

N° 2016/02

**LE TOURNANT COMPORTEMENTAL
EN DROIT DE LA CONCURRENCE**

Anne-Lise Sibony*

Mis en ligne/uploaded: 9/11/2016

* Université catholique de Louvain. The author can be reached at the following email address: anne-lise.sibony@uclouvain.be.

Le présent texte peut être uniquement utilisé à des fins de recherche individuelle. Toute reproduction ou diffusion, que ce soit en version papier ou électronique, est soumise au consentement du ou des auteurs. L'auteur est libre d'en publier le contenu ailleurs mais assume alors l'entière responsabilité du respect de ses obligations vis-à-vis de tout éditeur tiers.

This text may be used for personal research purposes only. Any reproduction or diffusion for other purposes, whether in hard copy or electronic format, requires the consent of the author(s). The author is free to publish the text elsewhere but then assumes full responsibility for complying with the obligations imposed by any third party.

Les Cahiers du CeDIE doivent être cités comme suit : Auteur, Titre, Cahiers du CeDIE année/numéro, www.uclouvain.be/cedie, suivi de la date à laquelle il a été consulté.

The CeDIE Working Papers should be cited as follows: Author, Title, CeDIE Working Paper year/number, www.uclouvain.be/cedie, followed by the date it was consulted.

ISSN 2034-6301

© Anne-Lise Sibony

Published in Belgium by:
Université catholique de Louvain
CeDIE – Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen
Collège Thomas More
Place Montesquieu, 2 (boîte L2.07.01)
1348 Louvain-la-Neuve
Belgique / Belgium

www.uclouvain.be/cedie

Contact : cedie@uclouvain.be

RÉSUMÉ – ABSTRACT

(FR) Cette contribution constitue une introduction à l'analyse comportementale du droit de la concurrence (*behavioral antitrust*). Elle précise en quoi l'analyse comportementale diffère de l'analyse économique et quels sont les principaux enjeux de son adoption dans la pratique européenne du droit de la concurrence.

(EN) this contribution introduces the lay reader to behavioral antitrust. It contrasts insights from behavioral sciences with those from classical economics and outlines what is at stake for EU competition law in taking a behavioral turn.

MOTS-CLÉ – KEYWORDS

Droit de la concurrence — Analyse comportementale du droit — Analyse économique du droit — Hypothèse de rationalité — Prix prédateurs.

EU Competition law — Behavioral analysis of law — Behavioral antitrust — Rationality hypothesis — Predatory pricing.

TABLE DES MATIÈRES – TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION	5
I. ÉLÉMENTS CHOISIS D'ANALYSE COMPORTEMENTALE À L'USAGE DES SPÉCIALISTES DE DROIT DE LA CONCURRENCE.....	7
A. LA RATIONALITÉ LIMITÉE DES CONSOMMATEURS	8
B. LA RATIONALITÉ LIMITÉE DES ENTREPRENEURS.....	9
II. LES ENJEUX D'UN SUPPLÉMENT DE FINESSE	11
A. UN CADRE ANALYTIQUE AFFINÉ	11
B. UNE OUVERTURE ACCRUE À L'ANALYSE EMPIRIQUE AU DÉTRIMENT DES PRÉSOMPTIONS	12
EN GUISE DE CONCLUSION	13

INTRODUCTION

Joël Monéger m'apprit la vertu de la brièveté. Je venais de terminer ma thèse, qui, avec ses 883 pages, ne pouvait raisonnablement prétendre au qualificatif de brève¹. Pour présenter un dossier convenable au CNU², il me fallait rapidement une autre publication. Une note d'arrêt ferait l'affaire. Joël Monéger attira mon attention sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris dans une affaire de concurrence assez amusante : une pratique concertée entre palaces parisiens ... révélée avec une candeur désarmante par une responsable commerciale dans une émission télévisée grand public³. Le commentaire n'était pas trop difficile à faire. Ce qui me donna vraiment du mal, fut la longueur imposée. Je me souviens que Joël Monéger, patient mais ferme, m'indiqua, que, oui vraiment, la limite du nombre de signes était impérative. Apprentissage précieux dont je le remercie et auquel je dois m'efforcer d'être fidèle dans les lignes qui suivent. C'est là un beau défi compte tenu du sujet choisi pour cette contribution.

En effet, ni l'analyse comportementale du droit (*behavioural analysis of law*) en général, ni l'approche comportementale du droit de la concurrence (*behavioural antitrust*) en particulier, ne sont encore familières aux juristes francophones. En un mot, l'analyse comportementale du droit consiste à intégrer dans la réflexion sur le droit les apports des sciences comportementales, en particulier ceux de la psychologie et de l'économie comportementale (*behavioural economics*).⁴ À cet égard, il est nécessaire de souligner d'emblée que ces apports sont de nature empirique. À la différence de l'économie néoclassique, les sciences comportementales n'offrent pas une nouvelle théorie générale du comportement humain, mais une riche collection d'études empiriques dont l'objet est la formation des jugements et la prise de décision⁵. Appliquer ces éclairages aux jugements et aux décisions pertinents pour le droit est l'objet même de l'analyse comportementale du droit. Les appliquer aux comportements de marché visés par le droit de la concurrence est l'objet de l'analyse concurrentielle comportementale.

De manière générale, l'enjeu de la démarche est de rendre l'analyse juridique plus réaliste et, partant, le droit plus efficace⁶. Il s'agit de réfléchir à la conception des règles et à leur application

¹ A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008.

² Le Conseil National des Universités, connu en France sous l'acronyme CNU, est un organisme chargé d'agrèer les candidats aux fonctions universitaires dans tout le territoire national. Un candidat doit d'abord obtenir la « qualification » du CNU avant de pouvoir postuler à un emploi d'enseignant-chercheur dans une université publique française.

³ CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 26 septembre 2006, *SA hôtel Le Bristol et a. c/ Ministre de l'Économie*, JCP(G), 2006, II-10204.

⁴ Pour une très brève introduction en français, v. A. Alemanno, G. Helleringer et A.-L. Sibony, « Brève introduction à l'analyse comportementale du droit », *D.*, 2016, pp. 911-914. Pour un argument plus développé, v. A.-L. Sibony, G. Helleringer et A. Alemanno, « L'analyse comportementale du droit manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », *RIDE*, 2016, pp. 315-338 (citant de nombreuses références). V. aussi A. Biard et M. Faure, « Ce que l'économie comportementale peut apporter aux juristes », *RTD eur.* 2015, p. 715 ; et *Psycho-Droit*, 1-2016, *La psychologie et le droit : Quels liens ?*, pp. 17-39.

⁵ A. Tor, « The Methodology of the Behavioral Analysis of Law », *Haifa Law Review*, 2008, pp. 237-327 (<https://ssrn.com/abstract=1266169>), ci-après « Tor, Methodology » ; A. Tor, « Understanding Behavioral Antitrust », *Texas Law Review*, 2014, vol. 92, pp. 573-667, ci-après « Tor, Understanding » (https://papers.ssrn.com/abstract_id=2293508). V. aussi A. Tor, « The Market, the Firm, and Behavioral Antitrust », in E. Zamir et D. Teichman (dir.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and The Law*, OUP, 2014.

⁶ Rappelons pour éviter toute confusion que « efficace » signifie qui atteint son but (quel que soit ce but). Nous ne faisons ici aucune référence à la notion d'efficacité, parfois appelée en français « efficacité économique ». Sur ce point, v. A.-L.

en tenant compte des comportements des personnes concernées (destinataires de la règle, tiers affectés, autorités en charge de leur application). Cela bien sûr n'est pas en soi une perspective nouvelle. La nouveauté réside dans les connaissances et les outils qui sont mobilisés pour mieux appréhender les comportements humains pertinents pour le droit. Dans l'analyse comportementale, on ne se contente plus du simple bon sens ni d'une analyse en termes de coûts et d'incitations sous l'hypothèse de rationalité. En cela, l'analyse comportementale se distingue à la fois de l'analyse doctrinale ordinaire et de l'analyse économique du droit⁷.

L'analyse comportementale du droit s'est développée aux États-Unis depuis une quinzaine d'années⁸. À cet égard, les travaux des psychologues D. Kahneman et A. Tzversky, qui débutèrent dans les années 1970, doivent être mentionnés. Ces travaux empiriques remettent en cause le bien-fondé de l'hypothèse de rationalité admise en économie. Ces travaux venaient au soutien des doutes qu'on pouvait intuitivement nourrir à l'endroit de l'hypothèse de rationalité (doutes qui n'avaient guère droit de cité à l'Université de Chicago à l'époque) et leur donnait une légitimité scientifique. C'est du reste ce qui valut à Kahneman et Tzversky le prix Nobel d'économie en 2002⁹. Dans le contexte académique États-Unis, où l'analyse économique du droit avait pris une importance considérable au sein des facultés de droit et dans la production doctrinale, ces travaux ne pouvaient qu'avoir un retentissement considérable. En effet, l'analyse économique du droit est fondée sur l'économie néoclassique et, partant, sur l'hypothèse de rationalité. Dès lors, s'il était démontré que l'hypothèse de rationalité ne pouvait plus raisonnablement être admise lorsqu'on parle de situations réelles, l'analyse économique du droit apparaissait comme un discours « hors sol », détaché du monde réel, celui-là même que le droit s'efforce de régir.

Curieusement, aux États-Unis, l'analyse comportementale s'est diffusée en droit de la concurrence plus tard que dans d'autres domaines, peut-être en raison d'un attachement plus grand au paradigme économique standard dans ce domaine que dans d'autres.¹⁰ Toujours est-il que c'est seulement à partir des années 2010 que l'analyse comportementale a suscité un véritable intérêt au delà du cercle restreint des pionniers dans ce domaine¹¹. Au cours des dernières années, le nombre de publications traitant de *behavioral antitrust* a connu une augmentation rapide et des

Sibony, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in M. Fatin-Rouge Stéfani, L. Gay et A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 61-84.

⁷ Tor, *Methodology*, p. 238. L'analyse comportementale du droit se distingue aussi de la psychologie du droit au sens où l'entendait J. Carbonnier (par analogie avec sa « sociologie du droit »). Sur ce point, v. Sibony et alii, *RIDE*, 2016, cité note 4.

⁸ Un article souvent cité comme pionnier est C. Jolls et C. Sunstein, « Debiasing through Law », *Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 35, pp. 199-241. V. *infra* pour des références plus anciennes.

⁹ Kahneman le souligne dans son discours de réception du prix Nobel, http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2002/kahnemann-lecture.pdf (texte), <http://www.nobelprize.org/mediaplayer/?id=531> (vidéo). Pour un exposé plus grand public, v. D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2011, trad. fr. : *Système 1 / Système 2 : Les deux vitesses de la pensée*, Flammarion, 2012.

¹⁰ Tor, *Understanding*, cité note 5, p. 575. Parmi de nombreuses références, on citera A. Reeves et M. Stucke, « Behavioral Antitrust », *Indiana L.J.*, 2011, vol. 86, 1527, <https://ssrn.com/abstract=1582720> ; M. Stucke, « Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the Twenty-First Century », *Loyola U. Chicago L.J.*, 2007, vol. 38, p. 513, <https://ssrn.com/abstract=981530>.

¹¹ A. Tor est le premier à avoir abordé le droit antitrust d'un point de vue comportemental dans A. Tor, « The Fable of Entry: Bounded Rationality, Market Discipline, and Legal Policy », *Michigan Law Review*, 2002, vol. 101, pp. 482-568 (<https://ssrn.com/abstract=934880>) et A. Tor, « Illustrating a Behaviorally Informed Approach to Antitrust Law: The Case of Predatory Pricing », *Antitrust*, Fall 2003, 52.

responsables de la FTC ont également manifesté publiquement leur intérêt pour cette approche¹². L'analyse comportementale, quoiqu'en disent ceux de ses détracteurs qui la caricaturent, n'a ni vocation à révolutionner le droit de la concurrence ni à remplacer le rôle important qu'y occupe l'économie, mais plutôt à compléter les analyses économiques pour arriver à une compréhension plus fine des comportements de marché et à une approche « plus réaliste » du droit de la concurrence¹³.

En Europe, où l'analyse économique du droit est moins prégnante, sa remise en cause a moins attiré l'attention, sans doute précisément parce qu'elle ne fragilisait pas un paradigme dominant. Pour autant, les apports de l'analyse économique du droit n'en sont pas moins pertinents pour les droits européens¹⁴. C'est en particulier le cas pour le droit européen de la concurrence. Il convient d'exposer les éléments d'analyse comportementale les plus utiles au droit de la concurrence (I) avant de présenter les enjeux de ce supplément de finesse (II).

I. ÉLÉMENTS CHOISIS D'ANALYSE COMPORTEMENTALE À L'USAGE DES SPÉCIALISTES DE DROIT DE LA CONCURRENCE

L'analyse empirique des comportements met à jour des déviations par rapport à la rationalité que postulent les économistes. Ces déviations ne sont ni erratiques ni systématiques. Elles peuvent varier en fonction des individus et du contexte, mais elles sont prévisibles¹⁵. Parmi les résultats empiriques trop nombreux pour qu'il soit possible de les synthétiser ici¹⁶, on se limitera à une sélection non exhaustive d'éléments pertinents pour le droit de la concurrence. Ceux-ci ont trait tant à la rationalité limitée des consommateurs qu'à la rationalité limitée des entrepreneurs. Notons à cet égard que les mêmes biais comportementaux affectent les humains lorsqu'ils consomment et lorsqu'ils travaillent dans une entreprise¹⁷. Il serait donc inexact de considérer que les éléments présentés ci-dessous affectent distributivement les consommateurs pour les uns et les entreprises pour les autres. En outre, la réalité est plus complexe: certains biais qui se manifestent dans les décisions individuelles peuvent être moins présents dans les décisions collectives prises au sein d'une organisation, tandis que d'autres peuvent au contraire être exacerbés¹⁸. Ce n'est donc qu'en première approche et parce que leur conséquences pour le droit de la concurrence doivent être analysées séparément que l'on s'attachera successivement à la rationalité limitée des consommateurs (A) et des entrepreneurs (B).

¹² Pour une recension, v. Tor, *Understanding*, cité note 5, à la note 7.

¹³ Par analogie avec l'approche « plus économique » adoptée depuis une vingtaine d'année par la DG Concurrence. Je m'appuie ici encore sur A. Tor, *Understanding*, cité note 5, et sur A. Heinemann, « Behavioural Antitrust A More Realistic Approach to Competition Law », in K. Mathis (dir.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Springer, 2015, pp. 211-243.

¹⁴ A. Alemanno et A.-L. Sibony, *Nudge and the Law: A European Perspective*, Hart Publishing, 2015.

¹⁵ C'est ce qui conduit Dan Ariely à intituler son ouvrage grand public *Predicably Irrational*, Harper Collins, 2008.

¹⁶ Pour une présentation très accessible, outre les ouvrages déjà cités de Kahneman (note 9) et d'Ariely (note 15), on peut citer le plus célèbre et le plus influent des ouvrages de vulgarisation de sciences comportementales, R. Thaler et C. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.

¹⁷ A. Tor, *Understanding*, cité note 5, p. 590 et s.

¹⁸ A. Tor, *Understanding*, cité note 5, p. 638-643.

A. LA RATIONALITÉ LIMITÉE DES CONSOMMATEURS

Comme les spécialistes de marketing le savent fort bien, les choix des consommateurs réels sont influencés par de nombreux facteurs dont la fiction du consommateur rationnel ne peut rendre compte. Ainsi, les consommateurs ont tendance à se laisser aveugler par les bénéfices immédiats et à ne pas tenir compte des coûts futurs. De l'acheteur de rasoir qui sous-estime ce qu'il dépensera en lames à celui qui se laisse séduire par un téléphone 'gratuit' sans prêter attention au supplément qui sera inclus dans son abonnement pour financer ce 'cadeau', les exemples de ce qu'on nomme la 'myopie du consommateur' sont innombrables¹⁹. Du point de vue du droit de la concurrence, ce phénomène peut avoir différentes conséquences, notamment pour l'appréciation des restrictions de concurrence sur les marchés 'secondaires' (marchés de consommables ou *aftermarkets*).

À cet égard, l'analyse économique traditionnelle fait valoir qu'il n'y a pas lieu de trop s'attacher à d'éventuelles restrictions de concurrence sur le marché des consommables (lames de rasoir, minutes de communications) dès lors qu'il existe une concurrence suffisante entre les 'systèmes' (rasoir + lames ; téléphone + communications). Cependant, si, comme le montrent les études empiriques, les consommateurs sur-valorisent les avantages immédiats au point de tenir très peu compte des coûts futurs²⁰, cette concurrence entre 'systèmes' ne suffit pas. Il y a là certainement un enseignement utile pour le droit de la consommation, mais aussi pour le droit de la concurrence. Il n'est dès lors peut-être pas si absurde que le pensent les économistes classiques de définir des marchés limités aux consommables ou aux pièces détachées d'une seule marque²¹ et d'y examiner si le comportement de l'entreprise qui détient par hypothèse un monopole sur ce marché est abusif.

Parmi d'autres infirmités structurelles, les consommateurs réels (à la différence des super-consommateurs rêvés par les économistes) souffrent aussi de ce qu'on appelle le 'biais d'inertie'. Cette expression désigne la tendance qui fait que peu d'entre nous résilient un abonnement à un magazine qu'ils ne lisent plus ou décochent une case pré-cochée sur un formulaire alors même que rien ne nous en empêche et que ce serait dans notre intérêt²². De nombreuses études

¹⁹ Pour une étude approfondie des conséquences de ce biais notamment (principalement dans une perspective de droit des contrats et de droit de la consommation), v. O. Bar-Gill, *Seduction by Contract: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets*, OUP, 2012. Pour une présentation plus générale des acquis de la psychologie sociale et de leur pertinence concernant le comportement des consommateurs, v. R.-V. Joule et J.-L. Beauvois, *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, Presses Universitaires de Grenoble, 3^e éd., 2014 ; O. Corneille, *Nos préférences sous influences*, éd. Mardaga, 2010.

²⁰ On parle d'actualisation hyperbolique (*hyperbolic discounting*) pour indiquer que, contrairement à ce que supposent les économistes néoclassiques dans leurs modèles, le taux d'actualisation n'est pas constant et ne dépend pas uniquement de la durée pendant laquelle un avantage est déferé (actualisation exponentielle). La plupart des gens préfèrent 100 € aujourd'hui à 110 € demain, mais très peu préfèrent 100 € dans 30 jours à 110 € dans 31 jours. Le taux d'actualisation est (beaucoup) plus élevé lorsque l'attente est proche dans le temps que lorsqu'elle est distante. S. Frederick, G. Loewenstein et T. O'Donoghue, « Time Discounting and Time Preference: A Critical Review », *Journal of Economic Literature*, 2002, vol. 40, n° 2, pp. 351-401.

²¹ V. par exemple *Hugin*, 22/78, EU:C:1979:138.

²² Le législateur européen a tiré les conséquences de ce biais d'inertie dans la législation consumériste, en interdisant la vente par inertie (*inertia selling*), qui consiste à pré-cocher une case indiquant l'acceptation par le consommateur d'un produit ou service supplémentaire par rapport à celui qui fait l'objet de la transaction principale (par exemple une

empiriques ont montré l'étonnante puissance de ce trait comportemental²³. L'une des conséquences pour le droit de la concurrence concerne l'appréciation des comportements de changement de fournisseur. Si l'on suit une approche comportementale, il n'est pas suffisant d'avoir égard aux coûts de changement (*switching costs*), car il peut exister des barrières comportementales au changement alors même que ces coûts sont faibles, voire même inexistantes.

La myopie et le biais d'inertie sont très loin d'épuiser les déviations comportementales par rapport au modèle du consommateur rationnel que le droit de la concurrence emprunte sans doute plus souvent qu'à son tour à l'économie. Ces deux exemples ne visent qu'à en donner un aperçu et suggérer leur incidence²⁴. L'impératif de brièveté nous oblige à nous tourner sans tarder vers les entreprises.

B. LA RATIONALITÉ LIMITÉE DES ENTREPRENEURS

Les entreprises sont dirigées par des humains, qui ne sont pas immunisés contre les limites de la rationalité²⁵. Certaines manifestations de la rationalité limitée importent tout particulièrement dans le contexte de décisions managériales. Tel est notamment le cas de l'excès de confiance (*over confidence*) et de l'aversion aux pertes (*loss aversion*).

L'excès d'optimisme ou excès de confiance est un phénomène bien connu des universitaires, qui croient généralement (en dépit de leur expérience) qu'un article prendra moins de temps à écrire que ce n'est le cas en réalité. Ce trait semble également répandu dans la population. Une expérience bien connue en psychologie avait par exemple montré qu'une large majorité de personnes testées (93 %) se considéraient comme faisant partie des 50 % de conducteurs les plus sûrs²⁶. Il y a par ailleurs des raisons de penser que les entrepreneurs et les cadres dirigeants font partie des personnes qui, au sein de la population ont le plus confiance en elles²⁷. Dès lors, il est raisonnable d'estimer que ce trait peut affecter les décisions des entreprises de certaines distorsions par rapport à ce qu'elles seraient si tous les dirigeants étaient parfaitement rationnels au sens où l'entendent les économistes. L'optimisme excessif des dirigeants sur les synergies qui pourront être exploitées entre les parties à une opération de fusion-acquisition peut ainsi expliquer le nombre élevé d'opérations de concentration qui ne sont pas rentables²⁸. De la même

assurance lors de l'achat d'un billet d'avion) : Art. 22 de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, JO L 304 du 22.11.2011, pp. 64-88.

²³ Les premières études empiriques sont : D. Kahneman et A. Tversky, « The psychology of preference », *Scientific American*, 1982, vol. 246, pp. 160-173 ; W. Samuelson et R.J. Zeckhauser, « Status quo bias in decision making », *Journal of Risk and Uncertainty*, 1988, vol. 1, pp. 7-59.

²⁴ Pour un tour d'horizon plus complet, on se reportera à A. Reeves et M. Stucke, cité note 10 et pour un exposé assez synthétique A. Heinemann, cité note 13.

²⁵ M. Armstrong et S. Huck, « Behavioral Economics as Applied to Firms : A Primer », *Competition Policy International*, 2010, vol. 6, n° 1, pp. 1-45.

²⁶ O. Svenson, « Are We All Less Risky and More Skilful Than our Fellow Drivers? », *Acta Psychologica*, 1981, vol. 47, pp. 143-148.

²⁷ Armstrong et Huck, *supra* note 25, pp. 26-27.

²⁸ R. Roll, « The Hubris Hypothesis of Corporate Takeovers », *J.Bus.*, 1986, vol. 59, pp. 197-216 ; C. Camerer et D. Lovo, « Overconfidence and Excess Entry: An Experimental Approach », *Amer. Econ. Rev.*, 1999, vol. 89, pp. 306-318 et pour les implications juridiques, A. Tor (2002), cité *supra* note 11. *Adde* : U. Malmendier et G. Tate, « CEO Overconfidence and

manière, un optimisme irraisonné peut conduire à des stratégies de prédation alors même que les conditions de rentabilité de telles stratégies ne sont pas réunies²⁹. Le biais d'optimisme peut encore expliquer la persistance des cartels en dépit des sanctions très fortes : les managers croient que (à la différence des autres), ils ne seront pas pris³⁰. Si cette hypothèse est juste, elle suggère que l'augmentation des amendes est peut-être moins dissuasive qu'on pourrait le penser sur la base d'un raisonnement économique et que des sanctions pénales pourraient être plus efficaces. En effet, pour un dirigeant, la perspective de se retrouver en prison est réellement effrayante et le phénomène d'aversion au risque – bien établi par les études comportementales – a toutes les chances d'orienter les comportements vers la prudence³¹.

Un autre biais mis en lumière de manière expérimentale par les psychologues est d'une importance particulière pour appréhender les comportements des entreprises dans le contexte de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Il s'agit de l'aversion aux pertes. Cette aversion est l'un des résultats majeurs issus des premiers travaux de Kahneman et Tversky, dans le cadre de ce qu'ils ont baptisé la théorie des perspectives (*prospect theory*)³². Nous avons à ce point horreur de perdre que la peur de perdre constitue une motivation beaucoup plus décisive de nos actions que le désir du gain. Ce phénomène se combine avec l'effet de cadrage (*framing effect*), qui décrit l'influence qu'exerce la manière dont un choix est présenté. L'illustration canonique de ce biais concerne un choix médical. Si l'on présente à un patient atteint d'une grave pathologie cardiaque l'opération chirurgicale recommandée en l'informant que, cinq ans après l'opération, 90 % des patients ayant bénéficié de ce traitement sont en vie ou bien si on lui dit que, cinq ans après l'opération, 10 % des patients sont morts, sa réaction sera très différente. Bien que le contenu informationnel soit identique, le cadrage positif (être vivant) ou négatif (être mort) influe grandement sur la probabilité que le patient consente à l'opération. Le cadrage positif ou négatif d'un choix affecte en outre de manière déterminante notre attitude par rapport au risque. Tversky et Kahneman ont mis en évidence de manière expérimentale que, selon que nous sommes dans une perspective de gain ou de perte (perspective créée par le cadrage), nous sommes plus ou moins averses au risque³³. Dans une perspective de gain, nous avons tendance à craindre les risques et préférer la certitude, tandis que, pour un choix identique présenté dans une perspective de perte, nous avons au contraire tendance à prendre des risques.

Ces enseignements s'appliquent dans le monde de l'entreprise à des comportements qui intéressent le droit de la concurrence. Si, par exemple, un manager optimiste considère différents scénarios d'entrée sur un nouveau marché en les comparant au scénario le plus favorable qu'il imagine, ces scénarios seront mentalement associés à des pertes (plutôt qu'à des gains de

Corporate Investment », *J. Fin.* 2005, 60, pp 2661-2700 ; U. Malmendier et G. Tate, Who Makes Acquisitions? CEO Overconfidence and the Market's Reaction », *J. Fin. Econ.*, 2008, vol. 89, pp. 20-43.

²⁹ V. *infra* II. B.

³⁰ Armstrong et Huck, *supra* note 25, p. 28.

³¹ A. Heineman, cité note 13, p. 22.

³² *Supra* note 9. Adde : D. Kahneman et A. Tversky, « Prospect theory: An analysis of decisions under risk », *Econometrica*, 1979, vol. 47 n° 2, pp. 263-291 ; D. Kahneman et A. Tversky, « Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty », *Journal of Risk and Uncertainty*, 1992, vol. 5, n° 4, pp. 297-323 (avançant que l'aversion aux pertes avait un effet environ deux fois plus puissant que l'appât du gain).

³³ Voir A. Tversky et D. Kahneman, « The Framing of Decisions and the Psychology of Choice », *Science*, 211, 1981, pp. 453-458.

montants moindres) et l'on peut s'attendre à ce que le décideur fasse des choix plus risqués que ceux d'un manager parfaitement rationnel.

On le voit, les différents phénomènes mis en lumière par la psychologie expérimentale susceptibles de s'appliquer d'une part aux consommateurs et d'autre part aux entreprises enrichissent et complexifient l'analyse concurrentielle. Si de nombreuses implications restent encore à explorer, les enjeux de ce supplément de finesse sont d'ores et déjà clairs.

II. LES ENJEUX D'UN SUPPLÉMENT DE FINESSE

Contrairement à ce qui a parfois été soutenu, l'enjeu de l'analyse comportementale pour le droit de la concurrence n'est pas de déloger l'analyse économique³⁴. Il serait stupide de prétendre que les prix, les coûts, les incitations n'ont pas d'incidence sur les comportements. Les outils conceptuels forgés par l'économie pour tenir compte de ces variables restent les meilleurs dont nous disposons pour cet usage. En revanche, ces variables n'expliquent pas tous les comportements qui sont pertinents pour l'analyse concurrentielle. Or ni les autorités de concurrence ni les juges ne devraient ignorer ce dont l'économie ne permet pas de rendre compte. C'est pour cela que le complément de l'analyse comportementale est précieux. Il s'agit de pouvoir mieux appréhender les comportements de marché, spécialement ceux qui resteraient invisibles à travers des lunettes d'économistes et seraient de ce fait considérés à tort comme impossibles ou improbables. Plus précisément, l'analyse comportementale conduit à affiner le cadre d'analyse (A) et à ouvrir plus grand le champ des analyses factuelles au cas par cas, au détriment des présomptions (B).

A. UN CADRE ANALYTIQUE AFFINÉ

L'analyse comportementale attire notre attention sur des faits qui sont pertinents pour anticiper des comportements de marchés et qui ne sont pas pris en considération par l'analyse économique. Par exemple, pour revenir au problème des lames de rasoir (*aftermarkets*), on considère dans une approche comportementale que l'effet d'un prix de vente élevé des consommables sur les consommateurs est liée à deux éléments (et non un seul) : d'une part la proportion respective de consommateurs myopes et de consommateurs sophistiqués parmi les acheteurs du produit principal (rasoir, imprimante, téléphone, etc.) et, d'autre part, à l'intensité de ce la concurrence sur le marché du produit principal³⁵. L'analyse économique met l'accent sur le second élément uniquement. L'analyse comportementale suggère d'ajouter une variable au raisonnement : en effet, si les consommateurs 'myopes' sont nombreux, les conclusions de l'analyse économiques seront mises en échec car la concurrence sur le marché principal ne les protège pas contre l'exploitation. En Europe, le droit intègre l'idée que la concurrence sur le marché principal peut ne pas suffire³⁶. L'état du droit est donc propice à un raffinement comportemental de l'analyse.

³⁴ Tor, Understanding, cité note 5, p. 578.

³⁵ Tor, Understanding, cité note 5, p. 599.

³⁶ V. par exemple, CJCE, 2 mars 1994, *Hilti/Commission*, C-53/92 P, EU:C:1994:77.

Cet exemple illustre que l'analyse comportementale peut justifier, dans certain cas, une divergence entre démarche de qualification juridique des faits et les préconisations des économistes. En ce sens, cette approche offre une légitimité scientifique nouvelle aux « déviations » du droit européen de la concurrence européen par rapport au droit américain sur les points où ce dernier a fait de l'analyse économique l'alpha et l'omega de sa démarche³⁷. Elle permet aussi d'affiner l'analyse en suggérant – comme l'avait fait l'analyse économique en son temps – des faits pertinents³⁸ ou un nouveau test de qualification³⁹. Outre sa contribution à l'interprétation du droit, l'analyse comportementale a aussi une incidence sur le plan probatoire.

B. UNE OUVERTURE ACCRUE À L'ANALYSE EMPIRIQUE AU DÉTRIMENT DES PRÉSOMPTIONS

L'approche comportementale est fondamentalement empirique. Certes, l'accumulation de travaux expérimentaux permet un certain degré de généralisation – sans quoi les sciences comportementales ne seraient absolument pas utilisables par le droit – mais cette généralisation demeure de nature inductive. Il est important de ne pas le perdre de vue, et ce pour deux raisons.

En premier lieu, c'est là une caractéristique qui distingue fondamentalement l'analyse comportementale de l'analyse économique. Là où les économistes *postulent* la rationalité, les psychologues étudient empiriquement les déviations par rapport à cet idéal-type. Il en résulte que, pour chacun des 'biais' étudiés (c'est le terme un peu malheureux utilisé pour dénoter les déviations observées par rapport à la rationalité parfaite des économistes), des expérimentations sont nécessaires pour cerner les circonstances dans lesquelles ce biais se manifeste (est-il général ? dépend-il de la réunion de certaines conditions ?), sa prévalence et son intensité. Il faut donc être particulièrement attentif aux inférences que l'on tire des études comportementales pour éviter toute généralisation abusive⁴⁰. L'analyse économique valorise la généralité de l'hypothèse de rationalité au détriment de son exactitude descriptive. L'analyse comportementale recherche au contraire l'exactitude descriptive, fut-ce au prix d'une casuistique complexe. Il serait contraire à l'esprit même de la démarche de supposer des formes d'irrationalité constantes et également partagées. Il y a lieu au contraire, d'être alerté sur l'existence des biais et, lorsque cela peut avoir un impact sur l'appréciation d'un comportement de marché, de vérifier au cas par cas s'il est probable que de tels biais sont effectivement présents. Tel est précisément la seconde raison, outre la distinction d'avec l'analyse économique, de ne pas se méprendre sur la nature des apports comportementaux.

³⁷ En ce sens, à propos du droit de l'abus de position dominante : N. Petit et N. Neyrinck, *Behavioral Economics and Abuse of Dominance – A Fresh Look at the Article 102 TFEU Case-Law*, manuscrit non publié, disponible sur ssrn https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1641431.

³⁸ Sur ce mécanisme d'intégration des apports de l'économie (ou d'un autre discours scientifique) en droit, v. A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique*, cité note 1, pp. 471 et s.

³⁹ Sur cette notion, A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique*, cité note 1, p. 502 et s.

⁴⁰ V. Sur ce point les développements de A. Tor, *Understanding*, cité note 5, pp. 608-618.

En second lieu en effet, le caractère empirique des sciences comportementales a une incidence probatoire. Faute de pouvoir livrer des généralités prêtes à l'emploi dans tous les cas, l'approche comportementale peut comme on l'a vu conduire à préconiser des analyses au cas par cas là où l'analyse économique prescrit une présomption. Ce point est bien illustré par l'exemple des règles qui régissent les prix prédateurs en droit américain. Comme en droit européen, l'hypothèse de rationalité est cristallisée dans le raisonnement du juge⁴¹. Mais la force normative attachée à cette hypothèse par la Cour suprême des États-Unis dans son arrêt *Brooke*⁴² est particulièrement forte. En effet, la Cour suprême a dit pour droit que, pour qualifier des prix de prédateurs, il était nécessaire de démontrer non seulement que les prix étaient inférieurs à un seuil de coût, mais aussi que l'entreprise supposément prédatrice avait *ex ante* une probabilité raisonnable de récupérer dans une seconde phase les pertes qu'elle consentait au cours d'une première phase. Ériger ainsi la possibilité de récupération en élément nécessaire de la qualification se justifie, selon la Cour, par la circonstance que, en l'absence d'une telle possibilité, une entreprise rationnelle ne s'engagerait pas dans une stratégie de prédation. La barre probatoire est placée si haut par la Cour suprême qu'elle équivaut en pratique à une présomption selon laquelle les stratégies de prédation sont peu plausibles. Du reste, on ne compte aucun cas de condamnation pour prix prédateurs aux États-Unis depuis cet arrêt.

L'éclairage des sciences comportementales suggère que cette règle est trop sévère pour les autorités de concurrence et trop douce pour les entreprises. Le juge américain a tort d'exclure la possibilité qu'une entreprise disposant d'un pouvoir de marché se lance dans une stratégie de prédation non rentable, et ce en raison de l'existence du biais d'optimisme. Bien sûr, on ne peut pas présumer que les entreprises en position dominante agissent systématiquement de manière irrationnelle et adoptent des stratégies dont on peut objectivement savoir à l'avance qu'elles seront non rentables. L'enseignement pratique de cette discussion est donc qu'il convient de considérer que l'adoption d'une stratégie de prédation par une entreprise est une question de fait pour laquelle la preuve devrait être libre. La présomption de rationalité ne doit pas être remplacée par une présomption d'irrationalité, mais elle doit rester une présomption simple et non être cristallisée dans un test de qualification qui empêche en pratique le juge de connaître des preuves éventuelles d'un comportement abusif non rentable. À cet égard, le droit européen, qui fait de l'intention l'élément central de la qualification (puisque le test de coûts peut être lu comme un test d'intention sous l'hypothèse de rationalité)⁴³ est plus ouvert que ne l'est le droit américain à la prise en considération d'une stratégie irrationnelle.

EN GUISE DE CONCLUSION

En Europe, le droit présente un degré d'ouverture assez fort à un tournant comportemental. L'approche « plus économique » qui a été promue par la Commission depuis les années 1990 n'est pas à ce point rigide qu'elle fermerait la porte à des analyses plus fines. C'est une chance, car il est temps de se séparer des œillères qu'une foi trop crédule dans la rationalité des consommateurs

⁴¹ Sur le droit américain, Tor, *Understanding*, cité note 5, p. 583 ; sur le droit européen, Sibony, note 1, p. 493.

⁴² *Brooke Group*, 509 U.S., pp. 225–226. V. sur ce point A. Tor, *Understanding*, cité note 5, p. 583 et *The fable of Entry*, cité note 11.

⁴³ A.-L. Sibony, « Les prix prédateurs entre la lettre de la jurisprudence et l'esprit du raisonnement économique », *Petites affiches*, 2007 n° 113, pp. 15-22.

et des entrepreneurs voudrait faire porter aux autorités de concurrence comme aux avocats des entreprises. Notons à cet égard que les arguments comportementaux, à la différence de la plupart des arguments économiques, n'incorporent pas de contenu normatif. Ils n'ont pas vocation à nourrir plus particulièrement les positions des entreprises, des consommateurs ou des autorités de concurrence⁴⁴.

L'apport des sciences comportementales à l'analyse concurrentielle consiste avant tout dans une ouverture à une appréhension plus fine et plus réaliste des comportements de marché : les sciences comportementales légitiment cette ouverture et offrent une grille conceptuelle pour s'y engager (la cartographie des phénomènes comportementaux qui n'a été brossée qu'à très grand traits dans cette contribution).

À cet égard, l'expérience méthodologique accumulée avec l'intégration de l'apport des sciences économiques pourra servir. En effet, comme le montre cette contribution, les apports des sciences comportementales empruntent les trois mêmes chemins vers le droit que les apports économiques, même si c'est pour mener à des résultats différents⁴⁵. L'analyse comportementale peut conduire, premièrement, à reconnaître la pertinence de nouveaux faits (par exemple la proportion de consommateurs myopes achetant sur un marché de consommables), deuxièmement, à modifier un test de qualification (par exemple là où une condition de possibilité de récupération des pertes est exigée pour la qualification de prix prédateurs) et, troisièmement, à renverser une présomption (par exemple par la preuve qu'un comportement 'irrationnel' est probable dans le cas d'espèce).

Sans doute, l'intégration de la perspective comportementale dans la pratique du contentieux concurrentiel représente un vaste défi. Les amateurs européens de défis trouveront toutefois des pistes déjà bien tracées dans la littérature américaine qui a été mentionnée, notamment sur les questions méthodologiques. Resteront les questions empiriques, sur lesquelles il est important que la recherche en psychologie, en marketing et en gestion nous éclaire davantage. Tout en appelant de mes vœux des collaborations de ce type, je dois avouer au dédicataire de ces lignes que je reste convaincue que toute la recherche en sciences comportementale n'éclairera probablement jamais tous les comportements humains. Parmi beaucoup d'autres, le comportement de la manageure qui révèle à la télévision un échange d'informations sensibles restera un mystère.

⁴⁴ Pour une discussion approfondie sur ce point, v. A. Tor, *Understanding*, cité note 5, p. 644 et s.

⁴⁵ Sur l'existence d'invariants dans les techniques par lesquelles le droit importe d'autres savoirs, v. A.-L. Sibony, « La porosité du droit: À propos des relations du droit avec d'autres disciplines », *Rev. Fac. Dr. Liège*, 2010, n° 2, pp. 271-278, <http://hdl.handle.net/2078.1/163056>.

Comité scientifique/Scientific Board

Prof. Jean-Yves Carlier
Prof. Pierre d'Argent
Prof. Marc Fallon
Prof. Stéphanie Francq
Prof. Paul Nihoul
Prof. Sylvie Saroléa

Comité de rédaction/Editorial Board

Prof. Stéphanie Francq
Damien Gerard
Annie Fourny
Caroline Manesse

Les Cahiers du CeDIE sont stockés sur [DIAL](#), la plateforme de dépôt institutionnel de l'Académie Louvain.
The CeDIE Working Papers are uploaded on [DIAL](#), the Louvain Academy repository and publications database.

CeDIE – Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen. Créé en 1963, le CeDIE honore depuis 1973 la mémoire du Professeur Charles De Visscher (1884-1973), une personnalité qui a marqué le droit international public dans la période d'après-guerre. Il fut, en particulier, président de l'Institut de droit international, juge à la Cour internationale de Justice et ministre du gouvernement belge. Le CeDIE poursuit des activités de recherche dans les disciplines juridiques affectant les problématiques internationales au sens large, en particulier le droit international public, le droit international privé, le droit européen (UE) et les droits de l'homme. Depuis ses débuts, le CeDIE défend une conception large du droit international et une approche comparative, de type interdisciplinaire.

CeDIE – Charles De Visscher Centre for International and European Law. Established in 1963, the CeDIE honours since 1973 the memory of Professor Charles De Visscher (1884-1973), a prominent figure in the field of public international law in the post-WWII period. Among others, he held positions as President of the Institut de droit international, Judge of the International Court of Justice and Minister in the Belgian government. The CeDIE carries research activities in the field of international law including public international law, private international law, European (EU) law and human rights law. Since its inception, the CeDIE aims to promote a broad understanding of and an interdisciplinary approach to international law.
