être inversement proportionnelle à la probabilité d'être sanctionné pour être vraiment dissuasive et lorsque les frais de justice sont importants au regard du préjudice individuel, les consommateurs ne peuvent pas facilement se regrouper pour espérer obtenir réparation. Pourtant un petit préjudice peut constituer une forte nuisance économique agrégée, lorsqu'il s'exerce sur des millions de gens. Nous proposons donc d'accroître le montant des amendes administratives que la DGCCRF peut infliger et de mettre en place de véritables actions de groupe en France.

À travers les deux dernières propositions, ce rapport insiste sur l'importance de la régulation *ex post*, par opposition à la régulation *ex ante*, qui concerne les deux premières propositions. La régulation *ex post*, relativement déficiente en France, doit, en effet, être renforcée pour deux raisons principales. Premièrement, elle permet de rendre la régulation *ex ante* plus efficace, car les incitations des entreprises à se conformer à la régulation *ex ante* dépendent largement des conséquences qu'elles anticipent en cas d'entorse aux règles : une bonne régulation *ex ante* resterait donc lettre morte sans régulation *ex post*. Deuxièmement, dans un monde parfaitement statique, où les produits et les contrats possibles ne changeraient pas, une régulation *ex ante* très minutieuse pourrait résoudre toutes les grandes questions de protection du consommateur. Mais dans le monde réel, où l'offre de produits n'a de cesse d'évoluer, la régulation *ex ante* a nécessairement un temps de retard : elle ne peut pas s'intéresser immédiatement aux détails et aux cas particuliers que de nouveaux produits et de nouveaux usages soulèvent. Il est d'ailleurs symptomatique que près de 20 % des plaintes enregistrées par la DGCCRF concernent un secteur où les produits et les contrats ont considérablement changé sur la dernière décennie, celui des communications. C'est en se confrontant aux litiges apparaissant *ex post* que la régulation *ex ante* s'adapte.

2. Principes

En dehors des questions de concurrence (prix trop élevés), il y a deux grandes raisons pour protéger le consommateur face aux entreprises qui lui vendent biens et services : l'information du consommateur est limitée et la rationalité du consommateur est limitée. Il est important de distinguer ces deux sources, car elles impliquent des traitements de politique économique différents. Tout d'abord, nous évoquons les types de déviation de la rationalité qui sont pertinents pour la protection du consommateur.

2.1. Les types de rationalité limitée utiles pour la protection du consommateur

Depuis Simon (1955) et Kahneman et Tversky (1974), les économistes et psychologues ont documenté une série de déviations par rapport au modèle de la rationalité pure et parfaite sur lequel repose l'économie néoclassique. L'annexe A en offre un bref catalogue raisonné. Les plus importants pour notre sujet sont :

- *la myopie* : un consommateur qui choisit une banque ne prend pas en compte tous les frais futurs des transactions bancaires, parce que cela semble trop compliqué, ou parce qu'il ne les envisage même pas ;
- *l'optimisme excessif* : par exemple, le consommateur pense « qu'il s'en sortira » et pourra de toute manière rembourser son prêt avant que les taux n'augmentent. Ce comportement semble important pour la crise des *subprimes*. Un consommateur peut se tromper sur l'auto-discipline qu'il sera capable d'exercer pour repayer rapidement un emprunt ou éviter de téléphoner hors des limites de son forfait : le prêteur peut en tirer parti en appliquant des pénalités ;
- *le manque de sophistication stratégique/bayésienne* : un consommateur qui voit qu'un prix est caché devrait se douter qu'il y a une bonne raison pour que ce prix soit caché – le prix est très élevé. Mais un consommateur naïf ne fait pas cette inférence logique – simplement, il oublie de prendre en compte ce prix ;
- *la puissance des options par défaut* (Madrian et Shea, 2001 et Thaler et Sunstein, 2008) : les agents ont souvent tendance à suivre les choix par défaut (par exemple, l'entreprise verse une contribution dans un compte-épargne de l'employé, ce qui induit sans douleur un taux d'épargne minimal). Ainsi, en manipulant l'option par défaut, les entreprises et les gouvernements peuvent améliorer leurs profits ou le bien-être des agents.

Il convient également de préciser qu'il est philosophiquement difficile de définir un critère de bien-être pour des individus sujets à des biais comportementaux « émotionnels » (Bernheim et Rangel, 2009). Par exemple, le choix « normativement juste » est-il celui des décisions faites « à chaud » ou « à froid » ? Ce choix n'est pas trivial, l'expérience du bonheur incluant

les moments « à chaud ». Force est toutefois de constater que le législateur choisi de manière générale de donner plus de poids aux décisions « à froid » : il donne aux consommateurs un délai de rétractation pour leur permettre de revenir sur leurs achats d'impulsion ; il limite les taux d'intérêt de peur que les consommateurs ne cèdent à la facilité du crédit à la consommation ; il subventionne l'épargne voire parfois la force (épargne salariale) ; il taxe l'alcool et le tabac et interdit les drogues. Dans le conflit entre le moi *ex ante* et le moi *ex post*, le législateur a donc tranché en faveur du moi *ex ante* et lui a donné le pouvoir de contrôler en partie le moi *ex post*. En revanche, la question du bien-être est bien plus simple à appréhender pour les biais « cognitifs » qui sont surtout ceux qui nous occupent ici. Le choix « normativement juste » est celui d'un individu réfléchi et informé, qui aurait le temps de délibérer, aidé d'un conseiller bien intentionné – le choix d'un consommateur rationnel et informé.

2.2. La concurrence ne peut souvent protéger le consommateur naïf

2.2.1. La concurrence protège le consommateur pour les biens « simples »

Prenons l'exemple d'une police d'assurance incendie. La plupart des consommateurs, sans doute, ne connaissent pas la vraie probabilité d'un incendie. Dans l'éventualité où, suivant Kahneman et Tversky, ils ont tendance à surestimer la probabilité de sinistres rares et majeurs, les consommateurs auront tendance à payer trop cher pour cette assurance. Donc, si le marché de l'assurance était peu concurrentiel, une compagnie en monopole pourrait faire payer les consommateurs beaucoup plus que le coût marginal de l'assurance.

En revanche, si la concurrence est importante, le problème est résolu. Il suffit, en effet, que deux entreprises soient présentes et se fassent concurrence (« à la Bertrand ») pour offrir des prix attractifs et récupérer l'ensemble du marché. Chacune baissera progressivement son prix jusqu'à ce que le prix offert corresponde au coût marginal, et cela même si les consommateurs surestiment la probabilité d'un accident. Dans ce cas, la concurrence assure que les consommateurs paient seulement le coût marginal. La concurrence protège donc les consommateurs.

2.2.2. La concurrence protège les consommateurs mal informés mais « sophistiqués »

Considérons maintenant le cas où le consommateur est « non informé » mais rationnel. S'il voit une entreprise cacher une partie de l'information (par exemple, rendre difficile l'accès à l'information), il va en déduire que l'entreprise a des tarifs très élevés : sinon, l'entreprise rendrait l'information publique et aisément accessible. À l'équilibre, avec des consommateurs rationnels, les entreprises sont contraintes de révéler leurs prix d'une manière

transparente, sinon les consommateurs en déduiraient systématiquement que l'entreprise cache des prix réels élevés, et l'entreprise perdrait ces consommateurs.

2.2.3. La concurrence ne protège pas les consommateurs naïfs

En revanche, nous allons voir que la concurrence ne protège pas les consommateurs naïfs⁽¹⁾ : si un consommateur sophistiqué constatant que certains prix sont cachés suppose que l'entreprise a des prix élevés, il n'en est pas de même pour un consommateur naïf qui n'infère rien. Cela crée donc une incitation à cacher tout ou partie des prix.

Maintenant, supposons que le marché devient compétitif. La concurrence conduit-elle à protéger les consommateurs malgré eux comme dans le cas de l'assurance ? Pour cela, il faudrait qu'une entreprise ait intérêt à « débiaiser » (nous espérons que le lecteur nous pardonnera ce néologisme) les consommateurs, plutôt que de faire comme les autres et de masquer une partie du prix. Mais il n'en est rien.

Illustrons la logique avec un exemple. Considérons le marché d'une chambre d'hôtel dont le coût marginal s'élève à 100 euros. Ce coût comprend le coût de la chambre *stricto sensu* qui s'élève à 80 euros et le coût des extras (garage, téléphone, minibar, surcoûts de petit-déjeuner, etc.) qui s'élève à 20 euros. Supposons que tous les consommateurs sont initialement myopes (c'est-à-dire, qu'ils oublient les extras à payer lorsqu'ils envisagent de prendre une chambre à l'hôtel). Considérons deux hôtels que nous appellerons « Tradition » et « Transparence ».

Quand un tel client demeure à l'hôtel « Tradition », il paie 20 euros pour acheter des extras. Supposons que ces extras ne coûtent rien au « Tradition » (cette limite simplifie l'analyse sans réelle perte de généralité). Ainsi dans un monde compétitif, l'hôtel « Tradition » fera payer 80 euros pour la chambre (donc, la chambre est vendue à perte) : en effet, la chambre lui procure des revenus de 80 euros (pour la chambre) plus 20 euros (pour les extras), donc 100 euros, ce qui compense le coût de la chambre, 100 euros, et des extras, 0 euro. Donc, dans un marché concurrentiel, « Tradition » dira : « nos chambres ne coûtent que 80 euros », négligeant de mentionner les extras.

Le second hôtel, « Transparence », pourrait chercher à débiaiser les consommateurs en expliquant les extras du « Tradition ». « Transparence » pourrait, par exemple, annoncer : « Attention aux extras chez nos concurrents. Les extras à 'Transparence' sont tous gratuits ». Naturellement, si « Transparence » fait cela, la chaîne ne pourra subventionner la chambre avec les extras. « Transparence » propose des chambres à 100 euros où les extras sont gratuits.

(1) Cette section paraphrase en partie l'analyse de Gabaix et Laibson (2006) des « *shrouded attributes* », qu'on pourrait traduire par « attributs cachés », c'est-à-dire des dimensions de la transaction économique (par exemple, des frais bancaires) cachées par l'entreprise (ou du moins rendues difficiles à comprendre).

Malheureusement, ce système de prix n'attirera aucun client. Dès que les consommateurs comprennent la stratégie de « Tradition », les consommateurs restent dans cet hôtel, et évitent simplement de payer pour les extras. Un agent « sophistiqué » anticipe les extras au « Tradition » et évite l'achat de nombre d'entre eux (par exemple, il prend un taxi au lieu de louer une voiture qui nécessite de payer pour le garage, il apporte un téléphone cellulaire pour ne pas à avoir à utiliser le téléphone de l'hôtel, etc.). Supposons que le coût économique d'une telle stratégie pour les clients est de 10 euros (qui représentent le coût du désagrément)⁽²⁾. Dans ce cas, les clients nouvellement débiaisés préfèrent rester à l'hôtel « Tradition », plutôt que d'être client de « Transparence » : les clients éduqués du « Tradition » paient seulement 80 euros pour une chambre qui en vaut 100, et ont seulement à endurer un léger de désagrément (d'une valeur de 10 euros) pour éviter d'acheter trop chers les extras du « Tradition ». Une campagne d'éducation par « Transparence » nuit donc à « Tradition » – qui vend moins d'extras – mais aide les clients du « Tradition », qui apprennent à éviter de payer pour ces extras.

Après la campagne publicitaire éducative, « Transparence » ne peut prospérer, même si « Transparence » a une tarification orthodoxe au coût marginal. « Tradition » offre des meilleurs prix pour les consommateurs sophistiqués. Ainsi, la campagne de « Transparence » ne va attirer aucun client. En conséquence, « Transparence » (ou « Tradition ») n'a aucun intérêt à éduquer les consommateurs myopes du « Tradition ». Débiaiser un consommateur est à la fois bon pour le consommateur mais mauvais pour les entreprises. Dès lors, aucune entreprise n'a d'incitation à le faire.

Cet exemple illustre aussi la « malédiction du débiaisage ». Cette malédiction se produit chaque fois qu'un consommateur débiaisé devient moins rentable pour l'entreprise qui le débiaise. Dans de tels cas, les entreprises n'ont pas d'incitation à débiaiser et la concurrence ne conduira pas les consommateurs à se comporter rationnellement. En substance, les entreprises exploitent les consommateurs myopes. En revanche, les consommateurs sophistiqués profitent de ces entreprises, celles-ci ne pouvant alors se débarrasser d'eux. À l'équilibre, personne n'a intérêt à modifier son choix, sauf les consommateurs myopes. Mais les consommateurs myopes ne savent pas qu'ils ont intérêt à changer d'entreprise et personne n'a d'incitation à leur montrer leur erreur. Éduquer un consommateur myope le transforme en un consommateur sophistiqué et moins rentable, qui préfère aller vers des entreprises qui vendent à perte leur produit d'appel (la chambre d'hôtel) et font payer des prix élevés pour des extras évitables. Ainsi, l'éducation n'est pas une stratégie payante pour l'entreprise. Les biais psychologiques d'une partie des consommateurs sont donc exploités par les modes de tarification proposés, sans même que ceux-ci le réalisent.

(2) Comme éviter les extras est coûteux, dans le cas de base avec des consommateurs sophistiqués, l'équilibre sera inefficace : les consommateurs sophistiqués font un effort socialement inutile pour éviter de payer les extras.

Ce mécanisme s'applique à de nombreux marchés. Le client bancaire sophistiqué reçoit un transfert pour ouvrir un compte et évite de payer certains des frais que les consommateurs myopes paient. Le titulaire de carte de crédit qui n'a pas de découvert évite ainsi de payer des frais d'intérêt, et reçoit une carte sans frais annuel. Un acheteur d'imprimante achète une imprimante à bas prix et évite de payer pour des remplacements fréquents de cartouche d'encre. Un emprunteur peut bénéficier d'un taux d'appel avantageux qui s'élève au bout de quelque temps. Certains des contrats typiques en téléphonie mobile donnent au client une allocation prépayée d'unités de communication. Les consommations excédant cette limite sont tarifées à un prix marginal élevé. Grubb (2009) montre (sur données américaines) que ce type de forfait exploite l'excès de confiance des consommateurs dans leurs prévisions de consommation : une fraction d'entre eux est systématiquement confrontée à des circonstances qu'ils n'avaient pas imaginées, les conduisant à dépasser fortement leur temps forfaitaire, chose très rentable pour l'opérateur.

2.3. L'accès libre à l'information ne suffit pas

Les entreprises n'ont pas toujours intérêt à éduquer les consommateurs. Dans l'exemple « Transparence »/« Tradition », les clients naïfs sont ceux qui permettent à l'entreprise d'être rentable, donc l'entreprise n'a rien à gagner à les rendre sophistiqués. Dans l'exemple fictif ci-dessus, elle a même intérêt à créer de la confusion, c'est-à-dire à transformer des consommateurs sophistiqués en consommateurs naïfs. C'est l'approche privilégiée par certaines campagnes de publicité, qui ne communiquent pas directement sur le contenu du produit mais cherchent plutôt à induire le consommateur à relâcher son attention et son esprit critique en créant un sentiment de familiarité (utilisation de célébrités, par exemple) ou en détournant des raccourcis de raisonnement (heuristiques). En étudiant l'introduction de l'épargne retraite obligatoire en Suède en 2000, Cronqvist (2006) montre notamment que seule une très faible fraction des publicités des fonds communs de placements contenait de l'information pertinente (frais, performance, risque) pour le choix du véhicule d'épargne.

Dans ce contexte, une solution naturelle au problème du consommateur « non informé » est que l'État force la diffusion de l'information. Par exemple, la législation sur les placements OPCVM (véhicules d'épargne à gestion collective) impose la fourniture d'une quantité d'information très importante, donnant lieu à des prospectus de plus de dix pages détaillant la philosophie d'investissement, les performances à attendre, les gérants, etc. La seule information pertinente, c'est-à-dire les frais de gestion, est en général difficile à trouver si l'on n'est pas expert de ce genre de produit.

La difficulté est que ceci ne suffit pas lorsque le consommateur a une rationalité limitée : inondé par la quantité d'information, le consommateur est simplement désespéré et ne se retrouve pas dans une situation meilleure que celle où il ne possédait pas d'information. Pour certains consommateurs,

la situation peut même être plus défavorable qu'en l'absence de politique publique. La raison est qu'une politique de transparence peut induire une redistribution des consommateurs inattentifs vers les consommateurs sophistiqués (Gabaix et Laibson, 2006). Pour reprendre l'exemple « Transparence »/« Tradition », supposons que l'on part d'une situation où tout le monde ignore les attributs cachés de la chambre d'hôtel. Dans ce cas, les entreprises en concurrence font payer un prix égal au coût marginal. Supposons maintenant que l'État contraigne les chaînes hôtelières à mettre dans les chambres un panneau sur le prix des bouteilles dans le minibar. Si seulement 30 % des consommateurs savent lire, ces consommateurs paieront moins cher que le coût marginal, ils seront subventionnés par ceux qui ne savent pas lire et continueront de consommer les mignonnets vendues à prix d'or.

Contraindre l'entreprise à transmettre toute l'information au consommateur peut même avoir l'effet pervers de l'encourager à le duper. Dans un domaine connexe, Cain, Loewenstein et Moore (2005) ont étudié l'impact de la transparence sur les conflits d'intérêts des experts dans le cadre d'une expérience de laboratoire où des experts recommandent des produits à des consommateurs. Lorsque les consommateurs sont mis au courant d'un potentiel conflit d'intérêts, ils continuent à faire trop confiance à l'expert. Encourager par cette naïveté résistante, l'expert est incité à davantage exagérer les bienfaits du produit qu'il recommande. Au total, on peut donc craindre que, contraintes à tout dire, les entreprises utilisent l'obligation de transparence comme une « autorisation à tricher ». Incapable de digérer quarante-sept pages de conditions générales de ventes, le consommateur ne pourra cependant pas accuser son fournisseur de lui mentir, puisqu'il aura été informé.

Une manière partielle de remédier à cela consiste à contraindre les entreprises du secteur à proposer une présentation simplifiée et standardisée du produit. Par exemple, dans le cas des fonds communs de placement, l'Autorité des marchés financiers est, au moment de la rédaction de ce rapport, en train de développer un prospectus simplifié tenant sur une page recto verso. En général, cette stratégie de régulation ne semble pas toujours suffire, surtout lorsque les produits sont difficiles à comparer (Beshears et *al.*, 2008 et Choi et *al.*, 2010).

2.4. L'éducation des consommateurs est difficile et coûteuse

Une autre idée est d'éduquer les consommateurs. La difficulté est que l'éducation est coûteuse et difficile et, hélas, la littérature en économie expérimentale est dans l'ensemble pessimiste sur son effet. Les gens apprennent, puis oublient. Par exemple, Choi et *al.* (2011) évaluent une politique d'éducation et ne trouvent pas d'impact sur la qualité des décisions financières. Il est possible, en revanche, que des méthodes nouvelles puissent éduquer les consommateurs à faible coût, même si les premières tentatives se sont avérées décevantes. Cela suppose néanmoins un important travail de réflexion pour concevoir ces méthodes innovantes.

De plus, les initiatives éducatives visant à rendre les clients attentifs à certains aspects des contrats qui leur sont proposés peuvent conduire les entreprises à recourir à de nouvelles méthodes plus complexes pour désorienter les clients : selon Carlin et Manso (2011), une stratégie d'éducation poussée des consommateurs pourrait donc conduire à une course à la complexité, qu'ils qualifient de « stratégie d'obfuscation » par les entreprises.

2.5. La réputation de l'entreprise ne suffit pas à protéger le consommateur

Il est possible d'envisager qu'il est dans l'intérêt même des entreprises de prendre soin de leur réputation auprès des consommateurs, ceci afin de conserver leurs clients existants et d'en attirer de nouveaux. Une judiciarisation excessive de la relation entre entreprises et consommateurs serait de ce fait non seulement inutile, mais même contre-productive : elle rendrait plus difficile un climat de confiance et d'écoute entre les deux parties.

Cet argument a sa part de vérité : la plupart des entreprises ont effectivement intérêt à prendre en compte les réactions des clients pour améliorer leurs produits, il y va de leur profitabilité future. Si l'entreprise a la réputation de vendre des produits peu satisfaisants, ses ventes baisseront.

Il serait cependant erroné de penser que la doctrine de la protection du consommateur peut reposer intégralement sur le souci de réputation des entreprises. Même si les entreprises maximisent bien la valeur actualisée de leurs profits futurs (et pas simplement les profits de court terme), leur intérêt à maintenir une bonne réputation n'élimine pas la nécessité de réguler, par exemple, la qualité des produits. Nous allons voir que les principales raisons en sont informationnelles et concurrentielles. L'analyse permettra d'identifier les situations où le rôle de garde-fou que peut constituer la réputation est particulièrement faible, et de s'interroger sur les moyens de renforcer son rôle positif.

La littérature théorique s'est assez tôt intéressée au rôle que la réputation peut jouer pour forcer les entreprises à se soucier de la qualité de leurs produits. Le contexte pertinent pour cette question est celui de transactions où l'acheteur ne peut pas parfaitement vérifier la qualité du produit acheté avant de conclure la transaction. Produire des biens de plus grande qualité est coûteux pour l'entreprise. Si les acheteurs n'achetaient le bien qu'une seule fois et n'avaient pas d'information sur la qualité fournie par l'entreprise, ils s'attendraient (rationnellement) à ce que celle-ci ne fasse aucun effort sur la qualité. La réputation n'offre qu'une solution de marché partielle à ce problème (Kreps, Milgrom, Roberts et Wilson, 1982), la réputation d'une entreprise n'étant qu'un signal imparfait de la satisfaction de ses clients passés et présents.

2.5.1. La réputation est un signal imparfait sur la qualité

Shapiro (1982) montre qu'en présence de frictions informationnelles, la réputation ne suffit pas à atteindre le niveau de qualité des produits qui prévaudrait si les consommateurs étaient parfaitement informés avant l'achat

sur la qualité des produits. Dans son modèle, la réputation d'une entreprise correspond aux anticipations des acheteurs sur la qualité du bien qu'elle produit. L'entreprise peut augmenter ses bénéfices de court terme en vendant des biens de qualité inférieure à celle qu'anticipent ses clients ; mais les clients ne seront pas dupes longtemps, et la réputation de l'entreprise en souffrira. Shapiro montre qu'en information imparfaite, l'incitation (long-termiste) à préserver une bonne réputation pour vendre plus tard à un prix élevé ne compense que partiellement la tentation (court-termiste) de vendre des biens de qualité inférieure à la qualité anticipée (donc moins chers à produire). Plus l'information est mauvaise, plus la réputation est un signal bruité, et plus la qualité des biens produits est (sous-optimalement) faible. Il suffit, par exemple, que la satisfaction des consommateurs ne soit connue qu'avec un retard temporel, ou qu'elle ne le soit que par une partie des consommateurs pour que la qualité des biens produits soit détériorée. Dans ce type de modèle, les consommateurs ne souffrent d'aucun biais cognitif ou psychologique : ils sont lucides sur la tentation pour l'entreprise de les tromper sur la qualité et ont donc (rationnellement) des attentes peu optimistes.

Ce type de modèle montre pourquoi l'information mise à disposition des consommateurs (et notamment les plaintes des autres consommateurs) peut être importante : *seul un niveau d'information élevé sur la satisfaction des autres acheteurs fait de la réputation un mécanisme incitatif susceptible de maintenir un niveau de qualité élevé.*

Plus récemment, certains articles théoriques (Mailath et Samuelson, 2001 et Tadelis, 2002) ont fourni un nouvel argument contre l'idée que la réputation peut efficacement discipliner les entreprises. Ces auteurs constatent que la réputation est une forme de capital comme une autre : elle peut s'acheter et se vendre (par exemple, via des fusions acquisitions ou des rachats de marques). Ceci détruit la possibilité de s'en remettre à elle pour distinguer les bons et les mauvais producteurs. Par exemple, une gamme de produits de mauvaise qualité peut être lancée sous la bannière d'une marque qui produisait autrefois des produits de bonne qualité. C'est d'ailleurs ce qui se produit en équilibre dans ces modèles : les « mauvais » producteurs s'achètent une réputation et vivent dessus un certain temps avant de disparaître.

Un autre argument en faveur de la réputation réside dans le caractère répété de la relation entre le client et l'entreprise. Ceci qui permet de résoudre une partie des problèmes d'engagement qui apparaissent dans le jeu « statique » où le client n'achète qu'une fois : si l'entreprise ne satisfait pas le client, il partira. Toutefois, deux arguments limitent le rôle disciplinant de l'interaction de long terme. Premièrement, certains clients peuvent être des clients occasionnels qu'il est important de protéger (on peut penser, par exemple, aux restaurants ou aux compagnies aériennes). Deuxièmement, lorsque la clientèle est pérenne, c'est souvent que les entreprises disposent d'un pouvoir de monopole préjudiciable, pouvant provenir en outre provenir de coûts de sortie (financiers, ou non financiers) élevés.

Nous analysons maintenant le lien entre la pression concurrentielle et le choix que les entreprises font sur des dimensions autres que les prix.

2.5.2. Le pouvoir de monopole conduit à des choix de qualité socialement non optimaux

Revenons à l'exemple de la production d'un bien dont la qualité peut varier et supposons qu'il n'y a pas de problèmes informationnels. Le client sait parfaitement si les autres consommateurs sont satisfaits. Le mécanisme de la réputation devrait donc *a priori* jouer pleinement son rôle disciplinant. Mais lorsqu'une entreprise dispose d'un certain pouvoir de monopole, son choix de qualité ne maximise pas automatiquement le bien-être public, même en l'absence de problèmes informationnels. La raison est que le monopole se préoccupe de la manière dont le consommateur marginal, et non le consommateur moyen, valorise la qualité. Ceci a été analysé notamment par Spence (1975), qui démontre que la qualité choisie par une entreprise en monopole est socialement trop faible dès que le consommateur marginal a un appétit pour la qualité plus faible que le consommateur moyen du produit. Ce résultat s'applique également au cas où le monopole peut faire de la discrimination par les prix en offrant une gamme de produits de qualités différentes à des prix différents. L'entreprise force par cette stratégie les clients à révéler leurs préférences par un processus d'auto-sélection sur la qualité du bien choisi. Typiquement, en équilibre, l'entreprise livrera des biens de qualité inefficacement basse aux consommateurs qui la valorisent le moins (Sappington, 2005). Mussa et Rosen (1978) montrent eux aussi qu'en présence de monopole, la qualité achetée par chaque client est plus faible que celle qui prévaudrait en situation de concurrence. Besanko, Donnenfeld et White (1987) montrent que certains consommateurs peuvent même être *de facto* exclus de façon inefficace du marché lors de ce processus.

Les régulateurs peuvent employer une variété d'instruments pour rééquilibrer les incitations des entreprises. La panoplie traditionnelle comprend notamment des standards de qualité minimale, des prix maximaux ou encore des pénalités dans les cas où la qualité de service réalisée est faible.

Pour résumer, on voit que la fonction disciplinante de la réputation sur le comportement des entreprises est limitée par deux types de frictions :

- les frictions informationnelles qui font de la réputation un signal imprécis, un consommateur ne sachant ni en temps réel ni intégralement si les autres consommateurs sont satisfaits du produit qu'il envisage d'acheter ;
- le pouvoir de monopole, qui peut notamment refléter des coûts de sortie élevés. Nous verrons par la suite que ces coûts de sortie peuvent aussi avoir des sources informationnelles, par exemple, lorsque les offres alternatives sont difficiles à évaluer.

2.5.3. Organiser les systèmes de réputation : l'exemple des enchères Internet

Le commerce sur Internet, notamment les enchères en ligne, constitue un gigantesque marché dont le bon fonctionnement repose presque intégra-

lement sur des systèmes de réputation sophistiqués. L'étude de ce marché est riche d'enseignements sur la manière dont des systèmes informationnels peuvent être construits pour améliorer la précision de l'information sur la fiabilité de chaque agent.

Considérons, par exemple, le cas d'eBay, site Internet sur lequel plus de 4 millions d'enchères sont en cours à chaque instant. Sur ce marché dont les participants sont anonymes et en majorité non professionnels, le problème d'asymétrie d'information et le risque de fraude sont à première vue gigantesques : le vendeur n'est-il pas un simple escroc ? Le bien vendu correspond-il à la description qui en est faite ? Va-t-il être envoyé rapidement et arriver en bon état ?

S'il y a des problèmes sur certaines transactions, il faut néanmoins constater que le taux global de transactions satisfaisantes est étonnamment élevé pour un marché aussi exposé au risque de fraude. Ce taux élevé de transactions réussies est attribuable aux « systèmes de réputation » robustes qu'a développé l'industrie du commerce en ligne (Resnik et Zeckhauser, 2002). Après une transaction, l'acheteur et le vendeur ont la possibilité de s'évaluer mutuellement (en donnant, par exemple, une note 0 ou 1) et de laisser des commentaires (comme « transaction rapide, objet conforme à la description »). Les participants aux enchères accumulent ces évaluations et celles-ci sont visibles en un coup d'œil sur le site (juste à côté de leur pseudonyme). Chaque vendeur et chaque acheteur sont ainsi dotés d'une réputation précise qui provient de tout l'historique des notes et des commentaires laissés par les individus avec qui ils ont effectué des transactions. Resnik *et al.* (2006) montrent que les individus disposant d'une bonne réputation peuvent vendre leurs biens 8,5 % plus cher que ceux qui débutent, ce qui suggère une forte incitation à développer une bonne réputation. La réputation est robuste au potentiel chantage d'un partenaire malveillant : un ou deux retours négatifs sur un vendeur n'affectent pas la propension à payer de ses acheteurs.

Certaines études soulignent cependant les limites informationnelles de ce système de réputation : lorsque sa réputation est abîmée, un individu peut choisir de « redémarrer » sous un nouveau pseudonyme (comme dans le modèle de Heski et Tadelis, 2009) et se forger une réputation à partir d'une série de petites transactions bien menées (le site eBay ne pondère pas les jugements par la taille des transactions). Cabral et Hortacsu (2006) constatent que si des témoignages négatifs supplémentaires dans l'historique d'un vendeur conduisent bien à une diminution du prix auquel il parvient à vendre ses produits, la corrélation est statistiquement peu significative. Dans le même esprit, Jin et Kato (2006) ont effectué une expérience naturelle à large échelle sur eBay concernant un bien précis (des vignettes de joueurs de base-ball). Ils trouvent qu'une fraction importante d'acheteurs est systématiquement dupée par des descriptions excessivement prometteuses de l'état du produit. Les biens dont la qualité a été exagérée sont vendus en moyenne à des prix surélevés de 33 à 45 %. Même si la réputation du vendeur est un bon prédicteur de son honnêteté, les « primes de réputation » ne reflètent

pas les pertes prévisibles lorsqu'on achète à un vendeur qui fait une description très positive de la qualité du produit et sur l'ensemble des transactions effectuées, la réputation du vendeur sur eBay n'est pas corrélée au niveau d'exagération sur la qualité du bien acheté. Les auteurs concluent qu'une partie des acheteurs sur eBay a des croyances non rationnelles et qu'une fraction des vendeurs se spécialise dans l'exploitation de ces acheteurs naïfs. Selon les auteurs la persistance de cette situation tient aux imperfections de la notation qui n'est pas pondérée par la taille des transactions et permet à des individus de développer de nouvelles identités.

Les enchères sur Internet constituent un domaine naturel pour évaluer le rôle économique de la réputation sur la qualité des transactions. L'évaluation empirique du fonctionnement de ces systèmes conduit à conclure que :

- un système de réputation robuste (*retour immédiat, visible par tous et très simple à analyser*) peut permettre à un marché de fonctionner malgré des problèmes d'asymétries informationnelles extrêmes ;
- les agents participent en nombre suffisant au système de collecte de commentaires alors même qu'ils n'y ont pas d'incitations financières. Ceci suggère que dans les industries « *off-line* », l'organisation de systèmes de *feedback* et/ou la *mise dans le domaine public des plaintes reçues par la DGCCRF* pourraient fortement accroître la force économique des mécanismes de réputation.

2.5.4. Importance de l'information sur la réputation : l'exemple de la restauration

L'industrie de la restauration fournit un autre exemple éclairant sur le lien entre la qualité de l'information et les forces de réputation. La restauration est une industrie où on pourrait s'attendre à ce que la réputation joue à plein son rôle disciplinant : un grand nombre de clients sont réguliers (situation de « jeu répété »), leur pouvoir de monopole est typiquement limité (typiquement, d'autres restaurants sont accessibles dans le voisinage) et le bouche à oreille peut *a priori* rapidement stigmatiser un restaurant négligent. Pourtant, il apparaît qu'une norme obligeant les restaurants à afficher leurs résultats aux tests officiels d'hygiène peut avoir un impact très significatif.

L'« expérience naturelle » que nous allons expliciter analyse les conséquences d'un changement sur les normes sanitaires qui s'appliquent aux restaurants en Californie. En décembre 1997, une émission de télévision provoquait un véritable scandale en Californie en dévoilant, caméra cachée à l'appui, l'insalubrité des cuisines d'un grand nombre de restaurants. La municipalité de Los Angeles réagissait immédiatement, en imposant l'affichage public par les restaurants de leur note sanitaire, émise par les services d'inspection d'hygiène de la ville. À cet effet, une vignette officielle mentionnant leur note (A, B ou C) en fonction des résultats de la précédente inspection sanitaire était envoyée à tous les restaurants. Si des contrôles réguliers étaient déjà en place pour mesurer le niveau d'hygiène des restaurants, le

résultat des inspections était maintenu secret. Le changement imposé par la loi concernait la divulgation et non la nature des contrôles : les restaurants étaient tenus d'afficher en vitrine la vignette envoyée par la municipalité.

Jin et Leslie (2003) montrent que cette politique d'affichage obligatoire des contrôles sanitaires a suscité une amélioration très significative de l'hygiène des restaurants, conduisant à une diminution de 20 % des hospitalisations d'origine alimentaire dans la région de Los Angeles.

Pour les auteurs, cela suggère qu'il y avait, préalablement à l'affichage des vignettes de contrôle, une pénurie d'information chez les consommateurs : la réputation, peu nourrie par des données précises, ne suffisait pas à informer sur la qualité. La création d'un standard simple et saillant pour afficher le niveau d'hygiène semble être pour beaucoup dans ces résultats. En effet, dans certaines zones où l'affichage n'était pas strictement obligatoire, il a été observé que les restaurants « propres » se sont mis à mettre en vitrine leur vignette de contrôle, alors que les formulaires officiels de résultats des tests ne l'étaient pas auparavant. De plus, cette expérience montre le fossé entre information publique « de droit » et « de fait » : avant les changements de loi, les consommateurs pouvaient légalement demander aux services sanitaires la liste des violations des restaurants individuels, mais ce droit n'était en pratique pas utilisé. La vignette en vitrine, visible et simple, a permis à l'information sanitaire de filtrer, d'affecter les choix des clients et par contrecoup le comportement des restaurateurs. Avant l'utilisation des vignettes, les profits des restaurants étaient insensibles à leurs résultats aux tests d'hygiène. Après la réforme, passer d'une note « A » à une note « B » implique une perte de revenus de plus de 5 %.

Jin et Leslie (2009) vont plus loin dans l'analyse des effets de réputation. Ils montrent qu'avant le changement de loi, les restaurants franchisés (qui appartiennent au restaurateur mais utilisent le nom de la chaîne) avaient des scores sanitaires nettement plus bas que les restaurants qui appartiennent directement à la chaîne. Comme les coûts d'un bon niveau d'hygiène sont similaires pour les deux types de restaurants, ce résultat suggère un fort effet « passager clandestin » sur la réputation de la chaîne par les franchisés. Cette différence de comportement disparaît lorsque la loi impose l'affichage, ce qui là aussi démontre le pouvoir de l'information.

On peut tirer deux conclusions de cette expérience naturelle :

- on ne peut pas se fier à l'émergence spontanée de standards. Avant que cela ne soit obligatoire, les restaurateurs qui avaient de bons scores d'hygiène ne les affichaient pas ;
- la production des vignettes (immédiatement visibles et intelligibles) a conduit à rendre pertinente une information qui, bien que produite par le régulateur et formellement accessible par le public, n'avait avant la réforme pas d'impact sur la réputation des restaurants et ne protégeait donc pas les consommateurs.

2.6. Jusqu'où peut-on s'en remettre à l'auto-régulation et à la concertation ?

Qui doit déterminer et mettre en œuvre les réglementations qui encadrent la relation des entreprises et de leurs clients ? Au premier abord, il pourrait sembler évident que cette mission tombe dans le périmètre de l'État et doit donc être confiée à des régulateurs dotés par l'État de pouvoirs coercitifs, indépendants des fluctuations politiques de court terme. Ce modèle du « régulateur indépendant » est, par exemple, celui qui prévaut dans le cas de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), qui assure la régulation du secteur des télécommunications en France.

Pourtant l'idée que la régulation passe par l'État rencontre certaines réticences. Pour certains, l'autorégulation serait plus efficace que la régulation par l'État. Le consommateur serait, en effet, efficacement protégé par des standards de bonne conduite et des mécanismes de résolution des conflits définis collectivement par les acteurs de chaque industrie.

Concrètement, l'« auto-régulation » signifie donc que l'on confie à des organisations privées du type associations professionnelles le soin de déterminer les règles auxquelles les acteurs d'une industrie donnée doivent se soumettre. Certains pensent qu'un renforcement de la protection légale du consommateur affaiblirait cette voie de l'auto-régulation (autrement dit la régulation par l'État serait substitut et non complément de celle par les entreprises). L'autorégulation est donc considérée par certains comme une approche plus pacifique et concertée des problèmes, le recours à la médiation via des organes collectifs pour résoudre les conflits étant par conséquent prôné.

2.6.1. L'importance pratique des organismes mixtes

De nombreux domaines de l'économie française sont de facto régulés par les associations professionnelles ou d'autres formes d'organisations émanant directement de la profession sans médiation de l'État. Les domaines sont très divers. Par exemple, L'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP – ex-BVP, Bureau de vérification de la publicité), qui existe depuis plus de 75 ans, gère en France les standards applicables à la publicité. Cette organisation est indépendante des pouvoirs publics : elle est administrée par les représentants des trois professions impliquées dans la production et la diffusion des campagnes publicitaires, c'est-à-dire les annonceurs, les agences et les médias. L'ARPP constitue un jury de déontologie publicitaire, qui est une instance indépendante, composée de neuf membres impartiaux nommés par le conseil d'administration de l'ARPP sur la base de leurs compétences et de leur intégrité. Ces personnalités ne doivent pas avoir de liens directs avérés ni avec la profession publicitaire, ni avec des associations ou groupes de défense d'intérêts. Ce jury se prononce lorsque des publicités font l'objet de controverses ou de plaintes ; ses sanctions peuvent aller jusqu'à une demande de cessation immédiate de diffusion adressée aux

médias ou à la publication d'un encart dans la presse. Ce type d'organisme n'est pas une particularité française : par exemple, dans un tout autre registre que la publicité, le New York Stock Exchange (NYSE), marché boursier américain, détermine lui-même une partie des standards d'information que les entreprises doivent respecter pour y être cotées.

Plus on creuse, plus les choses peuvent sembler complexes : en effet, l'opposition privé/public, concernant les organismes producteurs de standards est loin d'être toujours adéquate. Souvent, les modes de décisions qui concernent l'émergence et les modifications de standards industriels entrelacent le monde des professionnels et la sphère publique. Il y a en pratique un continuum d'organisations. Aux deux extrêmes du spectre on trouve des régulateurs émanant de l'État (dont le niveau d'indépendance à l'égard du pouvoir politique varie en fonction de leur enchaînement dans l'administration publique), et à l'autre extrême des entités nommées par les associations professionnelles. Au milieu du spectre, on trouve des commissions mixtes, où à la fois l'État et les différentes parties prenantes d'une industrie sont représentés. L'héritage corporatiste des années trente, revivifié en France après-guerre à travers la « planification concertée » de Jean Monnet, donna lieu à un grand nombre de ces organisations mixtes, chargées de structurer la concertation entre parties prenantes. Par exemple, la Commission de classification des œuvres cinématographiques qui détermine si les films sont interdits au jeune public est « composée dans l'objectif de représenter les différentes parties prenantes au débat de société qu'appelle la classification des films ». Elle comporte quatre collèges : celui des administrations (Intérieur, Justice, Éducation nationale, Famille et Jeunesse), celui des professionnels du cinéma (dont toutes les facettes du métier sont représentées) celui des experts (représentants du monde médical, associations familiales, Conseil supérieur de l'audiovisuel, Défenseur des enfants) et enfin le monde des « jeunes » (18-24 ans). Autre exemple : lorsque nous achetons une bouteille de Champagne d'une marque que nous ne connaissons pas, quels mécanismes nous assurent que son contenu sera conforme à ce que nous anticipons ? L'agence nationale dont relève cette question l'INAO (l'Institut national de l'origine et de la qualité) est un établissement public administratif, doté de la personnalité civile, sous tutelle du ministère de l'Agriculture. Cet organisme est chargé de la mise en œuvre de la politique française relative aux produits sous signes officiels d'origine et de qualité (notamment les appellations d'origine). Cependant, ce ne sont pas véritablement les instances centrales de cet organisme qui déterminent la frontière entre le Champagne et le non-Champagne. Cette décision est largement décentralisée : c'est au Comité interprofessionnel du vin de Champagne (CIVC) qu'elle revient. Cet organe interprofessionnel de concertation des vignerons et des maisons de Champagne a été créé par l'article 9 de la loi du 12 avril 1941 qui lui confie le soin d'édicter des « mesures générales » et de prendre des décisions « obligatoires pour tous les intéressés ». Ses décisions ont donc l'autorité réglementaire : c'est lui qui décide du cahier des charges d'un producteur de Champagne et des

frontières de l'appellation⁽³⁾. Un organisme de contrôle assure le respect du cahier des charges en effectuant des inspections. En Champagne, cet organisme est l'Association d'inspection des appellations de la Champagne (AIDAC). Depuis juillet 2008, l'AIDAC assure les contrôles-terrain à la place de l'INAO. L'AIDAC constate les infractions, mais c'est l'INAO qui sanctionne l'opérateur contrevenant.

2.6.2. Limites de l'auto-régulation selon la littérature économique

Les associations professionnelles, en édictant des standards, peuvent-elles être le lieu d'un moyen terme efficace entre le laisser-faire et la régulation par l'État ? Force est de constater que les contributions dans la littérature économique traitant directement de la distinction entre régulation par l'État et auto-régulation par des associations professionnelles sont en nombre restreint. Ogus (1999) définit l'auto-régulation comme la « délégation délibérée de l'élaboration du droit à une agence principalement contrôlée par les représentants des entreprises ou par les individus dont les activités sont l'objet des règlements produits ».

Un premier thème développé par cette littérature s'intéresse aux questions concurrentielles. Une conclusion générale est que l'auto-régulation par les acteurs d'une industrie renforce le pouvoir de marché d'un groupe d'agents, ce qui a un coût social. Les échanges d'information sur la stratégie de chaque acteur qui peuvent avoir lieu au motif de discussions sur les normes présentent aussi un risque de distorsion de concurrence. Les contributions concernées analysent les limites de l'auto-régulation en montrant que l'objectif d'une association professionnelle peut fortement diverger de la maximisation du surplus social. L'argument est intuitif : par exemple, les entreprises en place peuvent souhaiter rendre difficile l'accès du marché à de nouvelles entreprises en choisissant des standards qui constitueront des barrières à l'entrée⁽⁴⁾. Dans le même esprit, DeMarzo et al. (2005) modélisent l'adoption de règles anti-fraude par un organisme de cotation boursière comme le NYSE. Leur modèle montre qu'un organisme professionnel qui maximise le bien-être de ses participants choisit des normes plus laxistes que celles qu'un régulateur maximisant l'utilité des investisseurs choisirait.

Un deuxième thème concerne l'efficacité relative de l'auto-régulation et de l'État régulateur. Les travaux montrent que cette efficacité varie en fonction des contextes historiques et institutionnels et notamment du niveau de corruption. Djankov et al. (2002) montrent que dans les pays dont les gouvernements sont plus corrompus et moins démocratiques, les réglemen-

(3) Le CIVC est d'ailleurs représenté à l'INAO par le Comité régional Champagne composé de dix-huit membres, dont six de la Propriété, six du Négoce et six de l'Administration. Son président, choisi parmi les producteurs, est nommé par le ministre de l'Agriculture.

(4) Pour une raison similaire, la littérature économique considère que la négociation salariale par des syndicats représentatifs des salariés et non des chômeurs peut conduire à des niveaux de salaires trop hauts qui maintiennent un taux de chômage inefficacement élevé.

tations constituant des obstacles à l'entrée se multiplient. Ils attirent l'attention sur le danger que le régulateur (bureaucrate ou politicien) maximise ses rentes plutôt qu'un objectif social. Le réalisme de la mise en place d'un régulateur indépendant soucieux de l'intérêt général varie fortement suivant les pays et les périodes. Même si son objectif réel n'est pas le bien-être social, l'auto-régulation peut donc être un moindre mal lorsque les institutions étatiques ne sont pas à même de mettre en œuvre une régulation efficace du fait de la corruption voire de l'incompétence de l'appareil d'État. Ainsi, si le risque que le régulateur soit capturé par les plus gros producteurs, ou par des hommes politiques électoralistes, est trop grand, l'auto-régulation peut être préférable. Dans le même esprit, Grajzl et Murrell (2007), soulignent que l'auto-régulation est préférable lorsque les institutions d'un pays ne permettent pas l'émergence d'un régulateur impartial. Ils montrent, en analysant les dispositions réglementaires concernant la publicité des boissons alcoolisées, que les pays de tradition juridique jurisprudentielle (« *common law* ») ont une propension plus forte à recourir à l'auto-régulation que les pays de droit écrit. *A contrario*, Glaeser et Schleifer (2003) arguent que lorsque le système judiciaire est corrompu par les intérêts économiques puissants, la mise en place de régulateurs puissants devient préférable au laisser-faire, car les contrats privés ne sont pas crédibles⁽⁵⁾.

Un troisième thème clé de la littérature met en exergue que lorsque le respect des normes de bonne conduite établies par une association professionnelle n'est pas contrôlé et soumis à des sanctions punitives fortes en cas de transgression, l'auto-régulation est condamnée à être peu efficace. Par exemple, King et Lenox (2000) analysent l'adoption par les industriels nord-américains de la chimie d'un code de bonnes pratiques environnementales dans les années quatre-vingt-dix via leur association professionnelle. Ils montrent une absence totale de résultats quantitativement repérables et un comportement opportuniste des participants au programme : ceux-ci améliorent leur performance environnementale plus lentement que les entreprises non participantes ce qui suggère que l'ensemble de l'opération peut être vu comme une vaste campagne de communication. Les auteurs concluent qu'en l'absence de sanctions effectives pour les participants qui ne respectent pas les règles auxquelles ils prétendent souscrire, il y a lieu d'être sceptique sur la mise en application des principes professés par les associations professionnelles. Ces sanctions devraient être déléguées à des organismes indépendants pour être crédibles.

(5) Concernant la difficulté d'équilibrer les systèmes incitatifs dans les administrations publiques et la gouvernance des régulateurs, ainsi que sur la capture des régulateurs par les industries régulées, voir aussi Tirole (1994).

2.7. Le recours juridique n'est pas toujours la solution

En 1965, Mancur Olson formule un paradoxe qui porte désormais son nom : plus un groupe d'individus est large, plus il est faible quant à la défense de ses intérêts. Son raisonnement est simple. Lorsqu'un petit groupe d'individus partage des intérêts communs (par exemple, un oligopole dominé par trois ou quatre entreprises), ils unissent facilement leurs forces pour défendre ces intérêts (par exemple, en se cotisant pour financer un lobby). Ils savent que s'ils n'agissent pas, les choses n'avanceront pas. En revanche, au sein d'un large collectif, chaque individu est incité à s'en remettre aux autres plutôt que de prendre l'initiative de défendre ses intérêts. Les responsabilités sont diluées. Ce phénomène de « passager clandestin » conduit à l'inertie.

L'analyse d'Olson s'applique directement à la protection du consommateur. Par exemple, considérons que la qualité du débit Internet soit inférieure dans une région aux promesses qui ont été faites aux clients, ou encore que la région soit frappée de coupures de courant à répétition. Chaque client individuel, même s'il se sent lésé par son fournisseur, sera réticent à investir du temps et de l'argent pour améliorer la situation : il est plus rationnel pour lui d'attendre que d'autres agissent et débloquent les choses.

Le problème de passager clandestin est décuplé lorsque le dommage individuel subi est faible. Imaginons qu'une entreprise lèse vingt millions de clients de cinq euros chacun, par exemple, en baissant légèrement la qualité du bien fourni. Elle effectue ainsi un profit de cent millions d'euros, somme non négligeable qui constitue également l'ampleur du dommage agrégé qu'elle inflige à la société. Cependant, pour chaque client individuel, le dommage (cinq euros) est trop petit pour justifier l'effort d'engager des démarches juridiques et sans doute même celui d'écrire une lettre de protestation ou de changer de prestataire.

Cette dilution des coûts et des responsabilités des victimes est le talon d'Achille de l'appareil de protection des consommateurs. Il devient particulièrement problématique lorsque des entreprises vendent à plusieurs millions d'individus le même service dans un contexte oligopolistique. La tentation pour ces entreprises de rogner sur la qualité ou de facturer au consommateur quelques petits euros supplémentaires est forte, et peut ne pas être jugulée par la réaction potentielle des consommateurs. Lorsqu'il s'agit de biens et services auxquels les consommateurs souscrivent par abonnement (électricité, téléphonie, Internet, etc.), même en présence de prestataires alternatifs, les consommateurs risquent de préférer la non-réaction ou de remettre à plus tard la tracasserie d'un changement de prestataire (c'est ainsi qu'agira un agent « hyperbolique » qui ne serait pas entièrement conscient de sa propre incohérence temporelle). D'autant que les entreprises sont adroites pour jouer de l'inattention et des biais psychologiques des clients pour « faire passer » voire carrément camoufler la facturation de surcoûts. La généralisation du règlement des factures par prélèvement automatique

accentue ce problème. Un rapport de 2009 sur la transparence des prix en matière de comptes bancaires de la Commission européenne soulignait, par exemple, l'extrême opacité des frais bancaires pour les clients : certains frais sont cachés, ce qui amène la Commission européenne à parler de pratiques abusives⁽⁶⁾.

Or, des dommages individuels de petite taille, s'ils ne conduisent pas à des tragédies personnelles, n'en constituent pas moins un tort majeur fait à la société dès qu'ils s'exercent sur des millions d'individus. La protection du consommateur doit donc se préoccuper activement de la sanction des « micro-préjudices ». La résolution de ces micro-litiges (quelques dizaines d'euros) ne peut être envisagée par une démarche légale individuelle, à moins d'avoir une procédure ultra-standardisée ne nécessitant pas le déplacement de l'individu et ne consommant pas plus que quelques minutes de son temps : l'investissement en temps et en énergie qui est demandé au consommateur doit, en effet, rester sensiblement inférieur au dédommagement escompté.

Les mécanismes d'actions de groupe (détaillés dans la section suivante) avec clause d'« *opt-out* » sont précisément une tentative de résoudre le paradoxe d'Olson en réduisant à zéro le coût individuel du recours. Ils permettent de demander réparation au nom d'un groupe, sans que les victimes aient à faire la moindre démarche. Sans la clause d'« *opt-out* » (c'est-à-dire sous un régime d'« *opt-in* »), l'action collective aurait une efficacité considérablement restreinte concernant les micro-infractions, car l'effort de participation et le coût de repérage de chaque victime risquent d'être supérieurs au préjudice subi.

3. Réformes proposées

3.1. Transparence de l'action publique

La DGCCRF reçoit environ 100 000 plaintes par an. Depuis 2007, elle publie une décomposition de ce total avec une fréquence trimestrielle. Cette décomposition est très agrégée (transport, commerce, téléphonie, travaux et autres), et ne remonte que jusqu'à 2007. Cette information est très insuffisante pour véritablement informer les consommateurs sur les secteurs ou les fournisseurs dont ils devraient se méfier.

C'est pourquoi nous proposons que la DGCCRF fournisse des informations beaucoup plus détaillées (sur les plaintes, mais aussi leur traitement par la DGCCRF, au niveau sectoriel fin voire au niveau de l'entreprise pour les entreprises récidivistes) et sur plus longue durée. Cette information doit être téléchargeable en ligne à partir du site de la DGCCRF, et potentiellement via le site data.gouv.fr en un format standard type « csv ». Même si

(6) http://ec.europa.eu/consumers/rights/fin_serv_en.htm

les consommateurs ne vont pas systématiquement sur Internet, il existe toute une écologie d'associations de consommateurs et de journalistes qui pourrait formater cette information et la mettre à disposition du public non-expert dans la manipulation de grands tableurs. Des données de suivi sur le nombre de plaintes qui ont été résolues ou le nombre de plaintes que la DGCCRF a jugé pertinentes ou non recevables doivent être envisagées.

Ce dispositif est un moyen d'informer les consommateurs (directement ou via les médias et les associations de consommateurs), mais aussi un moyen d'évaluer l'importance et l'efficacité du travail fourni par la DGCCRF, qui faute de données publiques risque de rester opaque et peu sujette à la vigilance des citoyens. Notons aussi que cette démarche s'intègre parfaitement dans la politique d'« *Open Data* » initiée par le gouvernement avec la création d'Etalab (www.data.gouv.fr).

Proposition 1

L'information rendue publique par la DGCCRF devrait, idéalement, avoir les caractéristiques suivantes :

- elle doit être détaillée : elle doit proposer une ventilation des plaintes par secteur fin (par exemple, « commerce d'informatique » et pas simplement « commerce »), et par région lorsque c'est pertinent. Par exemple :
 - dans les services/BTP, la répartition géographique ;
 - dans le commerce électronique, une ventilation par secteur fin (hi-fi, librairies, etc.) ;
- les séries doivent être les plus longues possibles. Pour l'instant l'information remonte à 2007, il est donc impossible de détecter des tendances ou des ruptures. Ces informations seraient utiles pour les consommateurs mais aussi simplifieraient les procédures de détection des fraudes en interne, à la manière des données de pharmacovigilance ;
- l'information disponible ne doit pas se limiter aux plaintes, mais doit aussi comprendre les sanctions décidées par la DGCCRF (poursuite en justice, amende, etc.). Ces sanctions sont la mesure effective des comportements frauduleux (sectoriels, individuels) et de l'action entreprise par l'État pour y remédier ;
- une publication des données entreprise par entreprise, avec un délai de latence de six mois devrait être envisagée, de manière à limiter les possibilités de manipulation.

Étant donné le succès des systèmes de *rating* utilisés par les sites de ventes, nous pensons qu'il serait d'utilité publique d'étendre l'utilisation de cette technologie au « hors Internet ». La DGCCRF, ou l'Institut national de la consommation (INC), pourrait être un lieu naturel pour centraliser une plate-forme de *rating* généraliste, sur laquelle les consommateurs pourraient pour tous les produits et services déposer leurs commentaires et une note

d'appréciation. Cette plate-forme serait intégrée aux activités existantes de la DGCCRF en matière de collection des litiges. Les clients pourraient entrer leurs plaintes via cette plate-forme en cochant, par exemple, une case spécifique pour donner à leur commentaire le statut de plainte (le site web collecterait alors les pièces justificatives et les données personnelles qui valident la plainte).

Certaines entreprises résisteront peut-être à cette démarche, car elle augmentera le niveau de concurrence et la connaissance de la qualité (au bénéfice des consommateurs). Elles argueront du fait que ce dispositif risque de donner lieu à du « sabotage de réputation ». Pour répondre à l'objection classique du risque de manipulation, il y a deux arguments :

- il faut se référer à la littérature scientifique sur les systèmes de *rating on-line* qui ont fait face initialement au même type de critique (tout comme l'encyclopédie Wikipédia). En demandant les données personnelles des personnes qui déposent un commentaire, l'administrateur du système peut mettre au point un système de filtrage et de modération efficace. Encore une fois, il ne s'agit pas d'une innovation technologique, mais simplement d'étendre le domaine d'utilisation de systèmes qui existent et dont l'utilité et la relative robustesse ont déjà été évaluées ;
- pour les sceptiques : en outre, dans le pire des cas, si ces commentaires s'avéraient non crédibles ou en nombre insuffisant, les acheteurs ne leur accorderaient pas crédit et s'en désintéresseraient rapidement. Le préjudice pour les entreprises serait limité voire inexistant.

Proposition 2

La DGCCRF, ou l'INC, devient administrateur d'une plate-forme de *rating* en ligne basée sur des technologies similaires à celles utilisées par les grandes entreprises de vente en ligne. Les clients peuvent écrire un bref commentaire et donner une note reflétant leur expérience de consommateur sur chaque produit ou service spécifique :

- l'accès à cette base de *rating* sera gratuit et des recherches par mots-clés (nom de produit ou de prestataire) seront possibles ;
- le client doit entrer ses données personnelles pour que son commentaire soit valide (mais celles-ci ne seront bien sûr pas rendues publiques) ;
- la DGCCRF aurait, via sa tâche d'administrateur, le droit de filtrer ou de retirer les commentaires jugés non pertinents ;
- lorsqu'ils entrent un commentaire, les clients peuvent en cochant une case spécifique faire de leur commentaire une plainte officielle (le site web les fait alors transiter vers une page web qui collecte les pièces justificatives et données personnelles qui valident la plainte).

3.2. Accepter un paternalisme non invasif

Choisir est difficile. Dans certains secteurs, les produits sont très complexes. Par exemple, certains prêts immobiliers sont à taux fixe, d'autres sont à taux variable ; les pénalités de remboursement anticipé peuvent être plus ou moins fortes, etc. Même lorsque le consommateur est conscient de l'ensemble des paramètres et des arbitrages qu'ils impliquent (par exemple, les prêts à taux variables sont moins chers, mais les mensualités peuvent s'envoler), faire le bon choix peut être impossible, soit parce qu'il faudrait faire des calculs savants, soit parce que les experts eux-mêmes sont en désaccord sur les bons choix à faire (certains considèrent, par exemple, que les prêts immobiliers à taux variables sont toujours préférables car les mensualités baissent lorsque l'économie, et donc les revenus, ralentit, *cf.* Campbell et Cocco, 2003). Une autre façon de formuler le même problème consiste à distinguer entre un produit et son usage (Bar-Gill, 2007), le prix payé par le consommateur dépendant des deux dimensions combinées (comme dans le cas d'un service de téléphonie, par exemple, où le prix dépend de l'utilisation et du forfait choisi). En général, même si le produit (le forfait) est facilement compréhensible, le consommateur peut mal connaître sa propre utilisation (la consommation de téléphone suivant les heures de la journée, les jours du mois et l'incertitude portant sur ces paramètres).

Dans d'autres cas, les consommateurs peuvent même être non conscients de certains paramètres en jeu, l'entreprise pouvant décider de localiser sa marge sur ces « paramètres cachés » (Ellison, 2005, Gabaix et Laibson, 2006 et Spiegel, 2011). Pour exemple, certaines imprimantes proposent des cartouches bon marché, mais lorsqu'une couleur vient à manquer, il faut remplacer toutes les cartouches. Certaines compagnies aériennes proposent des billets peu chers, mais lorsqu'on souhaite prendre un bagage supplémentaire, ou consommer un sandwich à bord, il faut payer un supplément très coûteux. Face à un consommateur débordé, qui n'a pas assez de temps pour réfléchir à toutes les options, l'entreprise a tout intérêt à complexifier son produit, à dissimuler des attributs payants pour augmenter sa marge.

Une autre version de ces « bugs » de comportement consiste pour le consommateur à surestimer sa maîtrise de soi : dans ce cas, l'entreprise peut exploiter ce biais même avec un produit simple. Par exemple, un vendeur de crédit à la consommation peut être tenté de jouer sur ce biais, en proposant un taux faible pour une période limitée, puis un taux plus élevé une fois cette période terminée. C'est la logique du modèle des cartes de crédits américaines.

Il existe donc une tension entre la complexité excessive de certains produits, qui cherche à tirer avantage des erreurs des consommateurs et l'innovation que peut contenir la complexification d'un produit. Il ne s'agit évidemment pas de contraindre les entreprises à ne proposer qu'un seul contrat simple, ce qui risquerait d'étouffer l'innovation et serait une entrave à la liberté contractuelle.

La solution consiste à proposer, comme option par défaut, un produit qui serait validé par le régulateur sur des critères de coût et d'utilité. Cette option par défaut serait retenue par les consommateurs passifs, sachant que les agents économiques ont structurellement une préférence pour le statu quo et une aversion au choix (ce sont les « *nudges* » de Thaler et Sunstein, 2008, voir aussi Barr, Mullainathan et Shafir, 2009). Si cette option par défaut est bien choisie, elle permet au consommateur inattentif d'être aiguillé vers le bon choix, sans priver le consommateur pro-actif de sa liberté de choix. Ainsi, la rationalité limitée est utilisée par le « *nudge* » (option par défaut) pour lutter contre les difficultés de cette même rationalité limitée.

Un exemple américain célèbre est le programme « *Save more tomorrow* » (SMaRT), dont le but est d'augmenter le taux d'épargne retraite (Thaler et Benartzi 2004). Le point de départ de ce programme est que les employés épargnent trop peu pour leur retraite. Ceux qui acceptent d'entrer dans le programme SMaRT verront, dès leur prochaine augmentation de salaire, une fraction de cette hausse de salaire reversée sur un compte d'épargne retraite. Le virement sera mensuel et automatique. L'entrée dans le programme est parfaitement réversible : à chaque instant, les employés participant à SMaRT pourront quitter le programme (cesser les versements automatiques) dès qu'ils le voudront et sans aucun coût. *A priori*, des agents économiques purement rationnels ne devraient pas être intéressés par ce programme, puisqu'ils sont déjà en mesure d'épargner suffisamment pour leur retraite. Menée auprès de véritables employés, l'expérience a été très concluante : près de 80 % des employés interrogés ont souhaité rejoindre le programme. Ceux qui l'ont rejoint y sont restés longtemps et ont vu leur taux d'épargne augmenter très largement. SMaRT est l'exemple d'un programme permettant de lutter contre un biais psychologique (ici, la procrastination) en s'appuyant sur la force du statu quo et de l'inertie. La présence d'une option par défaut bien choisie est donc utile sans être liberticide : le consommateur dépassé peut s'y appuyer, mais le consommateur pro-actif conserve sa liberté de choix (voir aussi l'exemple suédois en encadré).

La mise en œuvre de ce type d'offre ne peut se faire que lorsqu'il est de l'intérêt du fournisseur de la promouvoir (Barr, Mullainathan et Shafir, 2009). Dans le cas de SMaRT, la fiscalité américaine encourage les entreprises à faire épargner leurs salariés : les contributions aux comptes d'épargne retraite sont défiscalisées (c'est la fameuse régulation 401k). Dans l'exemple suédois, c'est la puissance publique qui impose l'option par défaut la moins coûteuse. Il est, en effet, probable qu'un conseiller en patrimoine rémunéré à la commission par les sociétés de gestion aurait d'autres incitations. En France, le contexte de l'épargne salariale paraît être un champ d'application naturel de ce type de mesure : plans d'épargne entreprise (PEE) et plans d'épargne pour la retraite collectifs (PERCO) sont, en effet, gérés par des fonds communs de placements en entreprise (FCPE) généralement contrôlés par les représentants du personnel qui ont intérêt à promouvoir le véhicule le moins coûteux et le plus rentable.

Sur la base de cette analyse, nous formulons la proposition qui suit.

Proposition 3

Les organismes de gestion de l'épargne salariale doivent être contraints de proposer, dans leur menu d'options, une option par défaut qui devrait satisfaire aux contraintes suivantes : frais faible, risque modéré, rendement (net de frais) maximal étant donné ce risque. Le risque peut dépendre de l'horizon d'investissement (avec un poids d'action élevé pour les plans d'épargne pour la retraite collectifs et faible pour les plans d'épargne entreprise classiques). Cette option doit être définie de manière centralisée et proposée par tous les FCPE. Elle constitue l'option par défaut, à moins que le salarié n'en choisisse une autre.

La réforme de l'épargne retraite suédoise de 2000

En 2000, le gouvernement suédois a introduit un volet de capitalisation dans le financement des retraites. Le principe consistait à prélever 2,5 % des salaires pour les verser sur un compte d'épargne retraite individualisé (Cronqvist, 2006). Les employés suédois étaient libres de choisir les fonds à qui confier leur épargne retraite : le gouvernement leur a proposé un catalogue de plusieurs centaines de fonds, et leur a permis d'en choisir 5 au maximum. Le catalogue contenait beaucoup d'informations sur chaque fond : stratégie générale, diversification, frais de gestion, performance passée, etc. Les ménages suédois avaient donc, techniquement, toute l'information nécessaire pour choisir.

L'un de ces fonds était l'option par défaut, mais le gouvernement a explicitement encouragé les employés suédois à faire un choix. Les autres fonds ont été autorisés à faire de la publicité ce qui a suscité une dépense par le secteur d'environ 100 millions de dollars. À l'arrivée, seuls 67 % des participants ont fait un choix actif, les 33 % restants conservant l'option par défaut. Après 2000, les efforts du gouvernement et du secteur pour encourager un choix actif ont été réduits, si bien qu'en 2003, seuls 8 % des nouveaux entrants sur le marché du travail déviaient de l'option par défaut.

Le fonds par défaut a des caractéristiques meilleures que la moyenne de l'offre disponible (Cronqvist et Thaler, 2004) : une pondération légèrement plus faible des actions (82 % contre 96), une bien meilleure diversification internationale (part des actions suédoises : 17 % contre 48), une part de la gestion passive (donc moins coûteuse) plus importante (60 % contre 4), et une pondération plus importante donnée aux investissements alternatifs (8 % contre 0). Les frais de gestion y étaient aussi bien inférieurs (17 points de base contre 77). *Ex post*, le fonds par défaut a d'ailleurs dépassé la moyenne des fonds privés d'environ 10 % sur trois ans.

Pour évaluer les contrats, le régulateur pourra se doter d'un nouvel outil : l'économie expérimentale. Il pourra se doter d'un laboratoire ou sous-traiter des expériences d'évaluation des produits aux chercheurs, parfois avec la participation des entreprises. La littérature économique est maintenant riche en exemples évaluant la qualité et l'intelligibilité des produits (Bertrand *et al.*, 2010 et Choi *et al.* 2010). Ce genre d'étude pourrait servir d'exemple méthodologique au régulateur.

3.3. Protéger le consommateur vieillissant

La question du paternalisme est particulièrement aiguë dans le cas des populations âgées pour deux raisons. D'une part elles souffrent beaucoup plus souvent de désordres cognitifs, comme nous le verrons. D'autre part, les personnes âgées vont en nombre croissant (la génération du *baby-boom* commence à passer à la retraite), et ont plus de ressources financières à gérer. La coïncidence de ces deux faits rend critique la question de la protection des personnes âgées dans les années et décennies à venir.

3.3.1. Les personnes âgées ont beaucoup plus de difficultés cognitives

La prévalence de la démence après 60 ans explose, doublant tous les cinq ans. Au sein de la cohorte au-dessus de 85 ans, la probabilité de démence sénile dépasse ainsi 30 %. Par ailleurs, de nombreuses personnes âgées, sans un diagnostic de démence sévère, ont des troubles cognitifs considérables. Par exemple, la prévalence du diagnostic « déficience cognitive sans démence » est de près de 30 % entre 80 et 89 ans⁽⁷⁾.

En combinant ces différents éléments, on peut donc en conclure que parmi la population âgée de 80 à 89 ans, environ la moitié a un diagnostic de démence sénile ou de déficience cognitive sans démence.

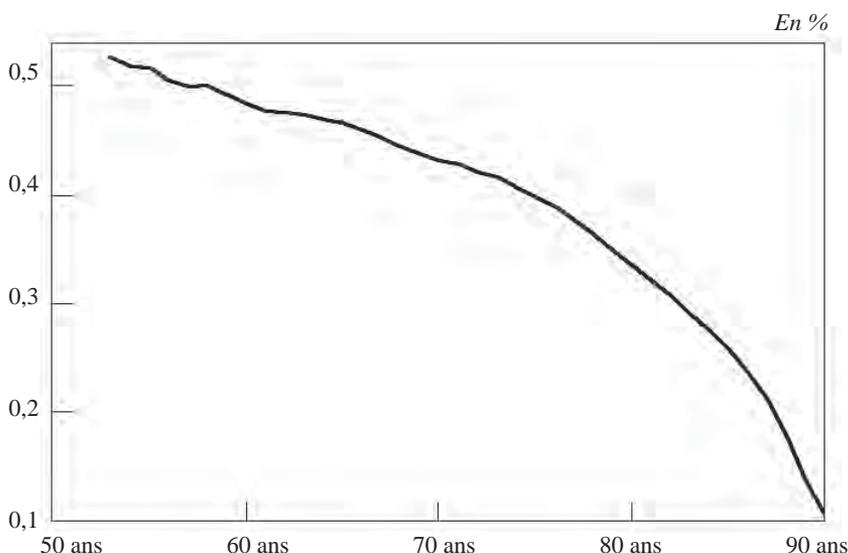
3.3.2. L'expérience ne résout pas le problème

On pourrait espérer que l'expérience suffit à compenser les problèmes cognitifs. Hélas, ce n'est que partiellement le cas. L'expérience croît avec l'âge, mais les facultés cognitives décroissent (voir graphique 2), si bien qu'on peut imaginer une courbe en U inversée de la performance. La performance croît avec l'âge, puis décroît. Ce phénomène est notamment mis en exergue par l'étude de Agarwal *et al.* (2009), qui montre un pic de performance financière à l'âge de 53 ans, sur une moyenne de dix produits financiers et qui regarde, par exemple, la capacité à déjouer les forfaits pour cartes de crédit, les prêts hypothécaires, etc.

(7) Les références sont dans Agarwal *et al.* (2009), que cette section paraphrase en partie.

2. Âge et capacités cognitives

« Personnes qui ont répondu 400 000 à la question : cinq personnes ont gagné le gros lot de deux millions, combien se partagent-elles ? »



Source : Agarwal, Driscoll, Gabaix et Laibson (2009).

3.3.3. Que faire ?

La question n'est pas facile, car le respect de la liberté humaine doit être tant bien que mal conservé même pour les personnes souffrant de difficulté cognitive. On peut distinguer les options suivantes, qui sont classées de la moins à la plus paternaliste :

- laissez-faire pur. Cette option est difficile à défendre dans les cas de vieillissement cognitif avancé ;
- forcer l'information ;
- paternalisme libertaire. Nous discutons ces options *infra* ;
- « permis de conduire » financiers. L'idée serait de faire passer des examens ou tests pour vérifier que les personnes âgées comprennent bien les conséquences de leurs actions, un peu sur le modèle du permis de conduire. De nombreux pays ont d'ailleurs instauré l'obligation de passer régulièrement, après un certain âge, un contrôle pour conserver son permis de conduire ;
- accroître les « obligations fiduciaires » des institutions vendant les produits financiers. Cela consisterait à imposer par la loi aux institutions financières d'avoir en tête l'intérêt de leurs clients. La difficulté est que ce critère est assez subjectif, donc difficile à mettre en œuvre en pratique, sauf dans des cas les plus grossiers ;

- testament cognitif : des directives écrites à l'avance sur les décisions à prendre en cas de déclin cognitif futur ;
- actifs protégés sur le cycle de vie avec un prélèvement maximum et minimum au cours de la vieillesse. Ainsi, on met la gestion des actifs en pilote automatique.

3.4. La question des coûts de sortie

Les coûts de sortie sont l'ensemble des coûts encourus par le consommateur lorsqu'il décide de changer de fournisseur pour une catégorie de bien donnée. On peut distinguer (voir Burnham et al., 2003) trois composantes de ces coûts de migration :

- *les coûts financiers directs* de résiliation du contrat initial, impliquant une perte financière quantifiable ;
- *les coûts de procédure*, impliquant principalement une perte de temps et d'effort pour résilier le contrat, évaluer les offres alternatives, se familiariser et contracter avec le nouveau fournisseur incluant en outre le risque lié à l'incertitude sur le nouveau fournisseur ;
- *les coûts psychologiques* ou relationnels traduisant un inconfort psychologique dû à une perte d'identité, à la force des habitudes, ou à la rupture de relations. Ce dernier type de coûts peut être dû à une préférence anormale des individus pour le statu quo (« biais de statu quo »). La non-réactivité des consommateurs peut avoir différentes sources, comme l'aversion à la perte ou encore une tendance à remettre au lendemain le changement de prestataire. Ce biais de « procrastination » est lui-même la conséquence de certaines préférences inter-temporelles non standard : un individu qui met un poids relativement élevé sur le présent (actualisation hyperbolique) et qui ne réalise pas qu'il aura un biais similaire dans le futur a tendance à remettre systématiquement à plus tard la résiliation de son contrat. Les économistes qualifient d'« incohérence temporelle » ce genre de situation (voir Laibson, 1997, O'Donoghue et Rabin, 1999 et Bénabou et Tirole, 2004).

De plus en plus, les études empiriques démontrent que les coûts de sortie psychologiques, qui étaient éludés par l'analyse économique classique, sont en réalité élevés. Une très forte inertie des consommateurs est ainsi documentée, dans le domaine des contrats d'assurance ou des plans d'épargne (Samuelson et Zeckhauser, 1988) : alors même que c'est dans leur intérêt économique de changer de fournisseur ou de contrat, ils ne le font pas. Handel (2011) évalue à plus de 2 000 dollars les coûts de sortie non financiers (type 2 et 3) des consommateurs américains concernant leur assurance-maladie. Les coûts de sortie implicites aux choix des consommateurs observés dans ces industries sont bien plus grands que les coûts financiers provoqués par la sortie. Ceci constitue une limite intrinsèque à la concurrence, puisqu'elle confère à l'entreprise un pouvoir de monopole de fait.

Perception des coûts de sortie par le consommateur

Coûts de procédure	Coûts financiers directs	Coûts psychologiques
<ul style="list-style-type: none">• Coûts liés à l'incertitude• Coûts d'évaluation des alternatives• Coûts de contractualisation• Coûts d'apprentissage	<ul style="list-style-type: none">• Pertes de bénéfice• Pertes monétaires	<ul style="list-style-type: none">• Rupture de relations personnelles• Pertes de réputation

Source : Burnham et al. (2003).

La littérature de marketing conseille explicitement aux fournisseurs (voir, par exemple, Burnham et al., 2003) d'élever artificiellement les coûts de sortie perçus par le consommateur en l'embrouillant par une tarification suffisamment complexe pour rendre toute comparaison difficile (« *obfuscation* ») et en vendant des groupes de produits et services (« *bundling* »), pour rendre la migration plus difficile et donc augmenter le taux de rétention des clients. Cette littérature motive ces recommandations par le fait que les coûts de sortie ont un pouvoir explicatif très élevé sur le départ des clients, et remarquablement, plus élevé que la satisfaction des clients.

Ceci suggère qu'un effort du régulateur pour baisser les coûts de sortie, notamment dans leur dimension non financière pourrait avoir un impact positif important. Nous formulons une proposition allant dans cette direction.

Proposition 4

Exiger que les consommateurs aient le droit d'obtenir de leur fournisseur gratuitement et dans un format standardisé l'historique de leur consommation et facturation (notamment dans le domaine de la téléphonie, de l'Internet, de l'énergie et des services financiers). Afin que des entreprises concurrentes ou des intermédiaires puissent informer le consommateur sur ses alternatives, ces fichiers doivent pouvoir être téléchargés par des tiers à qui le consommateur en donne le droit.

Une telle réforme permettrait à des entreprises concurrentes ou à des intermédiaires spécialisés de communiquer au client l'économie annuelle qu'il pourrait réaliser en changeant de fournisseur sur la base de son profil.

Cette idée a été introduite par Thaler et Sunstein (2008) sous le nom de RECAP : ces auteurs souhaitent imposer aux entreprises de services de rendre téléchargeables par leurs clients deux types de fichiers : la formule de tarification complète en vigueur sur leur contrat actuel et, pour chaque client, l'ensemble détaillé de ses données personnelles de consommation (par exemple, les coups de téléphone avec destination et heures d'appel dans le cas de la téléphonie, ou l'ensemble des téléchargements et leurs horaires dans le cas de l'Internet). Ces fichiers devraient être fournis dans un format standardisé facilitant la comparaison.

Spécifiquement dans le cas de l'industrie bancaire, des mesures de portabilité devraient être envisagées, comme le transfert gratuit des prélèvements automatiques, de l'ancien vers le nouveau compte bancaire, voire même une solution technologique similaire à la portabilité du numéro de téléphone en téléphonie mobile.

3.5. Recours et sanctions

Les entreprises en faute peuvent être poursuivies de deux façons différentes :

- par une autorité publique (en France, la DGCCRF) qui recueille les plaintes des clients et se substitue à eux pour faire condamner l'entreprise ;
- par les clients lésés eux-mêmes, qui demandent réparation en poursuivant l'entreprise en justice.

Notre diagnostic est qu'en France, ces deux canaux sont trop peu puissants pour dissuader les entreprises de mal se comporter. Quelle est l'efficacité dissuasive de ces deux modes d'action ? Dans le premier cas, elle est gouvernée par le rapport entre les bénéfices du délit et les pénalités potentielles. Dans le second cas, ce qui compte est la crédibilité de la punition : celle-ci dépend de l'incitation des clients lésés à poursuivre l'entreprise en justice.

Étudions ces deux questions tour à tour, puis leurs implications en termes de politique économique.

3.5.1. L'analyse beckerienne du délit et de l'amende

La capacité d'un système à dissuader dépend de deux paramètres : la fraction de comportements déviants qui sont punis et la punition. Prenons, par exemple, le cas d'une entreprise qui vend des sacs à main. Supposons maintenant que l'entreprise remplace le cuir par une imitation en plastique, permettant une économie d'un euro par sac, si bien que les sacs seront défectueux (les brides lâcheront au bout de 24 heures). Dans ce cas, l'entreprise

ne sera dissuadée de faire cette économie que si le coût de la punition est, en moyenne, supérieur à un euro par sac. Si une cliente sur mille se plaint et parvient à faire payer une amende f à l'entreprise, ce coût moyen sera de $f/1\ 000$. Il faudra donc infliger une amende d'au moins 1 000 euros pour dissuader l'entreprise d'utiliser le mauvais matériau.

Cette analyse (Becker, 1968) produit trois intuitions clefs qui vont à l'encontre des principes de droit français :

- ce n'est pas la réparation des dommages subis qui compte, mais plutôt la comparaison entre le coût et le bénéfice du comportement déviant. Pour reprendre l'exemple ci-dessus, la cliente qui se plaint subit un dommage égal au prix du sac, disons, 20 euros. Le législateur pourrait être tenté de contraindre l'entreprise à remplacer le sac, soit une indemnité de 20 euros. Or, cette politique n'a aucun fondement économique, quelle que soit la probabilité de détection. Si celle-ci est de 1 (toutes les clientes se plaignent et toutes les plaintes sont traitées), il suffit dans ce cas d'infliger une amende de 1 euro à l'entreprise pour que l'économie liée à l'utilisation de matériaux de mauvaise qualité ne soit pas rentable ;
- plus la probabilité de détection est faible, plus la sanction doit être forte. Lorsque les entreprises ne sont pas averses au risque (une bonne approximation tant que les actionnaires sont diversifiés ou que les enjeux sont faibles par rapport à la taille de l'entreprise) la sanction doit donc être supérieure à B/p , où B est le bénéfice du comportement déviant et p la probabilité de détection. Lorsque celle-ci est faible, la punition doit donc être très élevée pour être dissuasive, potentiellement très supérieure au dommage subi par la plaignante ;
- lorsque les entreprises ont une faible aversion pour le risque (ce qui est théoriquement le cas lorsque leurs actionnaires sont diversifiés), la politique la plus efficace serait d'avoir une probabilité de sanction faible et une amende très élevée, car c'est ainsi que l'État économise au maximum les coûts de détection. Pour reprendre l'exemple ci-dessus, l'État ne devrait traiter qu'une plainte sur 100 000, mais faire payer une amende de cent millions d'euros lorsqu'il découvre une malfaçon. À supposer que l'entreprise ait une taille suffisante pour supporter cette amende, l'idéal est donc de surveiller peu et de punir beaucoup.

Le droit français va, en apparence, contre cette logique car il refuse les punitions extrêmes, qu'il juge contraire à l'ordre public. En effet, le droit français se fonde sur le principe de la proportionnalité des peines, qui veut que la peine soit proportionnée au dommage subi. Ce principe limite donc les amendes que peuvent infliger les juges. Pour définir les dommages, il y a également le principe de la réparation intégrale, qui veut qu'on indemnise ni plus ni moins que le dommage subi et exclut de fait les « *punitive damages* » octroyés par la justice américaine. Il ne faut toutefois pas surestimer les contraintes imposées par ces principes de droit. D'abord, la

jurisprudence laisse une latitude importante aux juges pour chiffrer les préjudices subis au-delà des coûts financiers (évaluation du gain manqué, *pretium doloris*, etc.).

3.5.2. Augmenter les pénalités infligées par la DGCCRF

Les dispositifs actuels ne permettent pas à la DGCCRF de sanctionner financièrement et directement les comportements déviants. Le projet de loi actuellement en discussion prévoit de donner à cette direction le pouvoir de donner des sanctions jusqu'à 15 000 euros. Dans un certain nombre de cas, cela peut être trop faible. Imaginons, par exemple, qu'une entreprise ait une chance sur trois d'être détectée tous les ans, elle continuera de trouver la fraude avantageuse tant qu'elle lui rapportera plus que 5 000 euros par an. Les sanctions sont donc loin d'être dissuasives. Nous proposons donc d'augmenter ce plafond.

Proposition 5

Pour être vraiment dissuasive, la DGCCRF doit pouvoir prononcer des sanctions administratives élevées.

La limite peut être fixée de manière absolue (par exemple, 100 000 euros) ou en proportion du chiffre d'affaires de l'entreprise (par exemple, 10 % du chiffre d'affaires), ce qui assurerait que l'amende soit soutenable pour l'entreprise, tout en étant dissuasive.

3.5.3. La logique de l'action collective

Lorsqu'un consommateur s'estime lésé, il peut poursuivre l'entreprise en justice. Cette décision est, du moins en partie, gouvernée par une analyse coûts-bénéfices. D'un côté, le client peut obtenir un remboursement si son dommage est établi par le magistrat. De l'autre, il doit engager du temps, de l'énergie et peut-être d'autres frais de justice. Si l'on reprend l'exemple discuté plus haut, une cliente poursuivra le vendeur de sacs à main si les coûts de le faire sont inférieurs au dommage, soit 20 euros (à supposer que la cliente soit sûre de son fait), soit à peine plus de deux heures au SMIC horaire. Vu la petite taille de l'enjeu, il est probable que notre cliente abandonne.

Pourtant, il est probable que si toutes les clientes pouvaient présenter un seul dossier en justice, elles y verraient un intérêt. Supposons que l'entreprise ait vendu en France 10 000 sacs à mains. Le dommage total pour les clientes est de 200 000 euros, ce qui couvrirait très largement les frais de justice. Si un avocat proposait aux clientes lésées de lui donner mandat par un simple courriel, *modulo* un forfait de 20 000 euros, les clientes

accepteraient puisque dans ce cas l'action leur rapporterait 18 euros sans frais autre que de répondre au courriel. Sans cet avocat providentiel, les clientes sont collectivement lésées de 200 000 euros. C'est le « paradoxe de l'action collective » décrit par Olson (*cf. supra*) : si les dommages sont dispersés parmi une myriade de clients, ceux-ci risquent de se laisser faire en l'absence d'un « coordinateur ».

Les entreprises qui s'adressent au grand public bénéficient donc de ce défaut d'action collective des clients lésés. Ce problème ne se pose plus dès lors que l'entreprise a une clientèle suffisamment concentrée pour que chaque grand compte internalise les coûts de son action en justice.

3.5.4. Rendre possibles les actions de groupe

Les actions de groupes permettent aux clients lésés, mais ayant subi de petits dommages individuels, de se coordonner efficacement pour obtenir réparation. Les actions de groupe permettent donc aux consommateurs de dépasser les problèmes d'action collective décrits ci-dessus. Elles définissent les modalités de représentation des consommateurs vis-à-vis de la justice. Elles encadrent le processus de manière à éviter les plaintes sans fondement et à minimiser les frais de justice.

Les actions de groupe font l'objet d'une large littérature en droit et économie. Posner (1972) affirme que leur fonction essentielle est de confronter l'entreprise au coût social de ses actions et non de dédommager les victimes. De son point de vue, la question de savoir qui reçoit les réparations infligées à l'entreprise à l'issue d'une procédure d'action de groupe est secondaire. Précisément parce que les indemnités liées à une action de groupe sont typiquement trop petites pour donner lieu à une action en justice individuelle, l'exactitude de leur répartition finale importe peu. C'est à leur fonction dissuasive et non réparatrice que doit être jugée l'efficacité des actions de groupe selon Posner. Dans ce cadre conceptuel, il n'est pas inefficace que les avocats puissent empocher une fraction importante des réparations obtenues ; la fonction dissuasive de l'action collective est, en effet, inchangée par la répartition de la somme obtenue. Certains auteurs, notamment Coffee (1987), se sont inquiétés à partir du milieu des années quatre-vingt du risque de voir des avocats « chasseurs de primes » harceler sans fondement des entreprises pour obtenir un règlement amiable en jouant sur la menace du risque de réputation, d'erreur judiciaire, ou simplement sur celle du coût élevé d'une procédure judiciaire longue. D'autres auteurs considèrent que tant que les juges sont capables de filtrer les procédures fantaisistes ou abusives, la figure de l'« avocat chasseur de primes » n'est pas en contradiction avec l'objectif des actions de groupe tel que défini par Posner (Gilles et Friedman, 2006). Cette littérature s'est progressivement centrée sur les questions de la rémunération des avocats (souvent une fraction de la réparation totale obtenue) et de l'absence de contrôle direct par le groupe de plaignants, qui risquent de faire émerger des avocats oppor-

tunistes ne représentant vraiment que leurs propres intérêts économiques. L'évolution de cette littérature est très liée au contexte américain dans lequel les sommes obtenues par les avocats lors d'une action collective peuvent dépasser plusieurs centaines de millions de dollars⁽⁸⁾. Elle est donc d'une pertinence limitée pour le cas français où la mise en place d'actions collectives s'accompagnerait de garde-fous concernant à la fois la rémunération des avocats et la validation *ex ante* de la pertinence de l'action engagée (voir le rapport Béteille et Yung, 2010)⁽⁹⁾.

Il est à noter que la question des actions de groupe se distingue de celle des « *punitive damages* » ou des « plaintes civiles » pour des questions pénales (erreurs médicales ou empoisonnement, par exemple). Les trois logiques font dans le débat français l'objet d'une confusion. Les actions de groupe permettent de résoudre le problème de *coordination* entre les plaignants, alors que les « *punitives damages* » accordés par la justice américaine permettent de punir une entreprise au-delà du dommage qu'elle a fait subir. On peut très bien concevoir les actions de groupe sans « *punitive damages* ». On peut aussi les restreindre au droit de la consommation, et exclure certains secteurs.

De nombreux dispositifs existent dans le monde (États-Unis, Canada), mais aussi en Europe (*cf.* tableau). Ces procédures varient suivant plusieurs dimensions (champ d'application, tribunaux compétents, règles de recevabilité). Du point de vue économique, cinq principales dimensions comptent :

- *constitution du groupe par opt-in ou opt-out* : dans le premier cas, les plaignants manifestent leur volonté d'adhérer à l'action en justice ; dans le second, le groupe est automatiquement constitué de l'ensemble des consommateurs potentiellement lésés ;
- *publicité de l'action* : en particulier en régime d'*opt-in*, il est important que les plaignants potentiels puissent être prévenus, soit par courrier, soit par la presse. Dans la plupart des régimes, les modalités de la publicité sont laissées à l'appréciation du juge ;
- *détermination de la recevabilité de l'action* : il s'agit de filtrer les actions sans fondement ou ingagnables. Ce travail est en général effectué par un juge et peut, ou non, être encadré par le dispositif ;

(8) On trouve proposée dans cette littérature une série d'aménagements du système américain propres à limiter les dérapages : par exemple, en renforçant la fonction de filtrage et de surveillance de la rémunération des avocats par le juge ou en imposant que la rémunération des avocats soit indexée sur les réparations effectivement perçues par les victimes et non l'enveloppe totale de réparation obtenue (en effet, lorsque les réparations sont petites, les victimes ne prennent pas toujours la peine de les percevoir). Voir, par exemple, Rand Institute for Civil Justice (1999).

(9) Malgré la vaste littérature en économie du droit sur les actions de groupe, une quantification nette des coûts et bénéfices semble n'avoir pas été effectuée, sans doute en raison des difficultés méthodologiques que cela poserait (quel est le choc exogène qui permettrait de faire l'analyse ?). Pour une analyse qualitative plus exhaustive de ces coûts et bénéfices, en français, voir Cerruti et Guillaume (2005).

Actions de groupe : les dispositifs européens

	Portugal 1995	Royaume-Uni 2000	Suède 2002	Allemagne 2005	Pays-Bas 2005	Italie 2009
Champ d'application	Illimité	Illimité	Illimité	Finance	Illimité	Concurrence
Tribunaux compétents	Tous	Tous	Tous	Restreint	Restreint	Restreint
Conditions de recevabilité restreintes	Aux demandes fondées, gagnables et bien représentées	Aux demandes fondées, gagnables et bien représentées	Aux demandes fondées, gagnables et bien représentées	Non	Non	Aux demandes fondées, gagnables et bien représentées
Participation au groupe	<i>Opt-out</i>	<i>Opt-in</i>	<i>Opt-in</i>	<i>Opt-in</i>	<i>Opt-out</i>	<i>Opt-in</i>
Publicité	Courrier, médias	Courrier, medias	Courrier, médias	Administrative	Courrier, médias	Administrative

Source : Synthèse de l'auteur.

- *rémunération et identité du coordinateur de l'action* : il peut être un avocat, une association de consommateur déjà existante ou constituée *ad hoc*. Les coûts de la procédure (frais d'avocats) peuvent être supportés par les plaignants/avancés par l'association, supportés par l'entreprise si elle perd, financés par un fonds doté par les indemnités payées mais non réclamées résultant d'actions anciennes ou calculés sur la base d'une fraction des indemnités totales ;
- *niveau des dommages et intérêts* : l'un des grands avantages des actions de groupe est leur caractère dissuasif. Si le remboursement se limite aux dommages subis, il peut ne pas être suffisamment important pour être dissuasif *ex ante*, dans la mesure où la probabilité d'une action de groupe est inférieure à un. Les intuitions économiques développées dans la section précédente continuent de s'appliquer dans ce contexte.

La mise en place d'actions de groupe offrirait des bénéfices pour le consommateur, mais pourrait aussi avoir des répercussions qu'il convient d'apprécier avant de mettre en place la réforme. Certaines de ces répercussions nous semblent plus importantes que d'autres. En voici la liste :

- la réputation des entreprises peut être mise en cause, ce qui donnerait lieu à une « double peine » : dommages et intérêts, d'un côté, et perte de réputation, de l'autre. Mais ces risques nous semblent limités si la loi est bien faite. Premièrement, seule une faible fraction des plaintes conduit au procès. Les intérêts bien compris des deux parties sont de négocier tant les frais de justice sont élevés et les procédures longues. Deuxièmement, la procédure peut être relativement discrète, *si le législateur choisit un opt-out sans publicité*. De cette façon les consommateurs couverts sont nombreux, mais la publicité peut être retardée au moment de l'indemnisation (qui suit une condamnation). Troisièmement, un juge évalue, *ex ante*, la recevabilité de la plainte et peut facilement écarter les plaintes infondées. Finalement, les pays comme, par exemple, les Pays-Bas, qui ont mis ce régime en place, n'ont pas connu de perte de compétitivité visible depuis lors. La raison est sans doute que, dans l'économie moderne, la réputation d'une entreprise se joue moins dans la presse ou au tribunal que sur Internet ou les réseaux sociaux. La réputation d'une entreprise qui se comporterait mal serait endommagée avant le début de l'action de groupe. Il est d'ailleurs à noter que nous n'avons pas pu trouver d'étude qui établisse scientifiquement le lien entre actions de groupe (en Amérique du Nord ou en Europe) et perte de compétitivité des entreprises. L'étude annuelle sur laquelle repose un chiffre régulièrement cité⁽¹⁰⁾ (Towers Perrin, 2008) ne prétend pas évaluer le coût des *class actions* pour l'économie américaine. Elle évalue certes les montants obtenus à la suite de plaintes civiles (*torts*) à environ 2 %

(10) Voir, par exemple, l'intervention de Joëlle Simon, directrice des Affaires juridiques du MEDEF, dans une table ronde au Sénat sur les actions de groupe : « Le coût estimé est d'environ 1,5 point de PIB aux États-Unis ». Cette intervention est incluse dans le Rapport d'information n° 249 (2005-2006) de Jean-Jacques Hyest, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 14 mars 2006 au Sénat (*cf.* <http://www.senat.fr/rap/r05-249/r05-2494.html>).

du PIB américain, mais les plaintes civiles considérées dans cette étude ne portent pas uniquement sur les actions de groupe dans le domaine de la consommation. Elles peuvent être le fait d'un seul plaignant et débordent le domaine de la consommation pour inclure les erreurs médicales, les fraudes boursières, les litiges concernant les relations employeurs – employés, et même les dommages liés aux accidents d'automobile... De plus, cette estimation reflète un *transfert* entre les personnes et entreprises poursuivies et les plaignants. Il ne s'agit pas plus d'une perte sèche pour l'économie que lorsque quelqu'un gagne au loto. Au total, cette étude n'informe donc en rien sur le coût économique des actions collectives aux États-Unis ;

- le risque d'engorgement du système judiciaire est faible. Nous pensons au contraire que les économies d'échelle permises par les actions de groupe sont importantes puisqu'elles évitent la multiplication des démarches individuelles. De plus, les actions de groupe ne sont en pratique que rarement menées à leur terme, ce qui ne signifie pas qu'elles sont inutiles. Au Canada, 95 % des procédures engagées (quelque 150 par an) ne vont pas jusqu'au tribunal : les dommages et intérêts sont négociés directement entre l'entreprise et les plaignants. Le résultat de cette négociation est toutefois structuré par le résultat d'un procès : si l'entreprise et les plaignants savent que celle-ci sera condamnée, les plaignants pourront extraire de grosses indemnités. Dans le cas contraire, ils préféreront transiger pour un petit montant ;
- l'action de groupe ne doit pas être vue comme un substitut à la concertation nécessaire entre entreprises et associations de consommateurs. C'est la menace du procès, bien plus que le procès lui-même, qui permet à la justice d'être rendue. Il est important de comprendre que l'utilité économique des actions de groupe ne se mesurera pas au nombre d'actions intentées. D'un point de vue économique, la médiation est une négociation. Son issue dépend donc du « pouvoir de menace » de chaque partie (c'est-à-dire ce qui se passe en cas de rupture des négociations). La possibilité de l'action collective est une manière de renforcer le pouvoir de négociation des consommateurs, actuellement faible, notamment dans les dispositifs de médiation.

Le système français actuel est insatisfaisant. Le principal dispositif en place est celui dit de l'« action en représentation conjointe ». Ce dispositif prévoit que la coordination de ces actions soit faite par une association de consommateurs agréée. Les plaignants doivent être rassemblés par une procédure d'*opt-in, sans publicité*. Il est donc interdit à l'association qui souhaiterait mettre en place une action en représentation conjointe de solliciter elle-même les mandats : ceux-ci doivent être apportés spontanément (voir le rapport Béteille et Yung, 2010).

Mettre en place un système d'action de groupe plus efficace serait une mesure populaire. Les Français l'appellent de leurs vœux. En France, 85 % des Français sont favorables à l'introduction de ce dispositif (la France se situant de ce point de vue en 5^e position dans l'Union européenne). Il est à

noter que le dispositif est également populaire dans les pays où il a déjà été mis en place (Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède ou Portugal).

Prenant acte de ces défaillances et nous appuyant sur l'analyse ci-dessus, nous faisons la proposition suivante pour des actions de groupe à la française.

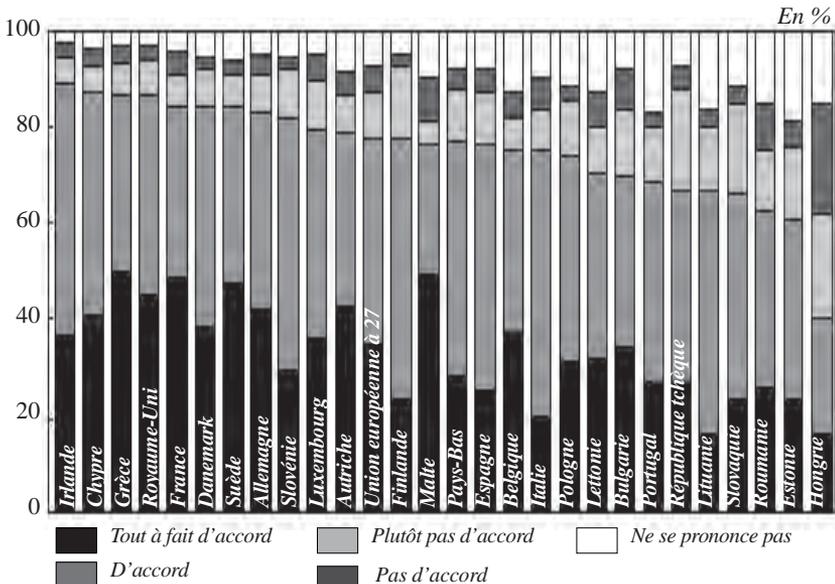
Proposition 6

Il faut mettre en place un mécanisme d'action collective en France. Afin de résoudre le problème d'action collective inhérent à ce type d'action, le nouveau dispositif doit respecter les principes économiques suivants :

- le coût de participation doit être faible pour les plaignants : cela implique de retenir, soit la logique d'*opt-out*, soit celle d'*opt-in* avec publicité par courrier et voie de presse ;
- il faut éviter de donner une rente trop importante aux intermédiaires que représenteraient les associations agréées : le dispositif doit donc permettre la constitution d'associations *ad hoc* afin de mener l'action de groupe, potentiellement en étroite liaison avec les associations de consommateurs ;
- le champ couvert doit être le plus large possible ;
- la rémunération du coordinateur (association, avocat) n'est pas problématique en elle-même. Elle peut être élevée en cas de succès de l'action de groupe, si la réparation totale est importante (car le groupe est grand) et les frais engagés importants.

3. Opinions favorables en Europe pour les actions collectives

« Seriez-vous plus enclin à défendre vos droits devant les tribunaux si vous pouviez vous associer avec d'autres plaignants dans une procédure collective »



Source : Commission européenne (2011).

Annexe A

Glossaire de biais cognitifs

Ancrage (*anchoring*) : influence d'un nombre donné sur nos estimations, nos évaluations de la valeur d'un bien, même si le nombre n'a aucun rapport avec l'élément que l'on cherche à estimer. Si l'on demande à des gens de donner les deux derniers chiffres de leur téléphone portable puis de deviner le pourcentage de pays africains aux Nations unies, ceux dont le numéro se termine par « 89 » donneront un pourcentage plus élevé que ceux dont le numéro se termine par « 20 ». De la même façon, si une grande chaîne de café américaine arrive à vous convaincre que le prix d'un café normal est de 3 euros, un café « spécial » à 4 euros ne paraîtra relativement pas trop élevé (Tversky et Kahneman, 1974 et Beggs et Graddy, 2009).

Attention limitée : difficulté à prendre en compte toute l'information disponible, notamment celle qui est la moins saillante. On peut penser aux frais de gestion des produits bancaires, aux pénalités en cas de découvert ou aux frais d'envoi pour les produits commandés sur Internet (Stango et Zinman, 2011).

Aversion pour la perte (*loss aversion*) : survalorisation des pertes par rapport aux gains. Le fait de *perdre* 100 euros me rend beaucoup plus malheureux que le fait de *gagner* 100 euros me rend heureux. Ainsi les gens à qui l'on présente la participation à programme sous forme de perte en cas de non-participation (« si vous ne participez *pas*, vous allez *perdre* quelque chose ») ont beaucoup plus de chance de participer au programme que les gens à qui l'on a présenté la participation sous forme d'opportunité (« si vous *participez*, vous *accédez* à la possibilité de ») (Tversky et Kahneman, 1981).

Biais de confirmation : tendance à refuser à chercher des informations contradictoires et au contraire rechercher tout élément pouvant confirmer notre opinion initiale. Cela peut expliquer l'efficacité de certaines campagnes de publicité qui « surfent » sur les croyances du moment. En période de hausse des marchés financiers, des banques d'investissements qui mettent en avant les risques et les stratégies audacieuses capables de générer des rendements élevés attireront plus de clients. À l'inverse en période de retournement la valorisation d'éléments comme la sécurité et la stabilité seront plus efficaces (Cronqvist, 2006 et Mullainathan et Shleifer, 2005).

Biais de disponibilité (*availability bias*) : fait de surestimer la probabilité d'occurrence d'un phénomène lorsque celui-ci est plus saillant car plus récent ou plus marquant. Par exemple, si une région a été victime d'un

ouragan, les habitants vont avoir tendance à surestimer les risques d'ouragan. À l'inverse, si cet événement ne s'est pas produit depuis longtemps, les habitants vont sous-estimer les risques (Kunreuther, Ginsberg, Miller, Sagi, Slovic, Borkan et Katz, 1978).

Biais d'extrapolation : une des conséquences de la négligence des petits échantillons. Il s'agit de l'inclinaison à déduire trop rapidement de l'évolution d'un processus même si l'on possède trop peu d'observations. Si un manager de fonds de placement a eu une bonne performance pendant un mois, les épargnants vont surestimer la probabilité qu'il continue à générer une performance élevée et donc vont mettre trop d'argent dans son fonds (Benartzi, 2001). De la même façon cela explique pourquoi les commentateurs sportifs surestiment la capacité d'un sportif à connaître le succès si celui-ci a remporté des victoires précédemment (ce que les Anglo-Saxons appellent « *the hot-hand fallacy* »).

Biais de projection (projection bias) : fait de projeter dans l'avenir notre état présent. Si l'on propose à un agent économique de commander son dîner à 18 heures au moment où la faim se fait sentir, la personne aura tendance à commander beaucoup trop et surtout beaucoup plus que si la commande est passée après le déjeuner (Gilbert et van Leeuwen, 1998).

Biais de saillance : corollaire du biais d'attention limitée. Tendance à prendre des décisions en fonction des variables les plus visibles tout en n'intégrant pas les « attributs cachés ». Les voyageurs vont comparer avec attention le prix des chambres d'hôtels mais ne vont pas faire attention au prix des boissons de minibar et vont ainsi payer plus cher que ce qu'ils avaient prévu (Gabaix et Laibson, 2006).

Biais de statu quo (status quo bias) : une fois que les gens se voient assigner une option, ils tendent à la conserver. Cela explique pourquoi les « options par défaut » sont si efficaces. Si dans le contrat que vous souscrivez certaines options sont incluses par défaut, peu de personnes feront la démarche de ne pas les prendre. À l'inverse si au départ ces options ne sont pas présentes, peu de gens feront la démarche active d'y souscrire. C'est ainsi qu'à la suite d'une embauche, si une compagnie inclut par défaut dans le contrat de travail la souscription à un plan d'épargne retraite, pratiquement aucun salarié ne fait la démarche de se retirer du plan. À l'inverse, si par défaut les salariés ne cotisent pas, une minorité va choisir de participer au plan (Madrian et Shea, 2001 et Thaler et Benartzi, 2004).

Confusion : possibilité de faire choisir le mauvais « produit » en cas de choix trop grand. Lors des élections gouvernementales aux États-Unis, certains électeurs se sont ainsi systématiquement trompés en cochant le candidat pour qui voter (Shue et Luttmer, 2009).

Diversification excessive : résultat de l'usage de la règle « *1/n* » quand on souhaite répartir une somme d'argent entre différents produits. Si un épargnant a le choix entre des actions et des obligations, il va ainsi placer 50 % de son épargne en actions et 50 % en obligations (Benartzi et Thaler, 2001).

Excès de confiance (overconfidence) : croyance qui consiste à sous-estimer la probabilité de se tromper, notamment par rapport à la variation de certains événements. Ce biais peut notamment expliquer pourquoi les clients d'opérateur téléphonique qui achètent des forfaits avec une certaine durée de communication ont tendance à payer des pénalités importantes. Ils sous-estiment la probabilité de dépasser le temps de leur forfait (Grubb, 2009).

Myopie : incapacité à percevoir le biais de « préférence pour le présent ». L'agent est persuadé ne pas être biaisé, ce qui explique qu'il procrastine. S'il est conscient de sa préférence pour le présent, il peut rationnellement se « lier les mains » au départ pour s'obliger à adopter le comportement optimal. C'est ainsi que certains épargnants peuvent volontairement choisir un produit d'épargne où en cas de retrait pour consommer, toute leur épargne est perdue (Ashraf, Karlan et Yin, 2006). C'est également pour cela que les fumeurs souhaitant s'arrêter peuvent souscrire à des placements où l'épargne est perdue s'ils reprennent la cigarette (Giné, Karlan et Zinman, 2010).

Négligence des petits échantillons (sample size neglect) : tendance à considérer que n'importe quel échantillon, même très petit, est tout aussi représentatif qu'un grand, c'est-à-dire que la loi des grands nombres s'applique en toutes circonstances. Il est par exemple vrai qu'en moyenne un enfant sur deux est une fille ; ainsi, si un couple a deux filles, quelle est la probabilité que le troisième enfant soit un garçon ? Toujours un sur deux ! Et pourtant la majorité des gens interrogés ont tendance à prédire que la probabilité est proche de 1 (Tversky et Kahneman, 1974).

Optimisme : croyance qui consiste à surestimer ses capacités. C'est ainsi que 97 % des personnes se croient meilleurs conducteurs que la moyenne (alors que bien sûr il ne peut y en avoir que 50 %, du moins si l'on substitue médiane à moyenne) (Alpert et Raiffa, 1982 et Svenson, 1981). Ce biais peut notamment avoir des conséquences importantes lorsque les ménages décident d'investir sur les marchés financiers (croyance de pouvoir obtenir des rendements supérieurs aux autres ce qui les pousse à surinvestir ou à prendre trop de risques) ou de s'endetter (surestimation de leur capacité à faire face à leur échéance de remboursement) (Landier et Thesmar, 2009).

Persuasion : manque de prise en compte des incitations des personnes qui présentent certaines informations. Les investisseurs individuels peuvent ainsi ne pas assez prendre en compte le fait que les analystes financiers sont trop optimistes dans leurs recommandations car ils ont intérêt à ce que les investisseurs achètent des titres (les courtiers pour lesquels les analystes travaillent touchant ainsi des commissions) (Malmendier et Shanthikumar, 2007). Ce biais peut être également renforcé par le « biais de confirmation » ou « persistance des croyances » (*belief persistence*) (DellaVigna et Kaplan, 2007).

Préférences contextuelles (reference dependence)/biais de relativité : fait d'estimer non pas la valeur d'un objet de façon absolue mais d'ajuster les préférences à l'environnement et aux différentes alternatives présentées (Kahneman et Tversky, 1979). Les choix peuvent donc être

radicalement modifiés simplement en introduisant une « option dominée » qui rend l'autre choix plus attractif. Si des agents ont à choisir entre un abonnement pour un magazine papier à 40 euros ou un abonnement pour la version Internet + papier pour 150 euros, beaucoup choisiront la version papier. En revanche si l'on introduit également la possibilité de prendre la version simplement Internet pour 150 euros, la version Internet + papier pour 150 euros paraît tout de suite beaucoup plus attractive et le pourcentage de personne qui la choisira augmentera fortement (Ariely et Wallsten, 1995).

Préférence pour la familiarité : tendance à acheter les produits avec lesquels les consommateurs sont familiers même si cela ne garantit pas la meilleure efficacité. Les investisseurs individuels ont, par exemple, tendance à acheter des actions d'entreprises qui se trouvent dans leur région (Grinblatt et Keloharju, 2001).

Préférence pour le présent : tendance à surestimer les gains/coûts présents par rapport aux gains/coûts futurs (en termes économiques, le « taux d'escompte » qui détermine la préférence pour le présent varie). Cela peut notamment expliquer pourquoi les gens procrastinent (le coût présent est élevé alors que le bénéfice futur paraît faible), fument, consomment de la *junk food* ou n'épargnent pas assez (Ariely et Wertenbroch, 2002 et DellaVigna et Malmendier, 2006). Le bénéfice de la consommation immédiate paraît immense alors que le coût futur (pour ma santé, pour ma qualité de vie future) paraît relativement faible. Pour produire ces conséquences néfastes, il faut que l'agent soit par ailleurs « myope » quant à ce biais.

Préférence sociale : fait de retirer une satisfaction d'une action socialement valorisée même si celle-ci ne donne pas lieu à une rémunération monétaire. Bien au contraire, introduire une logique de prix (et donc entacher le comportement pro-social d'une suspicion de cupidité) peut conduire les gens à se détourner de ce comportement. Par exemple, proposer de rémunérer les donneurs de sang peut conduire à une diminution du nombre de donneurs. Mais leur proposer de donner immédiatement à une ONG leur rémunération va ramener le nombre de donneurs au niveau initial (Mellström et Johannesson, 2008).

Pression sociale : tendance à se conformer à la norme sociale (Milgram, 1963). En mettant en avant le fait qu'une majorité d'étudiants contribue à une association caritative, on peut ainsi augmenter la participation des nouveaux arrivants.

Refus de choisir (choice avoidance) : face à trop de choix, les consommateurs vont préférer refuser de choisir plutôt que de subir le « coût psychologique » de comparer les différents produits pour trouver lequel convient le mieux. C'est ainsi que la multiplication des plans d'épargne offerts aux salariés va paradoxalement conduire à une baisse du nombre de salariés épargnants, alors même que la hausse de l'offre devrait permettre à chacun de trouver le produit qui lui convient le mieux (Iyengar et Kamenica, 2008).

Annexe B

Description du paysage institutionnel

Comment faire pour éviter d'avoir des problèmes ou si vous avez eu un problème avec une entreprise ? Qui aller voir ?

1. Les associations de consommateur

Elles sont nombreuses. Certaines sont spécialisées, comme l'Association française des usagers bancaires (AFUB) dans le domaine de la banque ou l'Association française des utilisateurs de télécommunications (AFUTT) dans le secteur de la téléphonie. D'autres sont généralistes comme l'UFC-Que Choisir.

La plupart fournissent des informations *ex ante* via des magazines ou leur site web, notamment via des tests comparatifs. En cas de conflit, un consommateur peut aller les trouver pour obtenir une aide lors de ses démarches, des « lettres types » pour exiger une réparation ou la résiliation d'un contrat, voire une assistance dans les démarches judiciaires.

Elles ont donc un rôle de filtre et de collecte des plaintes, qu'elles peuvent transmettre aux autorités compétentes comme la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), un rôle d'expertise si le consommateur souhaite porter sa plainte au tribunal (juge de proximité), d'accompagnement en cas de saisie d'un médiateur et un rôle de représentation au sein de l'Institut national de la consommation (INC) où elles discutent en concertation avec les entreprises des problématiques de protection des consommateurs comme la normalisation de l'information, la standardisation des contrats, etc. Elles peuvent enfin émettre des avis auprès des institutions de régulation comme l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), l'Agence des marchés financiers (AMF) ou la DGCCRF.

2. L'Institut national de la consommation

Il s'agit d'un établissement public qui est un centre de ressources et d'expertises. L'INC :

- fournit un appui technique aux organisations de consommateurs agréées ;
- produit, analyse et diffuse des études, enquêtes et essais ;
- met en œuvre des actions de formation et d'éducation à la consommation. À ce titre, il recense et évalue les outils pédagogiques liés à la consommation, élaborés par les entreprises, les associations de consommateurs et les collectivités.

3. La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

La DGCCRF a de multiples rôles :

- contrôle de l'information (règles d'étiquetage, de composition et de dénomination des marchandises, contrôle des falsifications et tromperies) ;
- développement de dispositifs de valorisation de la qualité (normes, labels, appellations d'origine contrôlée...) et garantie de cette qualité supérieure annoncée ;
- recueil de plaintes (soit car elle a été directement contactée par des consommateurs, soit via les associations de consommateurs qui font remonter les plaintes) et publication d'un « baromètre des réclamations » entre les différents secteurs d'activité. En 2010 plus de 92 000 réclamations ont ainsi été collectées ;
- réalisation d'enquêtes en cas d'accumulation des réclamations qui peuvent donner lieu à des amendes administratives. La DGCCRF a ainsi un pouvoir de sanction ;
- surveillance de la sécurité des consommateurs sur tous les produits, alimentaires et industriels et à tous les niveaux (production, importation, distribution) ainsi que sur les services.

4. Les agences de régulation sectorielles

Les principales agences sont l'Agence des marchés financiers pour le secteur de la finance et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

Elles peuvent avoir pour rôle une régulation des produits quand ceux-ci sont trop complexes et d'information. Elles peuvent notamment imposer une certaine forme de standardisation de l'information.

Ces agences ont également pour mission de réguler les pratiques concurrentielles (que l'on pense aux ententes dans le secteur de la téléphonie mobile). Elles peuvent enfin prendre des mesures à l'encontre des entreprises en cas de manquement aux dispositions législatives et réglementaires qui régissent leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en œuvre. Cette compétence peut être exercée à la demande d'un concurrent ou de toute personne physique ou morale concernée. Ces agences peuvent aussi déclencher d'office cette procédure.

5. Les médiateurs et conciliateurs

Les conciliateurs sont des auxiliaires bénévoles de la Justice, nommés par les Premiers présidents de Cour d'Appel, de préférence parmi les personnes disposant d'une certaine expérience juridique.

Ils sont chargés, en dehors de tout procès, d'aider leurs concitoyens à régler des litiges et peuvent être saisis, sans formalité particulière, par tout consommateur, au cours de permanences qu'ils assurent au niveau des cantons. La tâche des conciliateurs est de mettre les adversaires en présence et de les amener à découvrir eux-mêmes la solution à leur litige. L'accord des parties, s'il est obtenu, pourra être concrétisé par un constat d'accord (obligatoire lorsqu'une des parties renonce à un droit) qui aura la valeur juridique d'un contrat.

Dans le domaine de l'assurance ou des communications électroniques, le consommateur peut également saisir un médiateur : l'Association de médiation des communications électroniques (AMCE).

Pour ce faire il doit au préalable avoir épuisé toutes les voies de recours internes mises à la disposition du client par l'opérateur (service commercial, service consommateurs).

Si la demande est recevable, le médiateur va alors entreprendre une enquête et pour cela faire appel à des experts indépendants qu'il choisit librement. À la suite de cette enquête, l'avis du médiateur est communiqué par écrit à chacune des parties dans un délai de trois mois maximum. Chaque partie est libre de suivre ou non l'avis du médiateur et doit en informer l'autre partie ainsi que le médiateur dans le délai d'un mois.

En cas de désaccord sur l'avis rendu par le médiateur, les parties conservent la faculté de pouvoir porter le litige devant le tribunal.

6. Le Mouvement des entreprises de France (MEDEF)

Le MEDEF s'efforce de promouvoir des mécanismes d'autorégulation, notamment via l'élaboration d'un code de bonne conduite puis publication d'un rapport spécifiant notamment les entreprises respectant les recommandations. Le secteur de la publicité a ainsi créé l'Agence des professionnels pour une publicité responsable (ARPP) qui s'est dotée d'un code de déontologie et qui examine la production télévisuelle avant diffusion pour s'assurer que les messages ne vont pas à l'encontre de ce code.

Références bibliographiques

- Agarwal S., J. Driscoll, X. Gabaix et D. Laibson (2009) : « The Age of Reason: Financial Decisions over the Life-Cycle and Implications for Regulation », *Brookings Papers on Economic Activity*, vol. 2009(2), pp. 51-117.
- Agarwal S., J. Driscoll, X. Gabaix et D. Laibson (2011) : *Learning in the Credit Card Market*, Miméo, NYU-Harvard.
- Alpert M. et H. Raiffa (1982) : « A Progress Report on the Training of Probability Assessors » in *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Kahneman, Slovic et Tversky (eds), Cambridge University Press, pp. 294-305.
- Ariely D. et T. Wallsten (1995) : « Seeking Subjective Dominance in Multidimensional Space: An Explanation of the Asymmetric Dominance Effect », *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 63, n° 3.
- Ariely D. et K. Wertenbroch (2002) : « Procrastination, Deadlines, and Performance: Self-Control by Precommitment », *Psychological Science*, n° 13, mai, pp. 219-224.
- Ashraf N., D. Karlan et Y. Wesley (2006) : « Tying Odysseus to the Mast: Evidence from a Commitment Savings Product in the Philippines », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 121, n° 2.
- Bar-Gill O. (2007) : « Informing Consumers About Themselves », *NYU Law and Economics Research Paper*, n° 07-44.
- Mullainathan S., M.S. Barr et E. Shafir (2009) : « The Case for Behaviorally Informed Regulation » in *New Perspectives on Regulation, The Tobin Project*, Moss et Cisternino (eds), pp. 25-62.
- Becker G.S. (1968) : « Crime and Punishment: An Economic Approach », *Journal of Political Economy*, vol. 76, n° 2.
- Beggs A. et K. Graddy (2009) : « Anchoring Effects: Evidence from Art Auctions », *American Economic Review*, vol. 99, n° 3, pp. 1027-39.
- Bénabou R. et J. Tirole (2004) : « Willpower and Personal Rule », *Journal of Political Economy*, vol. 112, n° 4, pp. 848-887.
- Benartzi S. (2001) : « Excessive Extrapolation and the Allocation of 401(k) Accounts to Company Stock », *Journal of Finance*, vol. 56, n° 5, pp. 1747-1764.

- Benartzi S. et R.H. Thaler (2001) : « Naive Diversification Strategies in Defined Contribution Saving Plans », *American Economic Review*, vol. 91, n° 1, pp. 79-98.
- Bernheim B.D. et A. Rangel (2009) : « Beyond Revealed Preference: Theoretic Foundations for Behavioral Economics », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 124, n° 1, pp. 51-104.
- Bertrand M., D. Karlan, S. Mullainathan, E. Shafir et J. Zinman (2010) : « What's Advertising Content Worth? Evidence from a Consumer Credit Marketing Field Experiment », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 125, n° 1, février.
- Besanko D., S. Donnenfeld et L.J. White (1987) : « Monopoly and Quality Distortion: Effects and Remedies », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 102, n° 4.
- Beshears J.J., J. Choi, D. Laibson et B.C. Madrian (2008) : « How Does Simplified Disclosure Affect Individuals' Mutual Fund Choices? », *NBER Working Paper*, n° 14589.
- Béteille L. et R. Yung (2010) : « L'action de groupe à la française : parachever la protection des consommateurs », *Rapport d'information du Sénat*, n° 409.
- Bogart W.A., J. Kalajdzic et I. Matthews (2007) : *Class Actions in Canada: A National Procedure in a MultiJurisdictional Society?*, Rapport préparé pour 'Globalization of Class Actions Conferences', décembre.
- Burnham T.A., J.K. Frels et V. Mahajan (2003) : « Consumer Switching Costs: A Typology, Antecedents, and Consequences », *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 31, n° 2.
- Cabral L. et A. Hortacsu (2006) : « The Dynamics of Seller Reputation: Evidence from eBay », *NYU Working Paper*, n° EC-06-32.
- Cain D., G. Loewenstein et D. Moore (2005) : « The Dirt on Coming Clean: Perverse Effects of Disclosing Conflicts of Interest », *Journal of Legal Studies*, n° 34, pp. 1-25.
- Campbell J., et J. Cocco (2003) : « Household Risk Management and Optimal Mortgage Choice », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 118, n° 4.
- Carlin B.I. et G. Manso (2011) : « Obfuscation, Learning, and the Evolution of Investor Sophistication », *Review of Financial Studies*, n° 24, pp. 754-785.
- Cerruti G. et M. Guillaume (2005) : *Rapport sur l'action de groupe*, remis au ministre de l'Économie et au garde des Sceaux, 16 décembre.
- Choi J.J., D. Laibson et B.C. Madrian (2010) : « Why Does the Law of One Price Fail? An Experiment on Index Mutual Funds », *Review of Financial Studies*, vol. 23, n° 4, pp. 1405-1432.
- Choi J.J., D. Laibson et B.C. Madrian (2011) : « \$100 Bills on the Sidewalk: Suboptimal Investment in 401(k) Plans », *The Review of Economics and Statistics*, vol. 93, n° 3, pp. 748-763.

- Coffee J.C. Jr (1987) : « The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action », *The University of Chicago Law Review*, vol. 54, n° 3, pp. 882-83.
- Commission européenne (2010) : *Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A Behavioural Economics Perspective*, Final Report, novembre
- Commission européenne (2011) : « Consumer Attitudes Towards Cross-Border Trade and Consumer Protection: Analytical Report », *Flash Eurobarometer*, n° 299-A.
- Cronqvist H. (2006) : *Advertising and Portfolio Choice*, Miméo, University of Chicago.
- Cronqvist H. et R. Thaler (2004) : « Design Choices in Privatized Social-Security Systems: Learning from the Swedish Experience », *American Economic Association Papers and Proceedings*, vol. 94, n° 2, pp. 424-428.
- DellaVigna S. et E. Kaplan (2007) : « The Fox News Effect: Media Bias and Voting », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 122, n° 3, pp. 1187-1234.
- DellaVigna S. et U. Malmendier (2006) : « Paying Not To Go To The Gym », *American Economic Review*, vol. 96, n° 3, pp. 694-719.
- DeMarzo P.M., M. Fishman et K.M. Hagerty (2005) : « Self-Regulation and Government Oversight », *Review of Economic Studies*, vol. 72, n° 3.
- Djankov S., R. La Porta, F. López-de-Silanes et A. Shleifer (2002) : « The Regulation of Entry », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, n° 1, pp. 1-37.
- Ellison G. (2005) : « A Model of Add-On Pricing », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 120, n° 2, pp. 585-637.
- Estache A. et D. Martimort (1999) : « Politics, Transaction Costs, and the Design of Regulatory Institutions », *World Bank Working Paper*, n° 2073.
- Gabaix X. et D. Laibson (2006) : « Shrouded Attributes, Consumer Myopia, and Information Suppression in Competitive Markets », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 121, n° 2, mai, pp. 505-540.
- Gilbert D. et B. van Leeuwen (1998) : « Predicting Hunger: The Effects of Appetite and Delay on Choice », *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 76, n° 2, pp. 189-205.
- Gilles M. et G.B. Friedman (2006) : « Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155, n° 103.
- Giné X., D. Karlan et J. Zinman (2010) : « Put Your Money Where Your Butt Is: A Commitment Contract for Smoking Cessation », *World Bank Policy Research Working Paper*, n° 4985.
- Glaeser E.L. et A. Shleifer (2003) : « The Rise of the Regulatory State », *Journal of Economic Literature*, vol. 41, n° 2, pp. 401-425.

- Grajzl P. et P. Murrell (2007) : Allocating Lawmaking Powers: Self-Regulation vs Government Regulation », *Journal of Comparative Economics*, vol. 35, n° 3.
- Grinblatt M. et M. Keloharju (2001) : « How Distance, Language, and Culture Influence Stockholdings and Trades », *Journal of Finance*, vol. 56, n° 3, pp. 1053-1073.0
- Grubb M.D. (2009) : « Selling to Overconfident Consumers », *American Economic Review*, vol. 99, n° 5.
- Handel B. (2011) : *Adverse Selection and Switching Costs in Health Insurance Markets: When Nudging Hurts*, Miméo, Berkeley University.
- Heski B.I. et S. Tadelis S. (2008) : « Seller Reputation », *Foundations and Trends® in Microeconomics*, vol. 4, n° 4, pp. 273-351.
- Iyengar S. et E. Kamenica (2008) : « Choice Proliferation, Simplicity Seeking and Asset Allocation », *Journal of Public Economics*, vol. 94, n° 7-8, pp. 417-422.
- Jin G.Z. et A. Kato (2006) : « Price, Quality and Reputation: Evidence from An Online Field Experiment », *RAND Journal of Economics*, vol. 37, n° 4.
- Jin G.Z. et P. Leslie (2003) : « L'effet de l'information sur la qualité des produits », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 118, n° 2, pp. 409-51.
- Jin G.Z. et P. Leslie (2009) : « Reputational Incentives for Restaurant Hygiene », *American Economic Journal: Microeconomics*, vol. 1, n° 1.
- Kahneman D. et A. Tversky (1974) : « Heuristics and Biases », *Science*, n° 185, pp. 1124-1131.
- Kahneman D. et A. Tversky (1979) : « Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk », *Econometrica*, vol. 47, n° 2, pp. 263-291.
- Kahneman D. (2011) : *Thinking, Fast and Slow*, Allen Lane, 512 p.
- Kamenica E., S. Mullainathan et R. Thaler (2011) : « Helping Consumers Know Themselves », *American Economic Review*, vol. 101, n° 3.
- King A.A. et M.J. Lenox (2000) : Industry Self-Regulation without Sanctions: The Chemical Industry's Responsible Care Program », *The Academy of Management Journal*, vol. 43, n° 4, pp. 698-716.
- Kreps D., P. Milgrom, J. Roberts et R. Wilson (1982) : « Rational Cooperation in the Finitely Repeated Prisoner's Dilemma », *Journal of Economic Theory*, n° 27, pp.245-252.
- Kunreuther H., R. Ginsberg, L. Miller, P. Sagi, P. Slovic, B. Borkan et N. Katz (1978) : *Disaster Insurance Protection: Public Policy Lessons*, Wiley, New York.
- Laffont J.-J. (2000) : *Incentives and Political Economy*, Oxford University Press.
- Laibson D. (1997) : « Golden Eggs and Hyperbolic Discounting », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 112, n° 2.

- Landier A. et D. Thesmar (2009) : « Financial Contracting with Optimistic Entrepreneurs », *Review of Financial Studies*, vol. 22, n° 1, pp. 117-150.
- Madrian B. et D. Shea (2001) : « The Power of Suggestion: Inertia in 401(k) Participation and Savings Behavior », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 116, n° 4, pp. 1149-1187.
- Mailath G.J. et L. Samuelson (2001) : « Who Wants a Good Reputation? », *Review of Economic Studies*, vol. 68, n° 2.
- Malmendier U. et D. Shanthikumar (2007) : « Are Small Investors Naive about Incentives? », *Journal of Financial Economics*, vol. 85, n° 2, pp. 457-489.
- Mellström C. et M. Johannesson (2008) : « Crowding out in Blood Donation: Was Titmuss Right? » *Journal of the European Economic Association*, n° 6, pp. 845-863.
- Milgram S. (1963) : « Behavioral Study of Obedience », *Journal of Abnormal and Social Psychology*, n° 67, pp. 371-378.
- Mullainathan S. et A. Shleifer (2005) : « Persuasion in Finance », *NBER Working Paper*, n° 11838.
- Mussa M. et S. Rosen (1978) : « Monopoly and Product Quality », *Journal of Economic Theory*, vol. 18, n° 2.
- O'Donoghue T. et M. Rabin (1999) : « Doing It Now or Later », *American Economic Review*, vol. 89, n° 1, pp. 103-24.
- Office of Fair Trading (2010) : *What does Behavioural Economics Mean for Competition Policy?*. Disponible sur http://www.offt.gov.uk/shared_offt/economic_research/oft1224.pdf
- Ogus A. (1999) : « Self-Regulation » in *Encyclopedia of Law and Economics*, Bouckaert, Boudewijn, Geest, Gerrit De (eds), Cheltenham, Edward Elgar.
- Olson M. (1965) : *Logic of Collective Action*, Harvard University Press.
- Posner R. (1972) : *Economic Analysis of the Law*, Little, Brown, Boston, 1^{re} édition.
- Rand Institute for Civil Justice (1999) : *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Disponible sur http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monograph_reports/2005/MR969.1.pdf
- Resnick P. et R. Zeckhauser (2002) : « Trust Among Strangers in Internet Transactions: Empirical Analysis of eBay's Reputation System » in *The Economics of the Internet and e-Commerce* (Advances in Applied Microeconomics, vol. 11), Baye (ed.), Emerald Group Publishing Limited, pp. 127-157.
- Resnick P., R. Zeckhauser, J. Swanson et K. Lockwood (2006) : « The Value of Reputation on eBay: A Controlled Experiment », *Experimental Economics*, vol. 9, n° 2.

- Samuelson W. et R. Zeckhauser (1988) : « Status Quo Bias in Decision Making », *Journal of Risk and Uncertainty*, n° 1, mars.
- Sappington D. (2005) : « Regulating Service Quality: A Survey », *Journal of Regulatory Economics*, vol. 27, n° 2, pp. 123-154.
- Shapiro C. (1982) : « Consumer Information, Product Quality, and Seller Reputation », *Bell Journal of Economics, The RAND Corporation*, vol. 13, n° 1, pp. 20-35.
- Shue K. et E. Luttmer (2009) : « Who Misvotes? The Effect of Differential Cognition Costs on Election Outcomes », *American Economic Journal: Economic Policy*, vol. 1, n° 1, pp. 229-57, février.
- Simon H.A. (1955) : « A Behavioral Model of Rational Choice », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, n° 1, février, pp. 99-118.
- Spence A.M. (1975) : « Monopoly, Quality, and Regulation », *Bell Journal of Economics, The RAND Corporation*, vol. 6, n° 2, pp. 417-429.
- Spiegler R. (2011) : *Bounded Rationality and Industrial Organization*, Oxford University Press.
- Stango V. et J. Zinman (2011) : « Limited and Varying Consumer Attention: Evidence from Shocks to the Salience of Bank Overdraft Fees », *NBER Working Paper*, n° 17028.
- Svenson O. (1981) : « Are We All Less Ricky and More Skillful than Our Fellow Drivers? », *Acta Psychologica*, vol. 47, n° 2, pp. 143-48.
- Tadelis S. (2002) : « Market for Reputations as an Incentive Mechanism », *Journal of Political Economy*, vol. 92, n° 2.
- Thaler R.H. et S. Benartzi (2004) : « Save More Tomorrow: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving », *Journal of Political Economy*, vol. 112, n° 1.
- Thaler R.H. et C.S. Sunstein (2008) : *Nudge*, Yale.
- Tirole J. (1994) : « The Internal Organization of Government », *Oxford Economic Papers*, vol. 46, n° 1, pp. 1-29.
- Towers Perrin (2008) : *2008 Update on US Tort Cost Trends*. Disponible sur http://www.towersperrin.com/tp/getwebcachedoc?webc=USA/2008/200811/2008_tort_costs_trends.pdf
- Tversky A. et D. Kahneman (1974) : « Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases », *Science*, vol. 185, n° 4157, pp. 1124-31.
- Tversky A. et D. Kahneman (1981) : « The Framing of Decisions and the Psychology of Choice », *Science*, vol. 211, n° 4481, pp. 453-58.

Consultations et auditions

Francis Amand

Directeur général de l'INC

Loïc Armand

Président de la direction consommation, MEDEF

Pierre Bocquet

Directeur du service banque de détails et banque à distance, FBF

Emmanuel Combes

Professeur d'Économie

Michel Combet

Directeur des services fixe et mobile et des relations avec les consommateurs, ARCEP

Bernard Debré

Professeur de Médecine, Député de Paris

Thierry Francq

Secrétaire général de l'AMF

Natalie Lemaire

AMF

Jacques Pomonti

Président de l'AFUTT

Joelle Toledano

Membre du collège de l'ARCEP

Véronique Magnier

Professeur de Droit

Serge Maître

Président de l'AFUB

Stanislas Martin

Directeur du service régulation et sécurité, DGCCRF

Cédric Musso

Directeur du Département relations institutionnelles, UFC-Que choisir

Joëlle Simon

Directrice des affaires juridiques, MEDEF

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 dépenalisation 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 bénéfiques 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 française 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.

Commentaire

Jean Tirole

*Président de la Fondation Jean-Jacques Laffont,
École d'Économie de Toulouse (TSE)*

Dans cet excellent rapport, le lecteur trouvera un argumentaire construit sur les fondements de la protection du consommateur. La liberté de choix du consommateur et la concurrence entre fournisseurs constituent en général une protection en elles-mêmes ; mais parfois elles ne suffisent pas, et l'État ou des organismes indépendants doivent intervenir pour empêcher le consommateur de faire des choix allant contre son intérêt.

Le rapport étudie deux types de défaillance de marché pouvant justifier une protection : la manipulation par les fournisseurs de la rationalité limitée des consommateurs, et l'information imparfaite de ces derniers. Bien sûr, l'existence d'une défaillance de marché n'implique pas nécessairement qu'une intervention de la puissance publique améliore le bien-être des consommateurs ; encore faut-il que la puissance publique soit bienveillante et, dans le cas d'une asymétrie d'information, qu'elle soit à même de réduire cette asymétrie.

Et c'est là un des mérites de ce rapport : il reconnaît et identifie clairement les nombreuses défaillances de marché tout en prenant en compte les limites du paternalisme : régulateurs intéressés, fragilisation du consommateur surprotégé et donc vulnérable chaque fois qu'une activité économique échappe au régulateur, et limites de l'information du régulateur. Il échappe donc aux deux écueils : d'une part, une défense dogmatique du marché (cf. les réticences de l'administration américaine des années 2000 vis-à-vis d'une information des salariés et consommateurs peu sophistiqués sur les risques encourus quand ils investissent leur épargne dans leur entreprise, dans des emprunts indexés au taux d'intérêt ou des produits financiers complexes) ; et d'autre part un paternalisme débridé, laissant libre cours aux agendas politiques ou au lobbying d'entreprises concernées. Ce rapport aide donc à structurer notre réflexion et deviendra rapidement une référence indispensable sur le sujet.

1. L'irrationalité des consommateurs

La discipline économique est structurée sur un petit noyau d'hypothèses, dont la rationalité des agents. Ces hypothèses lui confèrent un pouvoir prédictif et normatif. La parcimonie des hypothèses cependant doit mener l'économiste à les questionner et à regarder si pour certaines applications elles ne devraient pas être relâchées. C'est ainsi que depuis une quinzaine d'années de nombreuses recherches en économie se sont effectuées à la lisière de la psychologie.

Un corpus important de recherches porte sur le phénomène de *préférence excessive pour le présent* (aussi appelé problème de volonté/de contrôle de soi, ou problématique des « préférences hyperboliques »). L'idée est que le consommateur voudrait résister à une tentation d'achat ou de consommation, mais n'y arrive pas : « Je veux arrêter de fumer. J'arrêterai de fumer demain, pas aujourd'hui ». Le consommateur privilégie alors son intérêt de court terme sur son intérêt de long terme, dans lequel il n'arrive pas à se projeter suffisamment pour résister aux sirènes de la satisfaction immédiate. Et il n'arrive pas forcément à arrêter de fumer.

L'analyse de bien-être en cas de préférence « excessive » pour le présent peut donner naissance à controverses : Le régulateur doit-il respecter les choix de l'incarnation présente ou au contraire protéger les intérêts des incarnations futures ? S'il y a effectivement une demande d'engagement de la part de l'individu, je privilégierais cette deuxième interprétation.

Et effectivement, cette deuxième interprétation est celle privilégiée par la puissance publique quand elle subventionne l'épargne retraite (ou se repose sur la retraite par répartition), crée un délai de rétractation, limite le taux d'usure et encadre le crédit à la consommation, impose des taxes élevées sur, interdit la consommation de drogues, d'alcool, de tabac ou de nourritures malsaines, ou interdit la rémunération des dons d'organes au risque de créer une pénurie de donneurs⁽¹⁾.

Notons aussi qu'une préférence exagérée pour le présent peut amener à une réflexion insuffisante au moment de l'achat. C'est-à-dire, ce biais augmente les asymétries d'information entre fournisseur et consommateur.

L'argument en faveur d'une intervention est solide ; il est cependant plus compliqué de savoir où s'arrêter dans ces restrictions à la liberté de contracter ou dans ces taxes et subventions. D'une part, une économie moderne a besoin de contrats et d'engagement. Le consommateur ne peut pas bénéficier systématiquement d'une option gratuite de renonciation à ses engagements. Et de fait, les délais de rétractation sont relativement rares et limités aux achats ayant des conséquences majeures pour le consommateur

(1) Bien sûr, la protection du consommateur n'est pas la seule motivation derrière ces lois. Par exemple, les comportements court-termistes engendrent souvent des externalités négatives sur des tierces parties : La consommation d'alcool ou de drogue peut créer des nuisances ou de la violence. Un endettement élevé ou une épargne faible peut impliquer des charges supplémentaires pour la collectivité.

ou faisant l'objet d'une pression potentiellement forte du vendeur (c'est le cas du démarchage à domicile, où le consommateur peut acheter quelque chose par empathie ou sous la pression du vendeur, et le regretter immédiatement après). De même, une économie moderne ne doit pas trop laisser libre cours aux législateurs pour taxer les consommations qui leur déplaisent et subventionner celles qui les arrangent ; la base doit en être un argument intellectuel clair de protection du consommateur.

Une autre forme d'irrationalité souvent invoquée est le sur-optimisme. Les psychologues ont amassé de l'évidence intéressante sur le sur-optimisme des agents économiques, même si certaines formes d'évidence ne sont pas toujours convaincantes (problèmes statistiques, rationalisation *ex post* des agents cherchant à justifier des choix perdants). De nouveau, la puissance publique peut essayer de corriger ce biais cognitif. La question est de savoir comment : supposons que l'on soit convaincu que les entrepreneurs souffrent de confiance excessive en eux-mêmes ou en leurs projets ; doit-on pour autant rendre plus difficile l'entrepreneuriat ? Il semblerait plutôt qu'il vaudrait mieux les forcer à bien analyser les risques liés au projet⁽²⁾. L'éducation et la correction des biais cognitifs semblent être à privilégier, même si l'on comprend bien qu'elles ne protégeront pas forcément les « optimistes impénitents ».

2. Les inefficacités informationnelles

Le consommateur sur de nombreux marchés fait face à de l'anti-sélection : ce produit financier est-il rentable ? risqué ? Ce contrat d'assurance ou ce ticket de parking contient-il des clauses suspensives cachées ?

Cette anti-sélection peut-être exogène (le consommateur simplement n'a pas la compétence ou le temps d'évaluer les conséquences de l'achat ou du contrat) ou endogène (le consommateur fait un effort de compréhension plus ou moins important). Prenons le cas des dépôts que nous avons auprès de notre banque (ou de la police d'assurance que nous avons chez une compagnie d'assurance) : s'il n'y avait pas d'assurance-dépôts, nous serions obligés de vérifier au jour le jour la solvabilité de notre banque⁽³⁾ ; clairement, même si nous en étions compétents, ce ne serait pas désirable pour plusieurs raisons, dont le gâchis que représenterait le temps consacré à cette activité. En pratique le régulateur prudentiel se substitue (et représente) les clients des banques, compagnies d'assurance, fonds de retraite, etc.

(2) Les financeurs privés bien sûr ont aussi une incitation à le faire. Mais comme l'a montré Alp Simsek (« Belief Disagreements and Collateral Constraints », en révision à *Economica*), la discipline imposée par les financeurs n'existe que quand l'entrepreneur est optimiste sur la valeur du collatéral, ou plus généralement sur les profits bas (« *downside* »), mais pas quand il porte sur la partie haute de la distribution des profits (« *upside* »).

(3) A moins que les dépôts de la banque reçoivent une garantie d'un fonds de garantie ou d'une autre banque. Mais cela ne fait que déplacer le problème pour le consommateur, qui doit vérifier que l'organisme garantissant les dépôts soit bien capitalisé lui-même.

Le droit lui aussi a depuis bien longtemps reconnu le problème de l'endogénéité de l'anti-sélection en adoptant une approche pragmatique du respect des contrats. Quand nous entrons dans un parking, nous ne prenons pas le temps (heureusement !) de lire ce qui est écrit en petits caractères ou de consulter les renvois concernant les clauses contractuelles liés à notre stationnement. Un tel contrat pourrait facilement contenir des clauses abusives si la jurisprudence n'était pas vigilante. De nouveau, il s'agit de savoir où placer la limite entre protection de l'acheteur et liberté de contracter. Par exemple, un vendeur d'un appartement omettant de préciser que contrairement à l'intuition générée par sa localisation, cet appartement n'est pas dans un bon secteur scolaire ne sera pas inquiété, tandis que l'omission de vices cachés dont le vendeur a connaissance peut remettre en cause la vente.

Le bon remède semble l'obligation d'informer le consommateur. Cependant, la nécessité d'informer l'acheteur n'est pas une panacée :

- tout d'abord, une stratégie courante, allant de l'information fournie sur les marchés financiers (placements OPCVM, par exemple) à l'information fournie par le management aux administrateurs d'une entreprise, est de « noyer » le lecteur sous un déluge d'informations, dont la plupart ont une pertinence faible. Prétendre que le consommateur est informé est alors exagéré ;
- de plus, les consommateurs différant dans leur capacité d'analyse de l'information, une telle politique peut introduire des inégalités de traitement entre consommateurs ;
- continuant sur la question de la capacité d'analyse des consommateurs, cette dernière est elle-même endogène et fait l'objet d'effets de réseau. L'exemple donné dans le rapport quant à l'affichage d'une bonne qualité sanitaire est significatif : si les autres consommateurs s'y intéressent, de nombreux restaurants afficheront cette qualité et j'aurai donc une incitation à moi-même essayer de comprendre ce que veut dire une note sur l'échelle de qualités ;
- l'obligation d'informer peut inciter les entreprises à ne pas s'informer. Ceci est bien connu dans le domaine de la propriété intellectuelle ; celui qui dépose un brevet est supposé révéler l'art antérieur des connaissances dont il est conscient. Il vaut alors mieux ne pas trop chercher de peur qu'il puisse être démontré par la suite que l'entreprise avait de telles connaissances⁽⁴⁾ ;
- enfin, les psychologues ont montré que les agents économiques ont moins d'inhibition à tricher quand la partie adverse a été prévenue du danger ou du conflit d'intérêt⁽⁵⁾.

(4) Dans un autre domaine, les perquisitions dans les locaux de Servier ont apporté la preuve que le laboratoire a testé le Mediator sur des êtres humains comme coupe-faim. L'entreprise avait précédemment toujours nié avoir fait de telles recherches.

(5) Voir l'article de Cain D., G. Loewenstein et D. Moore (2055) : « The Dirt on Coming Clean: Perverse Effects of Disclosing Conflicts of Interest », *Journal of Legal Studies*, n° 34, pp. 1-25.

Une question encore plus complexe est celle des manipulations dans la fourniture d'information. Il ne s'agit plus ici de mensonges ou d'omissions coupables, mais de la façon dont la communication s'opère. Depuis les travaux des sociologues Petty et Cacioppo, l'on distingue la « communication directe » (sur le sujet même) et « communication indirecte ou périphérique », ne portant pas sur le sujet, mais cherchant à créer une impression de congruence (pour relâcher l'attention et favoriser l'acceptation) ou utiliser la demande de reconnaissance sociale du consommateur. C'est ainsi que les publicitaires utilisent des célébrités ou des sujets ressemblant à la « cible », qui n'ont absolument pas d'expertise sur l'objet commercialisé.

Ici aussi, nous faisons face à la nécessité d'être pragmatiques : il s'agit de manipulations évidentes des failles de l'heuristique du consommateur⁽⁶⁾, et en même temps on ne voudrait pas donner un chèque en blanc au régulateur, soit par peur d'abus, soit parce qu'il ne faut pas trop infantiliser le consommateur, qui a besoin d'apprendre à être vigilant dans la mesure où il ne sera pas toujours protégé. En droit des contrats, la notion anglo-saxonne de « *misrepresentation* » réfère à une fausse déclaration ; les cas de fausses déclarations soit frauduleuses, soit innocentes, sont simples à traiter. Le cas intermédiaire de la négligence est plus complexe. Ceci dit, l'utilisation d'une faille dans l'heuristique du consommateur ou la distorsion des faits par omission sont intentionnelles, et pourtant ne sont pas juridiquement condamnables, sauf dans le cas de relation fiduciaire⁽⁷⁾ ou de personnes incapables de défendre leurs intérêts.

3. Autres modes de protection

Le rapport couvre aussi de nombreux autres sujets, que je ne peux développer ici. Je me contenterai donc de quelques remarques brèves.

Un autre mode de protection concerne les *ratings* et les standards. Les *ratings* proviennent des consommateurs. Comme le montre l'exemple du web, ces *ratings* peuvent s'avérer très utiles, même s'ils sont éminemment manipulables. Les standards sont édictés par le secteur et de même peuvent être très utiles. Il faut quand même réaliser que les intérêts du secteur et ceux des consommateurs ne sont pas toujours identiques.

Le rapport traite ensuite des « options par défaut », dont l'influence a été démontrée dans plusieurs contextes, notamment les choix parmi les options dans les systèmes de retraite par capitalisation. La forte probabilité de choix des options par défaut est souvent vue comme une démonstration de l'irrationalité des consommateurs. Cependant, dans une situation d'information

(6) Sans aller jusqu'au cas des images subliminales, le consommateur est manipulé par l'utilisation d'erreurs systématiques dans la cognition.

(7) Un cas intéressant de débat sur une telle responsabilité est le cas des agences de notation qui, comme nous le rappelle le film *Inside Job*, arguent que leurs notations ne sont que des « opinions ».

incomplète, il peut être tout à fait rationnel de suivre le conseil, si on lui fait confiance, d'un fournisseur (son entreprise ou comité d'établissement dans le cas des retraites) qui suggère une option « qui convient à la majorité des cas »⁽⁸⁾.

Enfin le rapport mentionne deux autres pistes : la diminution des coûts de sortie, qui a certains coûts sociaux, mais évidemment protège le consommateur en lui permettant de corriger des choix erronés ; et les actions de groupe. Sur ce dernier sujet, le rapport observe justement qu'en France les incitations demeurent trop faibles (*opt-in*, sans publicité). La question ici aussi demeure celle de la juste mesure, entre un monde où les consommateurs ont trop peu d'incitations personnelles à faire valoir leurs droits et un autre où les entreprises seraient soumises à une double peine (amende très forte et perte de réputation).

Cette discussion, comme la précédente, bien sûr ne rend pas justice à la richesse de ce rapport.

(8) On peut ici se référer à la théorie du « principal informé ».

Résumé

Selon une étude de la Commission européenne, près de 40 % des consommateurs français s'estiment très mal ou mal protégés. Appréhender l'efficacité des dispositifs de protection du consommateur s'avère donc un enjeu social d'un intérêt central.

L'objet du rapport de Xavier Gabaix, Augustin Landier et David Thesmar est d'expliciter les fondements économiques de la protection du consommateur afin d'apprécier l'efficacité du dispositif actuel et de proposer des mesures à même de l'améliorer.

En présence de biais psycho-cognitifs des ménages, cette contribution montre que les marchés s'avèrent inaptes à protéger efficacement les consommateurs : assurer par la régulation la protection des consommateurs se révèle donc nécessaire. Ce rapport formule ainsi six propositions visant à améliorer la protection des consommateurs en agissant sur trois principaux leviers : faciliter le choix des consommateurs, favoriser leur mobilité effective et accentuer les sanctions susceptibles de pénaliser les entreprises déviantes.

1. Pourquoi les marchés ne protègent-ils pas efficacement le consommateur ?

De nombreux travaux tant théoriques qu'empiriques aboutissent au constat suivant : les consommateurs souffrent d'une rationalité limitée que les marchés ne permettent pas de pallier.

Psychologues et économistes ont largement analysé les fondements psycho-cognitifs susceptibles de limiter la rationalité des choix opérés par les consommateurs. En substance, ces derniers ne sont pas parfaitement capables de recenser voire de comprendre l'information disponible : l'information tantôt pléthorique et complexe, tantôt cachée serait très coûteuse à recueillir et à analyser pour un consommateur même motivé. Quand bien même il ne serait confronté à aucun problème informationnel, il aurait également des difficultés à inférer les conséquences de ses choix sur son propre bien-être : la préférence pour le présent, l'optimisme excessif voire

certaines limites cognitives l'empêcheraient de définir et de mettre en œuvre le choix *a priori* idoine.

En présence de rationalité limitée, les consommateurs peuvent en conséquence se voir offrir par les marchés des biens et services chers et de moindre qualité. En premier lieu, si la concurrence par les prix protège tous les consommateurs de biens simples même en présence d'un petit nombre d'entreprises, tel n'est pas le cas pour les consommateurs de biens complexes. Dans ce cas, informer les clients d'un concurrent sur ses mauvaises pratiques ne serait pas bénéfique pour une entreprise car elle ne récupérerait *in fine* que les consommateurs avisés par essence peu rentables. En second lieu, il n'est pas avéré qu'une entreprise ait intérêt à favoriser la qualité afin d'asseoir sa réputation et donc son pouvoir de marché. En effet, la réputation ne permet pas à un consommateur potentiel d'apprécier en temps réel la satisfaction de l'ensemble des consommateurs ayant acheté le bien concerné. Entreprises court-termistes, consommation occasionnelle, délai dans la diffusion de la satisfaction des consommateurs ou coûts de sortie élevés sont autant de facteurs qui font de la réputation un signal imparfait de la satisfaction des consommateurs et donc de la qualité des produits.

La régulation s'avérant par conséquent nécessaire pour protéger les consommateurs, il convient de déterminer à quelle institution celle-ci doit être confiée : associations professionnelles ou État. Si l'efficacité relative de l'auto-régulation et de l'État dépend *a priori* du degré de corruption et de la compétence des instances publiques, l'auto-régulation peut néanmoins renforcer le pouvoir de marché de certaines entreprises au détriment des consommateurs et n'aboutit pas en général à des sanctions suffisamment dissuasives pour inciter les entreprises à respecter les normes édictées.

2. Comment mieux protéger les consommateurs ?

Après avoir établi la nécessité d'une protection légale du consommateur, le présent rapport détaille six principales propositions à même d'améliorer la protection des consommateurs. Ces mesures visent en outre à faire la lumière sur la qualité des produits en utilisant les possibilités d'Internet, à proposer des options par défaut bien choisies, à faciliter les changements de fournisseur de service et à permettre aux consommateurs d'exercer un véritable pouvoir de menace sur les comportements illégaux.

Les six principales propositions du rapport

Proposition 1

L'information rendue publique par la DGCCRF devrait, idéalement, avoir les caractéristiques suivantes :

- elle doit être détaillée : elle doit proposer une ventilation des plaintes par secteur fin (par exemple, « commerce d'informatique » et pas simplement « commerce »), et par région lorsque c'est pertinent. Par exemple, dans les services/BTP une répartition géographique et dans le commerce électronique, une ventilation par secteur fin (hi-fi, librairies, etc.) ;
- les séries doivent être les plus longues possibles : pour l'instant l'information remonte à 2007, il est donc impossible de détecter des tendances ou des ruptures. Ces informations seraient utiles pour les consommateurs mais aussi simplifieraient les procédures de détection des fraudes en interne, à la manière des données de pharmacovigilance ;
- l'information disponible ne doit pas se limiter aux plaintes, mais doit aussi comprendre les sanctions décidées par la DGCCRF (poursuite en justice, amende, etc.). Ces sanctions sont la mesure effective des comportements frauduleux (sectoriels, individuels), et de l'action entreprise par l'État pour y remédier ;
- une publication des données entreprise par entreprise, avec un délai de latence de six mois devrait être envisagée, de manière à limiter les possibilités de manipulation.

Proposition 2

La DGCCRF ou l'INC deviennent administrateurs d'une plate-forme de *rating* en ligne basée sur des technologies similaires à celles utilisées par les grandes entreprises de vente en ligne. Les clients peuvent écrire un bref commentaire et donner une note reflétant leur expérience de consommateur sur chaque produit ou service spécifique :

- l'accès à cette base de *rating* sera gratuit, et des recherches par mots-clés (nom de produit ou de prestataire) seront possibles ;
- le client doit entrer ses données personnelles pour que son commentaire soit valide (mais celles-ci ne seront bien sûr pas rendues publiques) ;
- la DGCCRF aurait, via sa tâche d'administrateur, le droit de filtrer ou de retirer les commentaires jugés non pertinents ;
- lorsqu'ils entrent un commentaire, les clients peuvent en cochant une case spécifique faire de leur commentaire une plainte officielle (le site web les fait alors transiter vers une page web qui collecte les pièces justificatives et données personnelles qui valident la plainte).

Proposition 3

Les organismes de gestion de l'épargne salariale doivent être contraints de proposer, dans leur menu d'options, une option par défaut qui devrait satisfaire aux contraintes suivantes : frais faible, risque modéré, rendement (net de frais) maximal étant donné ce risque. Le risque peut dépendre de l'horizon d'investissement (avec un poids d'action supérieur pour les PERCO – plans épargne pour la retraite collectifs), et faible pour les PEE (plans d'épargne entreprise classiques). Cette option doit être définie de manière centralisée et proposée par tous les FCPE. Elle constitue l'option par défaut, à moins que le salarié n'en choisisse une autre.

Proposition 4

Exiger que les consommateurs aient le droit d'obtenir de leur fournisseur gratuitement et dans un format standardisé l'historique de leur consommation et facturation (notamment dans le domaine de la téléphonie, de l'internet, de l'énergie et des services financiers). Afin que des entreprises concurrentes ou des intermédiaires puissent informer le consommateur sur ses alternatives, ces fichiers doivent pouvoir être téléchargés par des tiers à qui le consommateur en donne le droit.

Proposition 5

Pour être vraiment dissuasive, la DGCCRF doit pouvoir prononcer des sanctions administratives élevées.

Proposition 6

Il faut mettre en place un mécanisme d'action collective en France. Afin de résoudre le problème d'action collective inhérent à ce type d'action, le nouveau dispositif doit respecter les principes économiques suivants :

- le coût de participation doit être faible pour les plaignants : cela implique de retenir, soit la logique d'*opt-out*, soit celle d'*opt-in* avec publicité par courrier et voie de presse ;
- il faut éviter de donner une rente trop importante aux intermédiaires que représenteraient les associations agréées : le dispositif doit donc permettre la constitution d'associations *ad hoc* afin de mener l'action de groupe, potentiellement en étroite liaison avec les associations de consommateurs ;
- le champ couvert doit être le plus large possible.

3. Commentaires

D'après Jean Tirole et Philippe Mongin, ce rapport explicite très clairement les deux principales défaillances de marché justifiant la protection des consommateurs : la manipulation par les fournisseurs de leur rationalité limitée et l'imperfection de l'information dont ils disposent.

Selon Jean Tirole, conformément aux propositions du rapport, il convient toutefois de ne pas tomber dans l'écueil d'un paternalisme excessif. En premier lieu, une économie moderne ayant besoin de contrats et d'engagements, les possibilités de rétractation des consommateurs ne doivent pas toujours être universelles et gratuites. L'éducation des consommateurs constitue en outre un levier à ne pas négliger. En second lieu, si l'obligation d'informer est pertinente, Jean Tirole insiste sur le fait que l'information fournie doit être régulée afin d'être intelligible par tous les consommateurs et non manipulée par les fournisseurs. En conclusion, Jean Tirole appuie les recommandations concernant la constitution de *rating* et de standards, la proposition systématique d'option par défaut ainsi que la mise en œuvre d'actions de groupe.

Selon Philippe Mongin, si le rapport a le mérite de mettre en exergue certains biais cognitifs des consommateurs susceptibles d'être manipulés par les entreprises, l'économie comportementale demeure encore riche en enseignements qu'il conviendrait d'intégrer à une réflexion plus exhaustive sur la protection des consommateurs. Concernant les recommandations, Philippe Mongin émet certaines réserves : il regrette que les auteurs n'aient pas plus précisément pris en compte le contexte juridique de leur recommandation relative aux actions de groupe. Celles-ci heurtent en effet certains principes essentiels du droit français tels que l'autorité relative de la chose jugée et la qualité pour agir. Par ailleurs la question des risques vitaux qu'elle induirait pour certaines entreprises est éludée. Concernant les propositions relatives à une notation publique des fournisseurs, il convient d'être vigilant aux biais d'ancrage, de même qu'il convient de tenir compte des biais de traitement liés à un accroissement de l'information.

Summary

Consumer Protection: Bounded Rationality and Regulation

According to a European Commission study, almost 40% of French consumers believe that they have little or very little protection. Understanding the performance of consumer protection systems would, therefore, seem to be a crucial social issue.

In their report, Xavier Gabaix, Augustin Landier and David Thesmar aim to explain the economic foundations of consumer protection in order to assess how effective the current protection system is and to propose measures likely to improve it.

Given the psychological and cognitive biases inherent in household decision-making, their study reveals that the markets are incapable of protecting the consumer effectively: it thus proves necessary to develop regulation to protect the consumer. This report therefore provides six proposals aimed at improving consumer protection focusing on three key levers for action: facilitating the consumer's decision, promoting their effective mobility and intensifying sanctions to penalise deviant businesses.

1. Why do the markets fail to protect the consumer effectively?

Many studies, both theoretical and empirical, reach the same conclusion: consumers are affected by bounded rationality, which the markets do nothing to compensate for.

Psychologists and economists have broadly analysed the psychological and cognitive bases that may limit rational decision-making on the part of the consumer. Basically, the latter is not absolutely capable of gathering information together, or even understanding the information available: whether there is too much information and it is

too complex, or it is hidden, it is very expensive to gather and analyse information, even by the most motivated of consumers. Even in the case where they are not faced with an information-related problem, consumers will still find it difficult to infer the consequences of their decisions on their own well-being: a preference for the present, excessive optimism, or even certain cognitive limits would prevent them from defining and acting upon a decision, however apt it may be.

Under the influence of bounded rationality, consumers may therefore find they are offered expensive and low quality goods and services by the markets. First of all, while price competition protects all consumers of ordinary goods, even when only a small number of companies are competing, this is not the case for consumers of non-ordinary goods. In this case, there would be no advantage in a company informing a competitor's customers of that competitor's bad practices since it would only win well-informed consumers who, ultimately, by their very nature, are not particularly profitable customers. Second, it has not been demonstrated that a company has any interest in focusing on quality to build its reputation and, consequently, its market power. In fact, it is not possible for a potential customer to assess, in real time, the level of satisfaction felt by all consumers that have purchased the product in question on the basis of the company's reputation. Short-term companies, occasional consumption, delays in communicating consumer satisfaction levels and high output costs are all factors that make reputation a flawed indication of consumer satisfaction and, therefore, of product quality.

Since this implies that regulation is necessary in order to protect the consumer, we need to decide on the institution to which this should be entrusted: trade associations or central government? While the relative effectiveness of self-regulation or of central government depends *a priori*, on the level of corruption or competence of public bodies, self-regulation may nonetheless strengthen the market power of certain companies to the disadvantage of the consumer and, generally-speaking, is unlikely to result in sanctions with enough dissuasive power to act as an incentive for companies to comply with regulatory standards.

2. How can we improve consumer protection?

Having established the need for the consumer to be protected under the law, this report sets out six key proposals designed to improve consumer protection. The aim of these measures is also to shed light on product quality using the possibilities afforded by the Internet, to propose well-chosen default options, to simplify the process of changing service provider and to enable the consumer to pose a real threat to illegal practices.

The six main proposals in the report

Proposal 1

The information made public by the French Directorate for Competition, Consumer Rights, and Protection Against Fraud (DGCCRF, *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*) should, ideally, display the following characteristics:

- it must be detailed: it must propose a breakdown of complaints by specific sector (for example, 'IT commerce', not simply 'commerce'), and by region where pertinent. For example, a geographical breakdown for services/public works and a breakdown by specific sector for electronics (hi-fi, booksellers, etc.);
- series must be as long as possible: at the moment, the information dates back to 2007, making it impossible to detect trends or breaks. This information will not only be useful to consumers, but will also simplify internal fraud detection procedures, along the same lines as monitoring of the side effects of drugs/medicines;
- the information available must not be limited only to complaints, but should also include any sanctions decided upon by the DGCCRF (legal proceedings pursued, fines, etc.). Sanctions are an effective means of gauging fraudulent behaviour (at the level of a sector or individual), and the action undertaken by central government to rectify such behaviour;
- the publication of data on each individual company, with a latency period of six months, should be considered, with a view to limiting the possibility of manipulation.

Proposal 2

The DGCCRF or the French National Consumers Institute (INC, *Institut national de la consommation*) will be the administrators of an online *rating* platform based on technology similar to that used by major online retailers. Customers can write brief comments and give a score reflecting their experience as consumers for each specific service or product:

- access to this rating database will be free, and it will be possible to search using keywords (name of product or provider);
- for a comment to be valid, customers must enter their personal details (which, of course, will not be made public);
- as part of its role as administrator, the DGCCRF will have the right to filter or withdraw any comments deemed inappropriate;
- when entering a comment, there will be a special box that customers can check if they want to make the comment an official complaint (the website will then transfer them to a web page that collects documentary evidence and the customer's personal details to validate the complaint).

Proposal 3

Organisations that manage employee savings plans must be required to propose, among the options available, a default option that must meet the following constraints: low costs, moderate risk, maximum yield (net of costs) in view of the risk. The risk involved may depend on the investment horizon (with greater weight in the case of 'PERCO' collective retirement savings plans), and less for 'PEE' plans (classic company save-as-you-earn schemes). This default option must be defined at central level and proposed by all employee mutual funds. It is the option provided by default, unless the employee specifies otherwise.

Proposal 4

Require that consumers have the right to obtain records of their use and billing, free of charge and in standard format, from the service provider (especially in the case of telephony, Internet, energy and financial services). In order for competitors or intermediaries to inform consumers of the alternatives they can provide, this information must be downloadable by third parties so authorised by the consumer.

Proposal 5

For real power of dissuasion, the DGCCRF must be able to impose severe administrative sanctions.

Proposal 6

A system for class action needs to be set up in France. In order to resolve the problems inherent in class action of this sort, the new system must comply with the following economic principles:

- the cost of participation must be low for complainants: this implies using either an *opt-out* mechanism, or an *opt-in* mechanism, publicized via mail and the Press;
- fees paid to intermediaries that represent approved associations must not be too high: the system must therefore allow for constitution;
- the scope must be as wide as possible.

3. Comments

According to Jean Tirole and Philippe Mongin, the report very clearly explains the two major faults of the market that make consumer protection necessary: manipulation of the consumer's bounded rationality by the provider and the imperfect nature of the information available to the consumer.

In line with the report's proposals, Jean Tirole believes that we should nonetheless be careful not to fall into the trap of excessive paternalism. First, in a modern economy that requires contracts and undertakings, the consumer's right to retract should not systematically be universal or free of charge. Educating consumers is another area that should not be ignored. Second, however pertinent the obligation to inform the consumer is, Jean Tirole emphasizes the fact that the information provided must be regulated if it is to be intelligible for the consumer and not manipulated by the provider. To conclude, Jean Tirole supports the recommendations regarding the development of *ratings* and standards, the systematic proposal of default options and the implementation of class action.

In Philippe Mongin's view, while the report has the merit of highlighting some of the consumer's cognitive biases that can be manipulated by companies, we still have a great deal to learn about the behavioural economy, which needs to be included in a much more exhaustive study on consumer protection. As for the recommendations made, Philippe Mongin has some reservations: he regrets the fact that the authors did not take account of the legal context of their recommendation regarding class action more accurately. They come up against certain fundamental principles of French law, including the authority relative to *res judicata* and the capacity to bring action. Further, the issue of vital risk this would induce for some companies is passed over. Regarding the proposals relative to a public rating system on service providers, we must be vigilant with regard to anchoring biases, and, similarly, we must take account of processing biases related to increased amounts of information.

Conseil d'Analyse Économique

113 rue de Grenelle 75007 PARIS

Téléphone : 01 42 75 53 00

Télécopie : 01 42 75 51 27

Site Internet : www.cae.gouv.fr

Christian de Boissieu

Président délégué du Conseil d'analyse économique

Pierre Joly

Secrétaire général

Olivier Passet

Conseiller auprès du Président délégué

Jézabel Couppey-Soubeyran

Conseillère scientifique

*Microéconomie
Économie financière*

Manon Domingues Dos Santos

Conseillère scientifique

*Économie des migrations
Économie du travail
Économie du développement*

Cyriac Guillaumin

Conseiller scientifique

*Macroéconomie monétaire et financière
Théorie du commerce international*

Stéphane Saussier

Conseiller scientifique

*Économie des institutions
Économie des partenariats public/privé*

Thomas Weitzenblum

Conseiller scientifique

*Macroéconomie
Économie de la redistribution*

Christine Carl

Chargée des publications et de la communication

01 42 75 77 47
christine.carl@pm.gouv.fr

Agnès Mouze

Chargée d'études documentaires

01 42 75 77 40
agnes.mouze@pm.gouv.fr

