

L'avocat et la psychologie du risque

Juillet 2013

Résumé :

Les conflits juridiques s'inscrivent en principe dans une situation d'incertitude qui n'est pas sans effet sur les prises de décision. La littérature scientifique psychologique a en effet montré que les prises de décision dans un environnement incertain sont souvent influencées par des éléments non pertinents.

Par exemple, la formulation d'une question peut changer la manière dont on y répond, bien que la situation objective ne change en rien. Savoir s'il faut réaliser une opération dont le taux de succès est de 90%, par exemple, est équivalent à savoir s'il faut réaliser une opération dont le taux d'échec est de 10%. Pourtant, lorsque l'on présente la question sous la facette du taux de succès, le taux d'acceptation de l'opération est supérieur à celui obtenu lorsque la question est posée sous la facette du taux d'échec. En effet, l'esprit humain, lorsqu'il considère un taux de succès de 90%, associe au succès une impression positive, alors qu'en voyant un taux d'échec, il pense automatiquement aux effets négatifs de l'échec et ne prend pas le temps de chercher les effets positifs du succès éventuel.

Ce genre d'incohérences peut avoir une incidence dans la vie juridique. Les procès aux issues incertaines donnent régulièrement lieu à des tractations extrajudiciaires et des offres d'accords qu'il convient d'examiner attentivement. Ces procès sont similaires à l'opération précédente : ils ont un taux de succès auquel correspond un taux d'échec. Mais si l'une des deux parties cherche à parvenir à un accord et à faire accepter son offre, elle aura tout intérêt à rappeler explicitement, mais aussi et surtout, de manière masquée, à son adversaire l'échec potentiel qu'il pourrait subir et à passer sous silence son succès potentiel.

L'avocat, au centre de ces négociations, ne peut donc pas faire l'économie d'une connaissance de la littérature scientifique sur le sujet. En effet, celle-ci a montré que la formulation (taux d'échec ou taux de succès) n'est pas le seul élément susceptible de modifier les décisions : de nombreux autres *biais cognitifs* ont été recensés.

Psychologie, incertitude et métier d'avocat

Lier l'avocat et la psychologie du risque semble à première vue déplacé : le juriste est avant tout un logicien, qui connaît les normes juridiques, leurs implications et leurs applications. Il n'est pas une personne qui étudie les traits psychologiques.

Toutefois, l'activité concrète de l'avocat ne se résume pas à être un bon juriste. En effet, l'avocat est là pour aider les acteurs de la vie en société à faire valoir leurs droits, dans un cadre de conflits ou en prévention de ceux-ci. Or, le conflit juridique est nécessairement entouré d'une incertitude sur son issue, si bien que l'avocat doit savoir gérer l'incertitude et prendre des décisions dans cette incertitude.

Or, la psychologie cognitive a étudié le comportement humain et les mécanismes de prise de décision et a révélé que l'esprit humain, loin d'être capable d'analyser rationnellement les options incertaines et de choisir la meilleure, repose plutôt sur des *heuristiques*, des moyens de rendre une question difficile moins complexe. Si cette manière de faire est utile car elle permet de réduire le temps passé à réfléchir et donc augmenter celui à agir, elle présente néanmoins des limites qui créent des *biais cognitifs* systématiques.

La littérature scientifique a identifié une manière de simplifier les choix qui consiste à observer la situation telle qu'elle est, qui va servir de point de référence, et à regarder si une option présentée au cerveau améliore la situation ou si elle la péjore. Cette façon de prendre une décision accorde donc un poids considérable au point de référence. Si celui-ci venait à être modifié, la désirabilité d'une option pourrait changer.

Or, de nombreuses expériences réalisées par des psychologues ont montré que ce point de référence peut être manipulé relativement aisément. Dans une étude¹ menée par trois psychologues allemands, par exemple, des juges expérimentés ont accepté de participer à une expérience où ils lisent la description d'une femme ayant été surprise en train de voler à l'étalage. Ils lancent ensuite une paire de dés pipés de manière à ne pouvoir produire qu'une somme soit de 3, soit de 9. Enfin, ils déclarent s'ils condamneraient la voleuse à une peine inférieure ou supérieure, en mois, à la somme qu'ils ont obtenue. Bien que celle-ci ne soit en aucun cas pertinente pour déterminer la juste peine, les juges ayant obtenu un 9 au lancé ont affirmé en moyenne qu'ils prononceraient une peine de 8 mois, alors que ceux ayant obtenu un 3 ne prévoyaient qu'une peine de 5 mois. Ainsi, même bien entraîné, un esprit peut laisser des éléments totalement étrangers exercer une influence sur son jugement.

Le point de référence est d'autant plus important en cas de décision dans l'incertitude, car l'esprit humain réagit différemment selon qu'il fait face à une perte ou à un gain. Considérez ces deux questions :

Préférez-vous gagner CHF 900.- avec certitude ou gagner CHF 1'000.- avec une probabilité de 90% ?

¹ Birte ENGLISH, Thomas MUSSWEILER et Fritz STRACK, 2006, « Playing Dice with Criminal Sentences : The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making », *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 32, pp. 188-200

Préférez-vous perdre CHF 900.- avec certitude ou perdre CHF 1'000.- avec une probabilité de 90% ?

Le lauréat Nobel Daniel KAHNEMAN rapporte qu'à la première question, une vaste majorité répond préférer gagner CHF 900.- avec certitude, alors que seule une minorité exprime une préférence pour la perte certaine de CHF 900.-². Autrement dit, lorsque qu'il fait face à un choix entre un gain certain et un gain supérieur incertain, l'esprit humain a tendance à préférer la certitude. À l'inverse, lorsqu'il doit choisir entre une perte certaine et une perte plus élevée, mais incertaine, il choisit l'incertitude et la chance éventuelle de ne rien perdre.

Cette tendance peut avoir une incidence dans les litiges juridiques. Les juristes américains Russell KOROBKIN et Chris GUTHRIE l'illustrent dans une étude³ où ils demandent aux participants de répondre à la question suivante :

Votre nouvelle voiture Toyota achetée à \$14'000.- a été récemment emboutie par un autre automobiliste. Vous avez subi des blessures qui ont nécessité un traitement médical, mais qui n'ont rien laissé de permanent. Vos factures médicales, d'un montant de \$14'000.- ont d'ores et déjà été prises en charge par votre assurance accident, mais vous n'avez pas d'assurance automobile qui remplace votre voiture.

L'autre automobiliste, responsable, n'a pas d'argent et est au chômage. Il a toutefois une assurance automobile. Celle-ci refuse de vous payer les \$28'000.- de dommage total que vous avez subi, parce qu'elle prétend que son client n'est couvert qu'à hauteur de \$10'000.-. Elle vous a toutefois fait une offre d'accord extrajudiciaire prenant la forme d'un paiement de \$21'000.-.

Selon votre avocat, les chances de succès au tribunal sont égales pour vous et pour l'assurance. Acceptez-vous l'offre ?

Dans cette situation, le gain potentiel est de \$28'000.-, si le tribunal se prononce en la faveur du lésé. S'il se prononce en faveur de l'assurance, le lésé n'obtiendra que les \$10'000.-. Avec des chances égales de perdre ou de gagner le procès, la valeur espérée de l'option « refuser l'accord extrajudiciaire » est donc de \$19'000.- ($50\% \times 28'000 + 50\% \times 10'000$). La valeur de l'option « accepter l'offre » (\$21'000) est donc supérieure. Conformément à cela, une majorité des sondés ont affirmé qu'ils accepteraient l'offre de l'assurance.

Un autre groupe de personne s'est ensuite vue posée une question similaire, à un détail près. Cette fois, la voiture n'était pas une Toyota mais une BMW d'une valeur de \$24'000.-. Les dommages médicaux n'étaient eux que de \$4'000.-. La valeur totale du dommage restait donc de \$28'000.-, mais sa répartition changeait. La valeur

² Daniel KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, Penguin Books, 2012, pp. 279-280

³ Russel KOROBKIN et Chris GUTHRIE, 1997 « Psychology, Economics, and Settlement : A New Look at the Role of the Lawyer », *Texas Law Review*, vol. 76, pp. 77-141

espérée de l'option « refuser l'accord » reste à \$19'000.-, et la valeur de l'option « accepter l'accord » reste à \$21'000.-. Toutefois, la perception du choix est modifiée car le point de référence est modifié.

Les dépenses médicales ont déjà été remboursées. Pour le premier groupe, accepter l'offre et recevoir \$21'000.- pour remplacer une voiture coutant \$14'000.- procure donc un gain de \$7'000.-. L'option « refuser l'offre » amène aussi à un gain espéré ($19'000 - 14'000 = \$5'000.-$), mais inférieur. Dans ce genre de situation, l'esprit humain est généralement averse au risque, et choisira donc plutôt l'option de la certitude (dans ce cas, accepter l'accord).

Pour le second groupe, les dépenses médicales déjà remboursées ne représentent que \$4'000.-. Accepter l'offre et recevoir \$21'000.- pour remplacer une voiture en coutant \$24'000.- représente donc une perte psychologique de \$3'000.-. L'option « refuser l'offre », bien qu'ayant une espérance de gain négative et inférieure à l'offre de l'assurance, laisse quand même espérer une possibilité de gain. Dans ce genre de situation, l'esprit humain a tendance à préférer le risque, bien que celui-ci s'accompagne d'une espérance de gain inférieure. Conformément à cela, la proportion de personnes prêtes à accepter l'offre de l'assurance dans le deuxième groupe était significativement inférieure à celle dans le premier groupe.

Pourtant, la situation financière objective des deux groupes était identique : accepter d'améliorer sa situation actuelle de \$21'000.- avec certitude ou améliorer sa situation actuelle de \$28'000.- ou \$10'000.- avec 50% de chances.

Il est évident dans cet exemple que l'avocat de l'assurance, qui souhaite faire accepter l'offre, aura tout intérêt à rappeler au plaignant la valeur de son ancienne voiture dans le cas Toyota (modifier le point de référence pour transformer l'accord extrajudiciaire en gain éventuel, et provoquer ainsi une aversion au risque) et à la passer sous silence dans le cas BMW. L'avocat du plaignant, lui, devra se garder tomber dans le piège et rester attentif aux biais psychologiques que son client pourrait subir.

Plusieurs autres biais cognitifs ont été identifiés par la littérature. Par exemple, présenter deux options au lieu d'une seule, dont l'une est inférieure à l'autre, aura pour effet d'améliorer la perception de la meilleure des deux. Si une partie est prête à proposer CHF 30'000.- à l'autre pour clore une affaire, elle aura intérêt à proposer deux options simultanément, l'une un paiement immédiat de CHF 30'000.-, l'autre un paiement sous forme d'une marchandise d'une valeur de CHF 30'000.-. La seconde proposition ne sera jamais acceptée, mais elle contribuera à rendre la première plus attractive qu'elle ne le serait sinon⁴.

Un autre exemple peut être trouvé dans la manière d'exprimer les probabilités et les fréquences. Admettons qu'une expertise scientifique indique que la probabilité qu'une personne soit contaminée par une impureté rejetée dans l'eau par une entreprise est de 0.01%. Il existe plusieurs moyens d'exprimer cette probabilité. Un avocat défendant l'entreprise aura intérêt à exprimer la probabilité sous la forme

⁴ Russel KOROBKIN et Chris GUTHRIE, 2004 « Heuristics and Biases at the Bargaining Table », *Marquette Law Review*, vol. 87, pp. 795-808

psychologique la plus faible : au lieu d'écrire ou de dire « 0.01% de chance », il préférera par exemple « une probabilité de 0.0001 ». À l'inverse, un avocat défendant un plaignant affirmant avoir été contaminé par l'entreprise aura intérêt à exprimer la probabilité de la manière suivante : « 10 contaminés par 100'000 habitants ». De cette façon, il aiguillera l'attention sur les 10 personnes contaminées. En effet, avec ce genre de formulation, le cerveau a tendance à ne pas prendre en compte la large base (100'000 personnes) servant à produire les quelques victimes (10 personnes), mais à se concentrer sur celles-ci.

Tous ces éléments doivent impérativement être connus de l'avocat qui agit au centre des négociations.

Sa stratégie initiale doit les prendre en compte car il doit dès le début faire minimiser les attentes de la partie adverse, sa rédaction et sa formulation doivent être travaillées de manière à profiter des biais cognitifs que l'adversaire pourrait rencontrer. Inversement, il doit veiller à ne pas subir lui-même ces biais, et surtout faire en sorte d'en protéger ses clients.