À paraître dans . Diane Bernard, Antoine Masson, Jérémie Van Meerbeeck (eds.) 50 ans du Séminiaire Interdisciplinaire d'Études Juridiques : Retour historique et perspectives en théorie du droit, Presses Universitaires de Saint-Louis, 2026

Les sciences comportementales et le droit : rencontres multiples

Anne-Lise Sibony[*]

Professeure de droit européen, UCLouvain

Étudier ce dont le droit se nourrit et comment il intègre les apports issus d'autres savoirs est une posture interdisciplinaire particulière. Elle suppose de se situer à l'intérieur du champ juridique et d'observer comment les juristes butinent dans d'autres disciplines puis font leur miel avec ce qu'ils ont rapporté. Cela consiste aussi à butiner soi-même et à ramener de ces excursions dans les territoires d'autres disciplines des questions, des données empiriques, des concepts ou des distinctions, puis à relier du mieux qu'on peut ces éléments avec des questions que se posent les juristes[1].

La présente contribution témoigne de cet artisanat interdisciplinaire à propos de la rencontre entre le droit et les sciences comportementales, ou plutôt des rencontres. Avant d'y venir, il est indispensable de clarifier l'objet de cette contribution. Il n'y sera pas question de « behaviourisme[2] ». Ce terme, parfois utilisé en français, désigne une démarche scientiste initiée aux États-Unis au début du XX[e] siècle par Watson et Skinner. Il s'agissait pour eux de faire de la psychologie une « vraie science » à l'instar d'autres sciences empiriques. Il fallait s'en tenir à des expériences sur les comportements que suscitent différents stimuli. Les explications « mentalistes » sur ce qui se passe dans la tête des gens (ou des animaux) étaient rejetées au profit d'une attention exclusive aux stimuli et réponses.

Les sciences comportementales, dont il est question dans ce chapitre, sont issues des travaux des psychologues Kahneman et Tversky, qui ont eu une postérité à la fois en psychologie, en économie, en philosophie politique et en droit (même si c'est encore assez peu connu en Europe, les travaux américains à la croisée du droit et des sciences comportementales ont une quinzaine d'années d'existence). Les travaux de Kahneman et Tversky s'inscrivent dans une démarche empirique, ce qui est un point commun avec le courant behaviouriste. En revanche, ils ne rejettent pas des explications que les behaviouristes auraient qualifiées de « mentalistes ». Au contraire, il y a une recherche d'explication psychologique des phénomènes observés[3]. Pour

[*] Une IA (Claude) a été utilisée pour générer une première version des résumés des résultats de sciences comportementales mentionnés dans cet article ainsi que pour retrouver certaines sources à partir de souvenirs de lecture. Chemin faisant, Claude m'a aussi fait découvrir des articles que je n'avais pas lus. DeepL a été utilisé pour certaines traductions.

[1] Pour une description condensée et grand public de cette approche, voy. SIBONY (A.L.), « La porosité du droit : à propos des relations du droit avec d'autres disciplines », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2 (2010), p. 271-278.

[2] Le béhaviourisme est défini comme une théorie selon laquelle l'étude scientifique des phénomènes psychologiques et du fonctionnement humain ne peut être fondée que sur les données observables du comportement extérieur. Grand dictionnaire terminologique, *Office québécois de la langue française*, https://vitrinelinguistique.oqlf.gouv.qc.ca/fiche-gdt/fiche/8870930/behaviorisme.

[3] Voy. le récit que Kahneman propose lui-même des recherches menées avec Tversky dans son allocution de réception du prix Nobel : « we explored *the psychology* of intuitive beliefs and choices […] we studied intuitions – thoughts and preferences *that come to mind* quickly and without much reflection » (nous soulignons).

prendre un exemple célèbre issu de leurs premiers travaux, Kahneman et Tversky se sont intéressés aux erreurs que nous commettons intuitivement, alors même que nous sommes capables de les détecter si nous nous mettons à raisonner. Leur premier article portait sur la croyance dans la « loi des petits nombres ». Il examinait les erreurs systématiques dans les jugements statistiques occasionnels de chercheurs pourtant bien formés aux statistiques[4]. Kahneman se souvient en ces termes de son étonnement :

> « Il est remarquable que les jugements intuitifs de ces experts ne soient pas conformes aux principes statistiques qu'ils connaissent parfaitement. En particulier, leurs déductions statistiques intuitives et leurs estimations de la puissance statistique montraient un manque frappant de sensibilité aux effets de la taille de l'échantillon. Nous avons été impressionnés par la persistance des divergences entre l'intuition statistique et les connaissances statistiques, que nous avons observées à la fois chez nous et chez nos collègues[5]. »

C'est ce décalage entre l'intuition et le raisonnement qui intéresse Tversky et Kahneman. Ce dernier l'a thématisé et popularisé avec la distinction entre le « système 1 » et le « système 2 ». Le premier système est mobilisé par défaut lorsque nous faisons des choix en pilotage automatique, sans y réfléchir ni calculer, tandis que le second, à l'inverse, entre en jeu quand nous pesons explicitement le pour et le contre, mesurons les risques, sortons notre calculatrice[6]. Le système 1, rapide, nous sauve la vie dans maintes situations ; il nous conduit aussi à faire des erreurs dans d'autres. Ce sont ces erreurs et autres bizarreries de nos jugements qui forment l'objet des sciences comportementales. Ceci est commun au programme lancé par Tversky et Kahneman et centré sur l'étude des « biais » (nous reviendrons sur ce terme) et « heuristiques » (les raccourcis mentaux qui nous permettent de juger rapidement) et au programme rival de Gigerenzer sur les heuristiques « rapides et frugales »[7]. Dans la suite de ce texte, nous employons l'expression « sciences comportementales » pour désigner les travaux issus de ces programmes de recherche et ceux qui les utilisent ou les critiquent.

Les sciences comportementales ayant pour objet la formation des jugements et la prise de décision, ce n'est nullement par accident si elles ont rencontré (frontalement) l'économie, traditionnellement définie comme la science des choix rationnels dans un univers de rareté[8]. Il y avait un objet commun – les choix – mais des prémisses différentes sur la rationalité et des méthodes différentes pour l'étudier. Tandis que les économistes postulaient une rationalité

KAHNEMAN (D.), « Maps of bounded rationality : a perspective on intuitive judgment and choice », *Nobel Prize Lecture*, 8 décembre 2002, en ligne, www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2002/kahneman/lecture/, consulté le 14 juin 2025. Pour des exemples, voy. KAHNEMAN (D.), KNETSCH (J.L.), THALER (R.), « Anomalies : the endowment effect, loss aversion, and status quo bias », *Journal of economic perspectives* (1991), où les auteurs cherchent une explication psychologiques du biais de *statu quo* en le reliant à l'aversion aux pertes. STRACK (F.), MUSSWEILER (T.), « Explaining the enigmatic anchoring effect : mechanisms of selective accessibility », *Journal of personality and social psychology*, où les auteurs explorent les mécanismes psychologiques sous-jacents à l'effet d'ancrage.

[4] TVERSKY (A.), KAHNEMAN (D.), « Belief in the law of small numbers », *Psychological bulletin*, 76, n° 2 (1971), p. 105-110, https://doi.org/10.1037/h0031322.

[5] Allocution de réception du prix Nobel citée *supra*, n. 3, texte traduit avec DeepL.

[6] KAHNEMAN (D.), *Thinking, fast and slow*, New York, Farrar, Straus & Giroux, 2011, trad. CLARINARD (R.), *Système 1/système 2 : les deux vitesses de la pensée*, Paris, Flammarion, 2012.

[7] Gerd Gigerenzer est en accord sur le fait que nous utilisons des raccourcis mentaux qui peuvent conduire à des erreurs de jugement mais fait valoir que l'approche de Kahneman et Tversky tend à exagérer les erreurs et que, en réalité, les humains sont de meilleurs décideurs que ce que leurs expériences en laboratoire suggèrent. Il propose un paradigme alternatif centré sur l'intelligence adaptative qui sous-tend nos décisions. GIGERENZER (G.), *Simple heuristics that make us smart*, New York, OUP, 1999. Sur le débat entre ces deux paradigmes dans une perspective juridique, KELMAN (M.), *The heuristics debate*, Oxford, OUP, 2011.

[8] ROBBINS (L.), *An essay on the nature and significance of economic science*, Londres, Macmillan, 1932. Il y a bien sûr d'autres définitions. Sur cette question, voy. notamment BACKHOUSE (R.E.), « Defining economics : the long road to acceptance of the Robbins definition », *Economica*, 76, n° 302 (2009), p. 805-820.

« pure et parfaite » afin de pouvoir mettre les choix en équation qui « se comportent bien[9] », les psychologues Kahneman et Tversky concevaient des expériences pour démontrer que les hypothèses sur lesquelles les économistes appuyaient la théorie néoclassique n'étaient pas vérifiées empiriquement.

Les sciences comportementales ont connu un développement très important au cours des dernières décennies et l'économie elle-même a commencé à absorber la critique avec le développement d'une branche appelée « économie comportementale »[10]. En dehors du champ de l'économie et plus près du droit, *Nudge*, un ouvrage écrit par Richard Thaler, un économiste, et Cass Sunstein, un juriste, s'est vendu à plusieurs millions d'exemplaires[11]. Il a popularisé certains résultats issus des sciences comportementales et montré leur pertinence pour la conception des politiques publiques. Ce livre à succès a donné une impulsion décisive à deux développements.

Sur le plan académique, le terme *nudge* a fait florès et on a assisté au développement d'une littérature prolifique sur le *nugding* (sa définition, sa légitimité, son efficacité, les concepts voisins)[12] qui n'est qu'en partie pertinente dans un contexte européen. Le mot *nudge* se traduit mal en français (« coup de pouce » n'est pas du tout parlant) et on préférera se référer au concept central du livre, celui d'« architecture de choix » (*choice architecture)*[13]. Cette contribution se référera ponctuellement à l'abondante littérature sur le *nudging* mais n'a pas pour but d'en rendre compte. Le droit n'y est pas très présent et cet exercice a du reste déjà été fait ailleurs[14].

Sur le plan politique, le livre *Nudge* a mis les sciences comportementales à l'agenda des gouvernements et donné lieu à la création de « *nudge units* » dans de nombreux pays[15]. Ces entités – gouvernementales ou non – sont chargées de faire l'interface entre la conduite de l'action publique et les sciences comportementales, notamment en conduisant des expériences visant à tester différentes interventions publiques pour choisir les options les plus effectives. La rencontre entre le droit et l'analyse des comportements se situe en effet sur le plan de la recherche d'effectivité de l'action publique. Il s'agit de mobiliser des connaissances issues des

---

[9] C'est-à-dire des équations linéaires dont on peut calculer les dérivées et les intégrales. Cela permet notamment que les courbes qui représentent la demande et l'offre se croisent et qu'il existe un point d'équilibre calculable dans la représentation stylisée du fonctionnement des marchés.

[10] Ce développement est associé au nom de Richard Thaler, lui-même lauréat du prix Nobel d'économie en 2016. L'intégration n'est toutefois pas terminée, comme en témoigne la contribution de David Halpern (psychologue, fondateur et directeur émérite de la Behavioural Insights Team britannique) HALPERN (D.), « Fixing the holes in economics : better theories for better growth », *BIT Working paper* (mai 2025), en ligne, www.bi.team/publications/fixing-the-holes-in-economics-better-theories-for-better-growth/, consulté le 14 juin 2025.

[11] THALER (R.), SUNSTEIN (C.), *Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press, 2008 puis Penguin, 2009 et 2021 (« final edition »), trad. PAVILLET (M.F.), *Nudge : la méthode douce pour inspirer la bonne décision*, Paris, Pocket, 2012 et Vuibert, 2022 pour « l'édition ultime ».

[12] La revue *Behavioural public policy* joue un rôle dans l'animation de cette communauté scientifique (sans, loin de là, avoir l'exclusive).

[13] Les auteurs illustrent ce concept dès l'introduction du livre en prenant l'exemple d'une cantine. L'architecte du choix est la personne qui décide de placer les fruits à la hauteur des yeux des enfants et les gâteaux au chocolat un peu plus haut. Ce faisant, sans rien interdire, elle oriente leurs choix alimentaires dans le sens d'une meilleure diététique.

[14] ALEMANNO (A.), SIBONY (A.L.), « The emergence of law and behavioural science: a European perspective », in ALEMANNO (A.), SIBONY (A.L.) (dir.), *Nudge and the law : a European perspective*, London, Bloomsbury, 2015.

[15] La première *nudge unit* fut créée au Royaume-Uni en 2010. Pour un récit de cette aventure et des premières années, voy. HALPERN (D.), *Inside the nudge unit*, London, Penguin, 2015. Elle a depuis contribué à l'établissement de nombreuses entités similaires dans d'autres pays et villes. Pour un bilan d'étape de la diffusion de cette perspective à travers le monde, voy. OCDE, *Behavioural insights and public policy : lessons from around the world*, 2017. Au sein de l'Union européenne, c'est le Competence Centre on Behavioural Insights (CCBI), créé au sein du Joint Research Center de la Commission européenne, qui joue ce rôle.

sciences comportementales pour imaginer des dispositifs juridiques qui ont les meilleures chances d'atteindre leur but, compte tenu de ce qu'on sait des comportements des humains dans différentes situations.

L'intérêt que peuvent trouver les juristes à dialoguer avec les sciences comportementales s'est présenté de manière différente sur les deux rives de l'Atlantique. On peut ainsi distinguer des rencontres américaines (I) et des rencontres européennes (II). Cette division est un peu schématique. Elle semble géographique mais est aussi temporelle et culturelle. Elle permet en tout cas de mettre en perspective ce qui, dans l'univers francophone, est encore une approche relativement nouvelle. Si cette présentation suscite l'intérêt des amis du Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, elle remplira son office.

I. Rencontres américaines : le dialogue des sciences comportementales avec l'analyse économique du droit

Dans le contexte nord-américain, où s'est produite la première rencontre entre le droit et les sciences comportementales, la prégnance de l'analyse économique dans les facultés de droit était un élément clé du contexte intellectuel et théorique. Si les disciplines étaient des personnages, on pourrait dire que les sciences comportementales ont rencontré le droit lorsqu'il était en couple avec l'économie. Or, les sciences comportementales avaient déjà eu l'occasion de faire connaissance avec l'économie et l'avaient trouvé plutôt obtuse. Elles ont donc essayé de déciller le droit. Pour comprendre les rencontres américaines à trois, il faut donc revenir sur les rétroactes et évoquer tout d'abord la rencontre entre l'économie et la psychologie, où l'économie joue le rôle d'irritant (A). Cet arrière-plan permet de comprendre la réponse développée en psychologie à la capacité phénoménale des économistes à ne pas vouloir voir certaines réalités, à savoir le programme *judgment and decision making*, qui donnera sa colonne vertébrale à ce que l'on appelle aujourd'hui les sciences comportementales[16] (B). Ces préalables permettront d'en venir à l'essai de synthèse que constitue l'analyse comportementale du droit (C).

A. L'impulsion : l'économie néoclassique comme irritant de la psychologie

La curiosité de Kahneman et Tversky pour les erreurs du quotidien n'est pas au départ tournée vers l'économie[17]. Initialement, Kahneman cherchait plus généralement à comprendre les décisions humaines dans ce qu'elles ont de bizarre ou pas très bien adapté à la situation. À l'époque, juste après la Seconde Guerre mondiale, il n'était pas possible d'étudier la psychologie à l'université. Il a donc été non seulement un pionnier mais aussi un autodidacte, inventant une méthode pour tester ses hypothèses sur la mécanique des bizarreries humaines.

Arrivé à Jérusalem, il a rencontré Amos Tversky et commencé à travailler avec lui. Ils travaillaient largement sous forme de conversations qui pouvaient durer toute une journée[18]. L'économie a joué un rôle important dans l'orientation de leurs travaux, un rôle d'irritant. C'est en partie une question de tempérament, mais les chercheurs peuvent être inspirés par ce qui les irrite. Lorsqu'ils pensent « ce que ces gens ne semblent pas comprendre c'est que… », ils peuvent avoir envie de les forcer à comprendre. C'est en substance ce qui s'est passé pour Daniel Kahneman et Amos Tversky. « Ces gens » étaient les économistes et ce qu'ils semblaient

[16] On admet généralement que l'appellation sciences comportementale est plus large et englobe aussi les travaux en économie comportementale. Certains auteurs donnent des définitions encore plus larges. Voy. p. ex. RUGGIERI (K.) (ed.), *Psychology and Behavioral Economics Applications for Public Policy*, Routledge, 2021, 2e edition, chap. 2.

[17] Voy. la biographie intellectuelle de ces deux auteurs amis : LEWIS (M.), *The undoing project*, New York, Norton, 2016.

[18] LEWIS (M.), cité *supra* n. 17.

ne pas comprendre – ou ne pas vouloir inclure dans leur système – était que les humains sont rationnels en un sens très différent de celui qui est postulé dans les hypothèses de rationalité pure et parfaite.

Il n'avait échappé ni à Kahneman ni à Tversky que les économistes étaient eux aussi des humains, et que, à ce titre, ils avaient sans doute l'expérience que ce n'est pas parce qu'on préfère les pommes aux poires et les poires aux pêches que l'on préfère toujours les pommes aux pêches (nos préférences ne sont pas rigoureusement transitives). De même, les économistes savent bien que nous ne sommes pas capables de traiter toute l'information disponible et que, pour toutes sortes de raisons, le modèle de rationalité pure et parfaite est inexact. Mais les deux psychologues remarquaient aussi que, tout en sachant cela, les économistes continuaient de raisonner comme si le modèle était seulement un peu faux à la marge et, en somme, suffisamment vrai pour nous apprendre quelque chose sur la réalité. Il gardait une valeur heuristique. Conscients de l'importance du discours des économistes sur les politiques publiques, Kahneman et Tversky ont entrepris de montrer que les hypothèses de rationalité sur lesquels reposaient les influents modèles n'étaient pas un peu éloignées de la réalité des humains mais *très* éloignées. Le prix Nobel d'économie décerné à Daniel Kahneman en 2002 pour son œuvre commune avec Tversky atteste de l'importance de leur travail de remise en cause des fondements de la discipline[19]. Accessoirement, ce prix atteste aussi du fait que la confrérie des économistes peut se montrer *fair play*.

B. La réponse de la psychologie à l'économie : le programme de recherche « *judgment and decision making* »

Les travaux fondateurs de Kahneman et Tversky ont donné lieu à un courant d'études en psychologie connu en anglais sous le nom *judgment and decision making* (JDM). Il s'agit d'étudier empiriquement l'influence du contexte sur nos jugements et sur nos décisions, généralement en réalisant des expériences à partir de vignettes factuelles. Le terme « vignette » est commun à la psychologie et à la médecine. Il correspond aux *casus* ou « cas pratiques » que l'on propose aux étudiants en droit. Il s'agit en somme d'une courte description de faits contextualisés.

À titre d'illustration, on peut évoquer quelques expériences parmi les plus célèbres dans les travaux fondateurs. Même si la liste est beaucoup plus longue[20], on évoquera trois phénomènes comportementaux choisis pour leur résonnance avec des situations régies par le droit[21] : l'effet de *statu quo*, l'effet d'ancrage et l'effet de cadrage[22]. Avant cela, précisons que nous parlons d'« effet » là où l'expression « biais » est plus courante dans la littérature, par exemple « biais de *statu quo* »[23]. Cette préférence terminologique est liée au fait que le mot « biais », au sens de déviation statistiquement observable, est un marqueur de la conversation initiale entre psychologues et économistes. Les psychologues s'attellent précisément à démontrer expérimentalement que les comportements s'écartent, d'une manière qui n'est pas aléatoire mais prévisible, de ceux que l'on aurait prédits en faisant l'hypothèse de la rationalité pure et parfaite. Le mot biais a tout son sens dans cette conversation. En revanche, si l'on s'intéresse, comme dans cette contribution, à la rencontre entre le droit et les sciences comportementales, y compris dans un contexte européen où la référence à l'économie est loin d'être aussi prégnante

[19] Amos Tversky était mort prématurément en 1996, ce qui explique que Kahneman ait été seul lauréat.
[20] L'entrée Wikipedia « List of cognitive biases » en compte un nombre impressionnant, qui tend à augmenter car pour les chercheurs en sciences comportementales, mettre à jour un nouveau « biais » est valorisé.
[21] Voy. *infra*, partie II, A.
[22] Pour un panorama beaucoup plus complet, voy. ZAMIR (E.), TEICHMAN (D.), *Behavioral law and economics*, Oxford, OUP, 2018, chap. 2.
[23] SAMUELSON (W.), ZECKHAUSER (R.), « Status quo bias in decision making », *Journal of risk and uncertainty*, 1 (1988), p. 7-59.

qu'aux États-Unis, il ne reste du mot « biais » que la connotation négative, qui est dépourvue de pertinence s'agissant d'une description des comportements humains (ce n'est pas une mauvaise chose d'utiliser des raccourcis mentaux, c'est une caractéristique des humains). Le terme « effet » est plus neutre et c'est pour cela que nous le préférons.

1. L'effet de *statu quo*

L'effet de *statu quo* désigne l'influence d'une option présentée comme le point de départ sur les choix parmi plusieurs options. Un exemple très discuté dans la littérature porte sur le choix de cotiser à une retraite complémentaire. Si l'option par défaut est un prélèvement de 3 % du salaire, une majorité de salariés s'en tient à cette option (on parle aussi de tendance à l'inertie), y compris lorsque, selon le cas, une cotisation de 5 % ou 10 % de leur salaire serait plus avantageuse pour eux[24]. De nombreuses études en ce sens, y compris en dehors du champ des cotisations de retraite, font que l'effet de *statu quo* est considéré comme un résultat acquis des sciences comportementales[25].

2. L'effet d'ancrage

L'effet d'ancrage (*anchoring effect*) désigne la tendance à accorder une importance excessive au premier élément d'information rencontré. Ce point de référence initial (l'« ancre » attentionnelle) influence de manière disproportionnée les jugements ultérieurs, même lorsqu'il n'a aucun rapport entre la première information et la décision à prendre. L'expérience conçue par Tversky et Kahneman pour révéler l'existence de cette bizarrerie comportait deux phases. Tout d'abord (phase dite de *priming*), les participants étaient exposés à un tirage : une roue tournait puis s'arrêtait sur un chiffre. La roue était truquée de sorte qu'elle ne s'arrêtait que sur deux chiffres : 10 ou 65. Il y avait donc deux groupes de participants, ceux qui avaient vu un 10 et ceux qui avaient vu un 65, rien d'autre ne distinguant les participants des deux groupes.

Lors de la seconde phase, un expérimentateur demandait à chaque participant quelle était la proportion de nations africaines au sein des Nations unies. La question avait été choisie de telle sorte qu'il était improbable que les sujets connaissent la réponse exacte. C'est en effet sur la formation des estimations que portait l'expérience. Alors même qu'il n'y avait manifestement aucun lien entre la roue et la question posée – et que les sujets le savaient –, ceux qui avaient été exposés à l'ancre basse (le chiffre 10) proposaient des estimations systématiquement plus basses que les sujets qui avaient été exposés à l'ancre haute (le chiffre 65). La différence était importante puisque, en moyenne, les sujets du premier groupe estimaient la proportion de pays africains à l'ONU à 25 % et ceux du second groupe à 45 %[26]. Tversky et Kahneman ont ensuite montré l'importance de ce résultat concernant les jugements de probabilité et la prise de décision en situation d'incertitude[27]. Si ce résultat est robuste, on peut s'attendre à ce que l'effet d'ancrage soit présent, par exemple, lors du choix de s'assurer ou non contre un risque.

---

[24] Cet exemple fait l'objet d'un développement dans l'article fondateur de Samuelson et Zeckhauser (cité *supra*, n. 23). MADRIAN (B.C.), SHEA (D.F.), « The power of suggestion : inertia in 401(k) participation and savings behavior », *The quarterly journal of economics*, 116, n° 4 (2001), p. 1149-1187, testent une option par défaut correspondant à un prélèvement de 3 % et observent que 61 % des employés dans leur échantillon ne modifient pas ce choix (y compris si ce n'est pas le taux d'épargne optimal compte tenu de leur situation). On trouve une synthèse dans BENARTZI (B.), THALER (R.), « Heuristics and biases in retirement savings behavior », *Journal of economic perspective*, 21, n° 3 (2007), p. 81-104.

[25] Y compris par le législateur de l'Union. Voy. *infra*, II, B, 3.

[26] TVERSKY (A.), KAHNEMAN (D.), « Judgment under uncertainty : heuristics and biases », *Science*, 185, n° 4157 (1974), p. 1124-1131.

[27] TVERSKY (A.), KAHNEMAN (D.), « Advances in prospect theory : cumulative representation of uncertainty », *Journal of risk and uncertainty*, 1992, Volume 5, p. 297-323.

3. L'effet de cadrage

Parmi les résultats incontournables du programme sur les biais et heuristiques démarré par Tversky et Kahneman, il faut aussi mentionner l'effet de cadrage, qui est au cœur de leur théorie des perspectives (*prospect theory*)[28]. L'effet de cadrage (*framing effect*) désigne l'influence (considérable) qu'a la manière de présenter une information sur les jugements que forment les individus et sur les choix qu'ils posent, même lorsque le contenu informatif reste objectivement identique.

Leur expérience emblématique était conçue à partir d'une situation qui sera familière à toute personne ayant vécu l'épidémie de COVID-19. La vignette suivante était présentée aux participants: une épidémie se propage et il s'agit de protéger un village de 600 habitants[29]. Le premier groupe de sujets était invité à choisir entre deux mesures. La première (A) permettait de « sauver 200 vies » avec certitude et la seconde (B) avait 1/3 de chance de sauver les 600 habitants et 2/3 de chances de ne sauver personne. Les sujets du second groupe étaient invités à arbitrer entre deux mesures décrites de la manière suivantes : la première (C) allait avoir pour conséquence 400 morts certaines et la seconde (D) avait 1/3 de chance de ne causer la mort de personne et 2/3 de chances de causer la mort des 600 villageois.

Chaque groupe était donc confronté au même choix entre une mesure au résultat certain (A ou C) et une autre au résultat exprimé de manière probabilitaire (B ou D). Dans chaque cas, les options étaient équivalentes au regard de ce que les économistes appellent « l'espérance de gain » (200 vies sauvées/400 morts dans tous les cas). L'unique différence était que le choix était exprimé en termes de vies sauvées pour le premier groupe (cadrage positif) et de nombre de morts pour le second groupe (cadrage négatif).

L'expérience débouchait sur un résultat spectaculaire : un complet renversement des préférences. Dans le cadrage positif, la mesure certaine (A) était plébiscitée (72 % des sujets), tandis que dans le cadrage négatif, la mesure probabilitaire (D, équivalente à B) était largement en tête (78 % des sujets). La formulation du choix influençait donc massivement les décisions, ce qui n'est pas compatible avec les axiomes de rationalité économique classique[30].

Par ces expériences sur les effets de *statu quo*, d'ancrage, de cadrage et un grand nombre d'autres effets, la recherche empirique du programme *judgment and decision making* démontre ce qu'enseigne l'expérience commune, à savoir que les humains ne décident pas uniquement sur la base des informations et que le contexte importe (beaucoup). Cette mise à jour expérimentale et la quantification des « déviations » par rapport à la rationalité pure et parfaite ont permis de faire trembler les fondements de l'économie. Il en découle en effet que l'analyse économique, qui se concentre sur les incitations (entendues au sens étroit d'incitations monétaires) et les processus d'optimisation, manque quelque chose d'important. Sans doute les juristes européens n'en ont-ils jamais douté. En ce sens, les sciences comportementales ne leur apprennent rien. Il demeure que, aux États-Unis, où l'analyse économique s'était implantée dans les *law schools* comme un cadre théorique utile pour réfléchir sur le droit au cours des années 1980 et 1990, la critique des fondements de l'économie néoclassique allait avoir des répercussions sur le paradigme de l'analyse économique du droit, ce qui a un intérêt aussi en Europe.

---

[28] TVERSKY (A.), KAHNEMAN (D.), « Prospect theory : an analyis of decision under risk », *Econometrica*, 47, n° 2 (1979), p. 263-292.

[29] TVERSKY (A.), KAHNEMAN (D.), « The framing of decisions and the psychology of choice », *Science*, 211, n° 4481 (1981), p. 453-458.

[30] TVERSKY (A.), KAHNEMAN (D.), « Rational choice and the framing of decisions », *The journal of business*, 59, n° 4, part 2 (1986), p. S251-S278.

C. Essai de synthèse : le courant *behavioural law and economics*

L'analyse économique du droit emprunte son cadre théorique à l'économie néoclassique[31]. Dans cette perspective, les règles de droit sont analysées au prisme de la théorie des prix. Elles sont considérées dans leur dimension de « signaux de prix ». Ainsi, une sanction est vue comme un « prix à payer » si l'on commet un acte interdit ; une taxe comme une contribution à acquitter quand on s'adonne à une activité rémunératrice. Les règles et les institutions, quelles qu'elles soient, sont analysées au regard des incitations qu'elles donnent aux agents supposés rationnels (que cela corresponde ou non à une intention de ceux qui les ont créées).

La critique issue de la psychologie objective ce que la sagesse des juristes suggère, à savoir que cette analyse est terriblement réductrice. Certes, les humains réagissent aux incitations que sont les prix et les impôts, mais ils réagissent aussi à beaucoup d'autres signaux (non économiques), au point que prédire leurs actions en se fondant uniquement sur la rationalité économique est hasardeux. Dès lors, l'analyse économique du droit manque d'utilité car elle est trop éloignée de la réalité.

Aux États-Unis, le bel édifice de l'analyse économique du droit se trouve donc fragilisé. La focale s'élargit et plusieurs auteurs jettent les bases de ce qu'ils appellent « l'analyse comportementale du droit » (*behavioral analysis of law*)[32]. Cette appellation fait volontairement le pendant à *economic analysis of law* et se présente comme une avancée théorique par rapport à cette école largement connue. Ainsi, Cass Sunstein débute son article de 1997 sur l'analyse comportementale du droit par ces mots : « L'avenir de l'analyse économique du droit réside dans de nouvelles et meilleures compréhensions de la décision et du choix[33] ». Le projet est donc présenté comme une amélioration (substantielle) de l'analyse économique du droit – qui constitue en quelque sorte le *statu quo* ou en tous cas une référence incontournable dans l'état de l'art – plutôt qu'une révolution. C'est un point important sur lequel nous reviendrons car, en Europe, il n'est pas naturel de prendre ce même point de départ théorique.

Dans l'analyse comportementale du droit, comme dans l'analyse économique, il s'agit de mobiliser les apports d'une autre discipline pour analyser le droit. Une différence importante tient au fait que la psychologie n'offre pas de théorie générale qui pourrait remplacer la théorie du choix rationnel et qu'il serait possible de décliner mécaniquement sur des questions variées. Il s'agit plutôt d'une série d'éclairages sur les effets de différents contextes sur nos jugements et nos décisions. C'est pourquoi ces éclairages sont d'abord utilisés pour revenir sur des résultats acquis de l'analyse économique du droit, qui reste une référence[34]. Les premiers

---

[31] L'ouvrage de référence est celui de Richard Posner, qui fut également juge (7e circuit). En dernier lieu, POSNER (R.A.), *Economic analysis of law*, Wolters Kluwer, 2014 (9e éd.). Tous les auteurs qui utilisent la théorie économique ne s'inscrivent pas dans le sillage de Richard Posner ou son co-auteur Gary Becker. Pour des perspectives plus nuancées et dialogiques, voy. COOTER (R.), ULLEN (T.), *Law and economics*, Boston, Addison-Wesley, 2004 (6e éd.) ; CALABRESI (G.), *The future of law and economics,* New Haven, Yale University Press, 2017. Au Canada, la perspective classique de l'analyse économique du droit a été appliquée au droit civil : MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), LAROUCHE (P.), PARENT (A.), *L'analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2021 (3e éd.).

[32] Notamment : SUNSTEIN (C.), « Behavioral analysis of law », *U. Chi. L. Rev*., 64 (1997), p. 1175 ; SUNSTEIN (C.), JOLLS (C.), THALER (R.H.), « A behavioral approach to law and economics », *Stanford law review*, 50 (1998), p. 1471 ; KOROBKIN (R.), « Behavioral analysis and legal form : rules vs. standards revisited », *Or. L. Rev*., 79 (2000), p. 23 ; TOR (A.), « The methodology of the behavioral analysis of law », *Haifa law review* (2008), p. 237-327.

[33] SUNSTEIN (C.), cité *supra* n. 32.

[34] Voy. p. ex. KOROBKIN (R.B.), « The endowment effect and legal analysis », *Northwestern university law review*, 97 (2003), p. 1227-1291, qui analyse les implications de la remise en cause du théorème de Coase pour l'analyse juridique.

travaux américains montrent l'intérêt de la nouvelle approche en explorant les remises en cause qu'elle implique par rapport aux classiques de l'analyse économique du droit.

Avishalom Tor caractérise l'analyse comportementale du droit (dont il est aussi l'un des pionniers) en quatre affirmations, que nous commentons[35]. Notre commentaire n'est pas critique mais plutôt explicatif, à l'intention de juristes européens.

1. L'efficacité du droit dépend souvent de la prise en considération des schémas de comportements humains pertinents, en particulier ceux qu'étudient les spécialistes de la décision.

Cette première proposition marque la continuité avec l'analyse économique du droit : l'analyse se situe dans l'horizon de l'efficacité. Il s'agit certes d'un objectif consensuel (qui voudrait que le droit n'atteigne pas ses buts ?) mais qui n'a pas le même pedigree ni la même prégnance dans les études juridiques en Europe et aux États-Unis.

2. L'approche comportementale est fondamentalement empirique et comprend tant l'application à la réflexion juridique de résultats empiriques existants que la production par une démarche expérimentale de nouvelles données empiriques pertinentes pour le droit.

Cette deuxième proposition pointe une différence essentielle avec l'analyse économique du droit. Cette dernière consiste à appliquer une théorie (la théorie du choix rationnel) à des contextes qui intéressent le droit (négociation d'un contrat, troubles de voisinage…). De là, on tire des conclusions sur l'efficience du droit, selon qu'il permet ou empêche d'atteindre au moindre coût l'optimum déterminé par l'application de la théorie au problème considéré. À l'inverse, l'analyse comportementale ne s'appuie pas sur une théorie générale de la décision. Elle se donne comme projet d'intégrer à la réflexion juridique des résultats empiriques comme les expériences évoquées ci-dessus. Nécessairement, ces éclairages portent sur des aspects particuliers et, même lorsqu'ils sont pertinents pour le droit, doivent être combinés à d'autres éléments d'analyse. Il ne s'agit pas d'une approche totalisante.

3. L'approche comportementale est affectée par une série de décalages entre le type de données empiriques produites par les chercheurs spécialistes des décisions et le type de données nécessaires pour résoudre des questions juridiques.

La troisième proposition condense plusieurs idées. Tout d'abord, elle précise et étend ce qui était dit dans la deuxième *in fine* : il ne s'agit pas seulement d'utiliser dans la réflexion juridique des résultats empiriques existants, issus d'articles publiés dans des journaux de psychologie (ou d'économie comportementale) car ces données ne correspondent souvent pas exactement à ce qui est pertinent pour la réflexion juridique. Une stratégie évoquée dans la deuxième proposition est de mener des études empiriques et générer des données nouvelles et pertinentes pour le droit (ce que font les *nudge units* notamment).

Par exemple, l'effet de cadrage est à première vue pertinent pour le droit mais de l'expérience célèbre de la maladie asiatique (qui démontre que les sujets réagissent différemment à une même information selon qu'elle présentée en termes de gains ou de pertes) à un règlement sur l'information des consommateurs à propos des produits d'épargne, il y a un grand pas. Dans ce cas, il est important de faire une ou plusieurs expériences qui reprennent l'hypothèse dans le contexte considéré. L'hypothèse serait ici « le cadrage de l'information en termes de gains ou de pertes influence le choix de l'investisseur ». Des études *ad hoc* sont nécessaires pour tester si l'effet est présent ou non (est-ce que les investisseurs prennent vraiment des décisions d'investissement différentes selon qu'on met en avant l'information sur le gain potentiel ou sur

[35] TOR (A.), « The methodology of the behavioral analysis of law », cité *supra* n. 32., p. 237-327.

la perte potentielle ?), l'ampleur de cet effet (si la différence est minime, le droit doit-il s'en préoccuper ?) et les différentes manières d'y remédier (si l'on souhaite y remédier[36]). Ainsi, des données empiriques sont générées pour éclairer spécifiquement une question juridique.

Le décalage entre les données générées par les chercheurs en psychologie et celles qui sont utiles aux juristes s'explique notamment par des raisons liées à ce que chaque discipline valorise. En psychologie, refaire une expérience qui a déjà été faite mais dans un contexte différent n'est pas considéré comme ajoutant à l'état de l'art et il serait difficile de publier une telle étude dans un journal réputé. La donne aurait pu changer avec la « crise de la réplication » qui a éclaboussé la psychologie[37]. À l'intérieur de la discipline, elle conduit à valoriser davantage la démarche qui consiste à refaire des expériences pour vérifier que les effets initialement découverts (et peut-être exagérés par des chercheurs qui voulaient avoir un résultat digne d'attention) ne sont pas dus à un artefact de collecte des données ou de dispositif expérimental (ni à la falsification de données expérimentales). Mais cette crise n'a pas eu pour effet de mettre sur le radar des psychologues l'intérêt de leur travail pour les juristes. C'est ce qui explique que les études empiriques destinées à éclairer les politiques publiques sur la présence et l'ampleur d'un effet comportemental sont généralement produites en dehors du champ académique.

La troisième proposition a aussi un sens plus profond : même si on conduit des expériences spécifiquement destinées à éclairer les choix de politiques publiques, il ne sera pas toujours possible d'imaginer un dispositif expérimental rigoureux pour générer des données qui répondent à toutes les questions des juristes. L'éclairage peut être partiel, ce qui n'empêche pas qu'il puisse servir à l'argumentation juridique[38].

4. L'analyse comportementale est à la fois neutre d'un point de vue normatif et pertinente du point de vue normatif.

La quatrième thèse pointe elle aussi une différence avec l'analyse économique du droit. Celle-ci incorpore des fondements normatifs issus de l'analyse économique. Le postulat normatif tantôt explicite et tantôt implicite est qu'un état du monde (et du droit) est meilleur qu'un autre s'il génère une plus grande richesse, telle que mesurée par la valeur marchande des biens et services. Il n'y a aucun postulat comparable dans l'analyse comportementale du droit. Il s'agit au contraire d'incorporer dans la réflexion juridique des analyses qui se veulent descriptives des comportements[39]. Les spécialistes du jugement et de la décision n'ont pas de prétention à dire quel est le meilleur état du monde. Les résultats empiriques issus de leurs travaux peuvent être utilisés dans des perspectives normatives variées, visant la justice, l'égalité ou d'autres buts.

---

[36] Il est concevable que, dans certains contextes, le législateur ne souhaite pas remédier à un effet (ce qu'on appelle en anglais « débiaiser » – *debias*) mais au contraire l'utiliser. Tel est par exemple le cas lorsque la loi prévoit que, par défaut, les citoyens sont donneurs d'organes. En choisissant cette option par défaut, l'État compte sur l'effet d'inertie pour augmenter la quantité d'organes disponibles pour des transplantations. Sur la perspective de la correction des « biais », voy. l'un des articles les plus cités dans toute la littérature sur l'analyse comportementale du droit : JOLLS (C.), SUNSTEIN (C.), « Debiasing through law », *Journal of legal studies*, 35 (2006), p. 199-241.

[37] Il s'agit de la découverte que des expériences célèbres en psychologie et souvent citées ne donnaient pas les mêmes résultats alors même que des chercheurs les avaient reproduites à l'identique ou en corrigeant un défaut de méthode. Pour une présentation d'ensemble non technique, voy. p. ex. l'entrée *Replication crisis* sur le site Psychology today : www.psychologytoday.com/us/basics/replication-crisis, consulté le 14 juin 2025.

[38] SIBONY (A.L.), « Data and arguments », in MICKLITZ (H.W.), SIBONY (A.L.), ESPOSITO (F.) (dir.), *Research methods in consumer law : a handbook*, London, Edward Elgar, 2018.

[39] TOR (A.), cité *supra*, n. 32, p. 315-316.

Au terme de cette première partie, on voit à quel point la rencontre initiale entre le droit et les sciences comportementales est marquée par le terrain américain[40], labouré par l'analyse économique du droit. Dans ce contexte, l'analyse comportementale se présente au départ comme une remise en cause de l'analyse économique mais pas un changement radical de paradigme. En traversant l'Atlantique, on change de terrain.

II. Rencontres européennes : un dialogue direct entre les sciences comportementales et le droit

Le paysage académique européen présente des différences avec le paysage nord-américain en ce qui concerne l'impact de l'analyse économique du droit. Le terrain de rencontre entre le droit et les sciences comportementales était donc différent ; il n'avait pas été préparé par l'économie (A). Sans ce filtre de l'analyse économique, une rencontre plus directe entre le droit et les sciences comportementales est possible et l'on peut se demander ce que les sciences comportementales peuvent apporter à l'étude du droit (B). Il faut aussi se pencher sur la rencontre telle qu'elle se déroule en pratique à travers les études empiriques commandées dans le processus de confection de la législation, en tout cas au niveau européen (C) et ce qui pourrait être son avenir dans le prétoire (D).

A. Un terrain de rencontre qui n'a pas été préparé par l'économie

En Europe, l'analyse économique du droit est présente, mais de manière tout à fait minoritaire. Ce qui aux États-Unis était devenu un élément de la *doxa* juridique est resté un phénomène de niche. Cette circonstance a naturellement une incidence sur la réception des apports de la psychologie. L'intérêt éventuel des juristes européens n'a pas la même source que celui des juristes nord-américains. Prenons un exemple pour illustrer cette différence.

Aux États-Unis, dans les années 1990, il était usuel qu'un cours droit des sociétés mobilise d'emblée l'analyse économique. Dès l'introduction, la question centrale de la matière pouvait être présentée dans les termes de la théorie économique comme un problème « principal-agent » : les actionnaires, au profit de qui la société doit être gérée, ne sont pas en position d'observer le comportement des gestionnaires. Or les gestionnaires peuvent avoir intérêt à prendre des décisions qui maximisent leur « bien-être » (les économistes ont une conception plutôt étroite de ce terme) plutôt que celui des actionnaires. Les actionnaires doivent donc trouver le moyen de surveiller les comportements des gestionnaires. Organiser cette surveillance est une des fonctions du droit des sociétés. Des juristes qui ont enseigné ou appris le droit des sociétés dans cette perspective seront probablement troublés d'apprendre que le prix Nobel d'économie a été décerné en 2002 à des psychologues qui remettent en cause la conceptualisation sous-jacente au modèle principal-agent. Tout le récit s'écroule.

En Europe, peu de cours de droit des sociétés commencent par le conte des actionnaires et des gestionnaires. La nouvelle du prix Nobel de Kahneman et Tversky a sans doute intéressé les juristes en tant qu'honnêtes gens et lecteurs des journaux[41]. En revanche, les spécialistes de droit des sociétés ne se sont pas sentis interpellés. Quelques années plus tard, quand des apports clés des sciences comportementales ont été vulgarisés grâce à des livres comme *Nudge* et *Thinking, fast and slow*[42], ils n'ont pas particulièrement retenu l'attention des juristes. Ceux qui les ont lus y ont vu une nouveauté stimulante, pas le ferment d'une critique de la *doxa* de leur

[40] Encore ne nous sommes-nous pas attardés sur la conversation sur le *nudging*, elle aussi fortement marquée par le contexte américain, notamment à travers l'accent mis sur la question du paternalisme.
[41] Je prends cette variante de l'expression « honnête homme » par souci d'inclusivité. Je veux parler de l'aspiration à connaître les choses de son temps et non de la probité.
[42] KAHNEMAN (D.), cité *supra*, n. 6.

faculté. Ce n'est pas en tant que critique d'un cadre théorique qu'ils n'utilisent pas (celui de la théorie économique du choix rationnel) que les sciences comportementales sont susceptibles d'intéresser les juristes en Europe.

Cette circonstance a fait que le chemin interdisciplinaire américain n'offrait pas un bon récit pour le public européen. Cela a sûrement retardé l'arrivée de l'analyse comportementale dans les facultés de droit en Europe. C'est aussi une opportunité.

La diffusion de la téléphonie en Afrique subsaharienne illustre qu'il peut y avoir plusieurs chemins et que le plus tardif n'est pas forcément le moins prometteur. Dans cette zone, de nombreuses régions n'ont jamais connu le téléphone filaire et sont passées directement à la téléphonie mobile. En Europe, les apports des sciences comportementales ne passent pas par les fils de l'économie, ses câbles déjà posés, ses répartiteurs déjà installés et ses prises déjà fixées. Les juristes peuvent s'en saisir indépendamment de conceptualisations préétablies en dehors de leur discipline. C'est moins ordonné mais cela donne plus de liberté et, surtout, l'occasion de rencontres directes entre droit et sciences comportementales.

On peut distinguer trois lieux de rencontres : les facultés de droit, la fabrique de la loi et le prétoire. Les sections suivantes les illustrent à partir d'exemples européens mais il ne s'agit pas de réalités ontologiquement européennes. En effet, examiner comment les apports des sciences comportementales peuvent être intégrés à l'étude doctrinale du droit transcende les ordres juridiques. C'est aussi le cas de l'utilisation d'études empiriques dans l'activité pré-législative ou des preuves comportementales dans le prétoire.

B. Les apports des sciences comportementales à l'étude du droit

Comme cela a été exposé plus haut, les sciences comportementales sont fondamentalement empiriques. Pour les juristes, elles offrent donc avant tout un vaste répertoire de données relatives aux effets du contexte sur les jugements et sur les décisions humaines. Comme nous l'avons exposé ailleurs, la réflexion juridique peut s'en saisir, y compris dans une démarche d'étude doctrinale[43]. Les données empiriques sont pertinentes pour aborder des questions internes au droit – c'est-à-dire des questions sur les relations entre normes – comme des questions de validité, de proportionnalité ou d'interprétation et, bien sûr, pour aborder des questions externes – c'est-à-dire relatives au rapport entre le droit et le monde – comme des questions d'effectivité, d'efficacité ou d'efficience[44].

À partir d'un énoncé empirique du type « dans tel contexte, tel effet est observable de manière statistiquement significative et reproductible », les juristes peuvent former des arguments, qui relèvent d'une généralisation et ne sont pas empiriques, du type « dans tel contexte, [on peut s'attendre à ce que] tel effet existe ». Ici, l'énoncé issu des sciences comportementales donne lieu à un argument selon lequel le droit devrait se préoccuper d'un certain effet car le contexte est suffisamment proche de celui étudié par les psychologues. C'est donc dans le discours sur les faits que le droit cherche à régir et sur les effets des règles de droit, y compris les effets pervers, que les juristes mobilisent les sciences comportementales.

Prenons quelques exemples à partir des trois effets exposés ci-dessus[45]. Ces exemples serviront surtout de prétexte pour évoquer des pistes de travail et des défis pour la conversation entre des sciences comportementales et le droit.

---

[43] SIBONY (A.L.), 2018, cité *supra*, n. 38.
[44] SIBONY (A.L.), 2018, cité *supra*, n. 38. La thèse développée dans « Data and argument » est relative aux usages des données empiriques et non spécifique aux données comportementales.
[45] *Supra*, I, B.

1. L'effet d'ancrage

Il existe une série de contextes dans lesquels l'existence de cet effet est pertinente pour la réflexion juridique. On se limitera ici à deux contextes assez différents.

Le premier contexte est celui des périodes de soldes, dans lequel il est courant de voir un prix barré, présenté comme le prix initial de l'article soldé. Ce prix est précisément mentionné pour influencer la perception du prix soldé. À première vue, il fonctionne comme une ancre attentionnelle. Le droit devrait-il tenir compte de l'effet d'ancrage lorsqu'il réglemente les soldes ? C'est une question qui peut donner matière à une étude de la réglementation existante sur l'affichage des prix soldés sous un angle nouveau[46].

Cette réglementation a été élaborée dans le souci que le consommateur ne soit pas trompé et vise à ce que le prix barré corresponde à un prix réellement pratiqué pendant une certaine période ni trop brève ni trop distante dans le temps de la période des soldes. À lire les règles, la priorité du législateur semble claire : il s'agit d'assurer une forme de vérité du prix de référence. L'attention du législateur semble s'être surtout portée sur le comportement des entreprises. Les règles s'ingénient à ne pas laisser d'échappatoire aux vendeurs qui voudraient afficher des prix artificiellement gonflés pour exagérer la réduction qu'ils proposent.

En revanche, il n'est pas apparent que le droit se préoccupe aussi de la manière dont les consommateurs perçoivent le prix affiché. Inclure l'effet d'ancrage dans la réflexion invite donc à ajouter au souci pour le comportement de l'émetteur de la communication un questionnement sur la perception du récepteur de l'information. Notons que l'ouverture de cette piste de réflexion dépend de la connaissance de résultats empiriques qui démontrent l'existence de l'effet d'ancrage mais pas d'une connaissance détaillée ni d'une compréhension approfondie des données expérimentales. Les sciences comportementales sont utilisées pour dire « il y a une bonne raison de s'intéresser à… ». Le questionnement nouveau peut être fructueux, mais il comporte aussi des écueils[47].

On peut illustrer ici l'un des écueils évoqués par Avishalom Tor, celui de la correspondance imparfaite entre le contexte pertinent pour le droit et celui qu'étudie la psychologie. L'effet d'ancrage, même s'il semble à première vue pertinent par rapport à la situation que régit le droit, peut ne pas être véritablement intéressant pour la réflexion juridique. Rappelons que, dans l'expérience initiale, l'effet mesuré porte sur une tâche cognitive demandée aux sujets. Dans le contexte des soldes, il n'y a pas d'équivalent. Certes, il est vraisemblable que le consommateur se demande si le prix soldé est avantageux mais personne ne lui demande de dire son prix. Il réagit à un prix soldé qui est affiché. L'effet d'ancrage pourrait s'appliquer, mais à quoi exactement ? Si l'on veut mesurer l'effet qu'a le choix d'un prix barré haut ou un prix barré bas sur le jugement que portent les consommateurs, encore faut-il expliciter la question qui leur serait soumise. Peut-être que des psychologues chargés de répliquer l'expérience d'origine dans le contexte des soldes penseraient à poser aux sujets la question « quel est le juste prix ? » ou « quel est le prix que vous trouveriez suffisamment avantageux pour acheter ? », mais ces questions ne seraient pas vraiment pertinentes pour la réflexion du juriste dans ce contexte. La pertinence de l'effet d'ancrage n'est donc pas si évidente.

Un second contexte dans lequel l'effet de cadrage est pertinent est celui de la pratique judiciaire. Lorsque, par exemple, un tribunal statue sur une demande de dommages et intérêts, le montant demandé constitue une ancre, le premier chiffre qui entre dans l'esprit des juges à propos de cette affaire. On remarque que, dans ce contexte, l'écueil évoqué à propos des prix soldés n'est pas présent. Ici, le juge ne doit pas seulement réagir à un montant qui lui est proposé par le

[46] En Belgique, cette réglementation se trouve au livre VI du Code de droit économique.
[47] Voy. *infra*, sous-section C.

demandeur en l'acceptant ou non. Il doit répondre à la question « quel montant accordez-vous à cette victime à titre de dommages et intérêts ? ». Comme dans l'expérience initiale, le juge doit répondre à une question d'appréciation quantitative.

Dès lors, on peut se demander s'il conviendrait de tenir compte de l'effet d'ancrage dans les directives données aux juges ou d'inventer des pratiques judiciaires permettant de contrecarrer cet effet. La question mérite d'autant plus d'attention qu'il a été démontré expérimentalement que les juges ne sont pas immunisés contre l'effet d'ancrage. Dans une expérience astucieuse, des chercheurs (américains) avaient donné à de vrais juges un cas hypothétique de responsabilité dans lequel un électricien victime d'un accident de la route avait subi un dommage corporel. Pour l'un des groupes de juges, la présentation du cas précisait que le défendeur soulevait une exception d'incompétence au motif que l'affaire était d'un montant inférieur au seuil de compétence de 75 000 $. Dans le contexte américain, il était évident que cet argument était fantaisiste. Les faits faisant référence à une hospitalisation de plusieurs mois et un handicap important (l'électricien n'avait plus l'usage de ses jambes), il était donc évident que l'indemnisation serait supérieure à cette somme. Le seuil de compétence tenait donc lieu d'ancre dépourvue de pertinence[48]. Les juges savent parfaitement que, en tout état de cause, un seuil de compétence n'a aucun rapport avec le dommage éprouvé par la victime d'un accident. Pourtant, les juges qui avaient travaillé sur la version du cas pratique qui incluait l'exception d'incompétence ont accordé des indemnisations beaucoup plus basses en moyenne que ceux qui avaient travaillé sur la version du même cas pratique ne comportant pas de référence à un seuil de compétence[49]. L'ancre basse déguisée sous l'exception d'incompétence fantaisiste avait joué à la baisse sur le montant d'indemnisation accordé à la victime.

2. L'effet de cadrage

L'effet de cadrage est, lui aussi, pertinent dans de nombreux contextes dans lesquels le droit intervient, pas seulement celui d'une épidémie. La démonstration empirique que l'effet de cadrage existe peut donner lieu à la généralisation « les gens ne prendront pas les mêmes décisions selon qu'on met en avant les gains ou les pertes et selon que les gains ou les pertes sont présentés de manière certaine ou probabiliste ». Cette généralisation est a priori pertinente dans le contexte des investissements : par hypothèse, les investisseurs peuvent réaliser des gains ou des pertes. Convient-il que le droit tienne compte de l'effet de cadrage lorsqu'il réglemente l'information que les intermédiaires financiers doivent donner aux investisseurs, du moins lorsqu'il s'agit de consommateurs ?

Dans une certaine mesure, c'est déjà le cas. Le législateur européen oblige les intermédiaires financiers proposant des produits aux consommateurs à mentionner la perte maximale possible[50]. Cet exemple appelle une discussion plus détaillée que celle qu'il est possible de mener ici. En effet, la théorie des perspectives de Kahneman et Tversky prédit que lorsque les pertes sont mises en avant, cela déclenche la réaction psychologique d'aversion aux pertes : pour éviter une perte certaine, les sujets peuvent prendre des risques excessifs. La réglementation risque-t-elle de conduire à des prises de risque excessives (ce qui serait un effet pervers) ? Il faut aller plus loin et, comme précédemment, vérifier l'analogie entre la situation régie par le droit et la situation étudiée par les psychologues dans leurs travaux. En matière d'investissement, la perte maximale est une perte potentielle et non, bien sûr, une perte certaine. Dès lors, on ne se trouve pas précisément dans les conditions qui correspondent à l'effet de

[48] GUTHRIE (C.), RACHLINSKI (J.J.), WISTRICH (A.J.), « Inside the judicial mind », *Cornell law review*, 86, n° 4 (2001), p. 777-830.

[49] L'indemnisation moyenne accordée par les juges du groupe avec ancre était de 882 000 $ contre 1 249 000 $ pour l'autre groupe. GUTHRIE (C.), RACHLINSKI (J.J.), WISTRICH (A.J.), cité *supra* n. 48, p. 791.

[50] Article 8, Règlement (UE) 1286/2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance, *J.O.U.E.*, 9 décembre 2014, L 352/1.

cadrage tel qu'il a été étudié. C'est là une illustration du propos d'Avishalom Tor : incorporer dans l'analyse juridique des résultats empiriques issus de la psychologie peut se heurter à des décalages et nécessiter de conduire de nouvelles expériences plus spécifiques[51].

Le raisonnement que nous esquissons ici à propos de l'obligation d'afficher la perte maximale possible permet d'illustrer aussi un autre écueil parmi ceux qui attendent les juristes tentés par l'aventure comportementale. Un effet est pertinent (ici l'effet de cadrage gain/pertes). Mais un autre peut jouer aussi (ici l'aversion aux pertes) et un autre encore (ici l'effet de saillance[52]). Même si l'on parvient à identifier a priori sur la base de connaissances en sciences comportementales l'ensemble des effets potentiellement pertinents dans une situation régie par le droit, il est difficile d'anticiper l'effet combiné à partir d'études qui portent spécifiquement sur un effet[53]. Non seulement des études empiriques sont nécessaires, comme cela vient d'être rappelé, mais en cas de pluralité d'effets, il est très difficile de concevoir des expériences qui testent rigoureusement les interactions entre plusieurs effets.

3. L'effet de *statu quo*

Comme nous l'avons vu plus haut, l'effet de *statu quo* – aussi appelé effet d'inertie – décrit notre tendance à conserver l'option par défaut même lorsque nous pourrions opter pour une autre option plus avantageuse. Si par exemple une case est cochée par défaut dans un formulaire, les études sur l'effet de *statu quo* conduisent à prédire que la plupart des gens laisseront cette case cochée, même s'il n'était pas difficile ni coûteux d'en cocher une autre. Cet effet est pertinent dans de nombreux contextes.

Tout d'abord, le droit lui-même détermine parfois l'option par défaut. Le don d'organes est un exemple classique. En cette matière, le législateur belge a choisi un régime d'*opt out* : un citoyen belge ou un résident qui ne fait aucune démarche est considéré comme donneur d'organes[54]. Le droit semble aligné avec les sciences comportementales[55]. Pas plus que monsieur Jourdain n'avait conscience de faire de la prose, le législateur de 1986 n'avait conscience de « créer une architecture de choix » ou de faire jouer l'effet de *statu quo*, et pourtant, c'est ce qu'il a fait. Ici, les sciences comportementales proposent un vocabulaire nouveau pour parler de ce que fait le droit. Cela peut être fécond ou non. C'est à explorer au cas par cas.

Par exemple, s'il est possible, sur la base d'études existantes, d'estimer l'ampleur de l'effet de *statu quo* dans différents contextes, cela peut donner lieu à des arguments par extrapolation sur les effets probables d'une règle nouvelle (combien de vies sauve-t-on si l'on passe d'un système d'*opt-in* à un système d'*opt-out* ?). Il existe aussi des estimations comparatives sur l'ampleur de différents effets. D'une telle comparaison, il ressort que l'effet de *statu quo* est beaucoup plus puissant que celui d'autres architectures de choix[56]. Ceci peut servir à argumenter en faveur d'une option par défaut plutôt que d'un autre type d'intervention comportementale.

---

[51] TOR (A.), cité *supra* n. 32.

[52] C'est-à-dire ce qui est mis en avant, par exemple avec des grands caractères.

[53] FELDMAN (F.), LOBEL (O.), « Behavioural trade-offs : beyond the land of nudges spans the world of law and psychology », in ALEMANNO (A.), SIBONY (A.L.), *Nudge and the law : a European perspective*, London, Bloomsbury, 2015.

[54] Article 10 de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes, *M.B.*, 14 février 1987, p. 2129. La loi a été modifiée mais pas sur ce point.

[55] Un rapport sur l'utilisation des sciences comportementales dans les États membres de l'Union européenne emploie l'expression « *behaviourally aligned* » pour parler de ce type de situation. SOUSA LOURENCO (J.), CIRIOLO (E.), RAFAEL RODRIGUES VIEIRA DE ALMEIDA (S.), TROUSSARD (X.), *Behavioural insights applied to policy – European report 2016*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2016, p. ex. p. 6, 15, 16.

[56] Une méta-étude conclut que les options par défaut ont un effet plus important que d'autres interventions comportementales : HUMMEL (D.), MAEDCHE (A.), « How effective is nudging ? A quantitative review on the

Comme souvent, la discussion d'un effet comportemental dans un contexte juridique mérite d'être approfondie. En matière de don d'organes, le droit ne se limite pas à définir l'option par défaut. Il prévoit aussi les modalités d'une expression positive de volonté et, en dernier lieu, la facilite[57]. Outre la volonté des personnes concernées, la volonté des membres de leur famille peut aussi trouver à s'exprimer. Or des études empiriques récentes donnent une image qui nuance l'importance de l'effet de *statu quo* en présence de ces variables[58].

Cet exemple illustre que le dialogue entre l'étude du droit et les sciences comportementales peut aller dans les deux sens. Constater que le droit est à première vue aligné avec les sciences comportementales est intéressant, mais à titre de point de départ, pas de conclusion. Penser que le droit est meilleur s'il est aligné avec les résultats des sciences comportementales serait commettre un péché d'orgueil similaire à celui de l'analyse économique du droit, qui considère qu'on peut féliciter un système juridique lorsqu'il est aligné avec les enseignements de l'analyse économique. Sauf que l'orgueil aurait encore moins de sens dès lors que l'analyse comportementale n'est pas normative mais descriptive. On peut en revanche proposer un modèle dialogique inspiré de Guido Calabresi. Dans *The future of law and economics*, il distingue précisément le mouvement « droit et économie » (*law & economics*) de l'analyse économique du droit (*economic analysis of law*) au regard de leur attitude interdisciplinaire[59]. Alors que l'analyse économique du droit projette sa normativité et critique le droit lorsqu'il n'est pas conforme, l'approche bilatérale que prône Calabresi reconnaît que le droit incorpore de la sagesse humaine et que l'économie a peut-être quelque chose à en apprendre. Ainsi, la connaissance du droit peut amener à affiner les représentations de l'économie. Il en va à notre sens de même pour le droit et les sciences comportementales. Le droit peut apprendre d'elles et, de leur côté, les sciences comportementales ont à gagner à mieux comprendre comment les phénomènes de décisions auxquels elles s'intéressent fonctionnent dans des contextes régis par le droit.

L'effet de *statu quo* intéresse le droit aussi dans une autre configuration, celle où le droit ne fixe pas une option par défaut mais régule les entreprises dans leur rôle d'architectes des choix. C'est par exemple le cas lorsqu'un site de vente de billets d'avion propose une assurance en précochant la case « Oui, je veux une assurance annulation ». La directive sur les droits des consommateurs adoptée en 2011 prévoit que, dans un tel cas, le consommateur a un droit au remboursement de l'assurance[60], ce qui est de nature à dissuader les professionnels d'utiliser cette technique, dite de « vente par inertie » (*inertia selling*). Cette disposition constitue du reste le premier exemple d'usage conscient par le législateur européen de résultats acquis des sciences comportementales[61]. Le droit ne se trouve pas aligné avec les sciences comportementales par le jeu d'une coïncidence ; la règle a cette fois été conçue au vu des acquis

---

effect sizes and limits of empirical nudging studies », *Journal of behavioral and experimental economics*, 80 (2019), p. 47-58.

[57] Depuis le 1er juillet 2020, les administrations communales n'ont plus la compétence exclusive pour enregistrer les déclarations de volonté. Les médecins traitants peuvent le faire aussi. En outre, les citoyens et résidents peuvent le faire eux-mêmes en ligne. Arrêté royal relatif à l'enregistrement des déclarations de volonté concernant le prélèvement de matériel corporel humain, y compris les organes, après le décès, *M.B.*, 19 mars 2020, p. 16166.

[58] MOLINA-PÉREZ (A.), RODRÍGUEZ-ARIAS (D.), DELGADO (J.), « Differential impact of opt-in, opt-out policies on deceased organ donation rates : a mixed conceptual and empirical study », *BMJ Open*, 12, n° 9 (2022), doi : 10.1136/bmjopen-2021-057107.

[59] CALABRESI (G.), cité *supra*, n. 31.

[60] Article 22 de la directive 2011/83/UE droits des consommateurs, *J.O.U.E.*, 22 novembre 2011, L 304/64.

[61] Les experts en sciences comportementales avaient recommandé une interdiction pure et simple comme le rapportent les auteurs du JRC : EUROPEAN COMMISSION : JOINT RESEARCH CENTRE, DUPOUX (M.), GAUDEUL (A.), BAGGIO (M.), BRUNS (H.), CIRIOLO (E.), KRAWCZYK (M.), KUEHNHANSS (C.), NOHLEN (H.), *Unlocking the full potential of behavioural insights for policy : from influencing the individual to shaping the system*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2025, p. 21.

des sciences comportementales sur le biais de *statu quo*. Elle est « informée par les sciences comportementales » (*behaviourally informed*)[62].

En lien avec cette règle inspirée par les sciences comportementales, on peut se poser une question de cohérence – qui relève d'une approche doctrinale. En effet, on observe que, lorsqu'un contrat d'adhésion contient une clause de tacite reconduction, on a aussi affaire à un professionnel qui définit une option par défaut : si le consommateur ne fait rien, le contrat est reconduit. Tel est également le cas dans les offres qui comprennent un avantage temporaire, par exemple les trois premiers mois d'un abonnement à une revue, un site ou un service de télécommunication à un tarif avantageux. Si le consommateur ne fait rien à l'issue de la période initiale, il reste abonné, aux conditions tarifaires moins avantageuses et souvent indiquées en petits caractères dans l'offre initiale ou d'une manière qui minimise l'augmentation tarifaire[63]. La première pratique est interdite en droit européen, pas la seconde ni la troisième. Ici, utiliser un concept issu de l'analyse comportementale pour nommer ce que font les entreprises permet de fait apparaître une incohérence au sein du droit de la consommation : il ne traite pas de la même manière toutes les pratiques commerciales qui exploitent l'effet de *statu quo*. Chercher s'il y a de bonnes raisons à cela paraît intéressant.

Les exemples ci-dessus illustrent à la fois la pertinence pour la réflexion juridique des trois effets discutés ici (*statu quo*, ancrage et cadrage) et certains écueils de l'analyse interdisciplinaire. S'appuyer sur les sciences comportementales pour questionner le droit n'est pas toujours facile. Parce que les juristes travaillent sur des règles, ils ont besoin d'énoncés généraux. Or la généralisation à partir d'expériences spécifiques mérite d'être faite avec précaution. Les juristes saisis d'enthousiasme pour ces amusantes études de psychologie gagneront à le garder à l'esprit et à avoir égard aux conditions de validité des résultats empiriques qu'ils mobilisent dans leur argumentation. À cet égard, on peut saluer les efforts de rigueur que l'on peut observer en Europe et ailleurs pour fonder dans des expériences empiriques *ad hoc* des réformes législatives qui se soucient des comportements.

C. Les études comportementales dans la fabrique de la législation

L'exemple de la directive sur les droits des consommateurs qui tient compte du biais de *statu quo* en interdisant la vente par inertie est exceptionnel en ce que le recours aux sciences comportementales ne s'est pas accompagné d'une démarche empirique. La Commission européenne a proposé cette disposition en s'appuyant sur les études existantes et sans commander d'expériences pour vérifier si cet effet était bien présent dans les contextes de vente pertinents pour la directive. Les experts en sciences comportementales du Joint Research Center (JRC) étaient d'avis que les preuves accumulées sur cet effet étaient suffisamment robustes et universelles pour légiférer avec confiance en ce sens[64].

Ce type d'usage des sciences comportementales n'est pas la règle. Au contraire, dans le cadre de l'initiative européenne « Mieux légiférer » (*better regulation*), le législateur européen se targue d'une approche fondée sur les preuves (*evidence-based*). De fait, depuis 2010, la

[62] C'est la terminologie utilisée dans SOUSA LOURENCO (J.) *et. al.*, cité *supra*, n. 55.

[63] Ainsi la *London review of books* (qui paraît toutes les deux semaines) proposait 12 numéros pour 12 £ et ensuite « seulement 33,75 £ par trimestre ». Le prix annuel de 135 £ demande un effort de calcul. Le chiffre mis en avant, 33, donne l'impression (système 1) que le nouveau prix est à peine trois fois plus cher que le prix d'appel alors que le prix au numéro est en réalité cinq fois supérieur au prix initial.

[64] Il s'agit d'un service de la Commission qui fait l'interface entre l'action politique et la science en général. Créé à l'origine dans le cadre du traité Euratom, il mène des recherches dans de nombreux domaines et collabore avec les services de la Commission lorsque des recherches sont commandées à des chercheurs externes. C'est au sein du JRC que travaille une équipe dédiée aux sciences comportementales, le Competence Centre on Behavioural Insights. Sur les fondements comportementaux de l'article 22 de la directive sur les droits des consommateurs, voy. JOINT RESEARCH CENTRE, cité *supra*, n. 61.

Commission européenne a commandé plus d'une quarantaine d'études comportementales dans le cadre de ses travaux prélégislatifs et/ou d'évaluation d'une législation. Ce chiffre correspond à des études commandées dans le cadre de marchés publics et n'inclut pas les études menées en interne par le JRC lui-même[65].

La plupart de ces études empiriques concerne la politique de protection des consommateurs et porte sur des questions relatives à la perception et au traitement de l'information. Par exemple, lorsque l'Union européenne veut encourager la consommation durable par une meilleure information sur la durabilité des produits, la Commission commande une étude pour savoir quel type d'étiquette est le mieux comprise[66]. Savoir s'il vaut mieux créer un score de durabilité sous forme d'une note de 1 à 10, un logo de durabilité ou mentionner la durée pendant laquelle les pièces détachées seront disponibles relève d'une démarche empirique dont les sciences comportementales n'ont pas le monopole mais qui les inclut désormais.

Les études que la Commission commande se situent souvent en aval d'un choix politique et non en amont. Dans cet exemple, le choix d'une politique qui repose sur l'information des consommateurs à propos de la durabilité est posé et les études empiriques portent sur les modalités. Elles aident à répondre aux questions : « Quelles informations donner ? » et « Sous quelle forme ? ». En général, le choix en amont – est-ce qu'il faut donner de l'information ou faire autre chose ? – n'est pas abordé de manière empirique. Pour prendre un autre exemple, il existe des études sur l'étiquetage alimentaire simplifié sur l'avant du paquet (*front of pack labelling*)[67] mais pas sur la question de savoir si un tel étiquetage est plus ou moins efficace qu'un rayon nourriture saine dans les supermarchés[68].

Plus généralement, dans la pratique de la Commission, les sciences comportementales ont été jusqu'à présent mobilisées principalement pour éclairer des questions de perception de l'information par les consommateurs. Ce constat rejoint une critique générale formulée à l'encontre des travaux universitaires autour des interventions comportementales. Différents auteurs ont dénoncé le fait que les recherches comportementales sont implicitement ancrées dans un paradigme politique qui met l'accent sur le comportement des individus alors que nombre de problèmes sont de nature systémique et appellent des solutions à un autre niveau que la modification des comportements individuels.

Le changement climatique est un domaine d'application par excellence : un exemple d'intervention comportementale consiste à donner aux consommateurs une information qui leur permet de situer leur consommation d'énergie par rapport à celle de foyers comparables, par exemple sous forme de *smileys* sur leurs factures électriques (selon le cas, le *smiley* est souriant

---

[65] Pour une présentation de ces études, voy. SIBONY (A.L.), « Policy-driven empirical research in EU consumer law », in VELDT (G.), HEIDARY (K.), MAK (V.) (dir.), *Empirics and consumer law in changing markets*, Cheltenham, Edward Elgar, 2025.

[66] EUROPEAN COMMISSION : CONSUMERS, HEALTH, AGRICULTURE AND FOOD EXECUTIVE AGENCY, CONPOLICY, IPSOS, LE EUROPE, TRINOMICS, VVA EUROPE, DUKE (C.), THORUN (C.), DEKEULENAER (F.), SVATIKOVA (K.), SMIT (T.), LUCICA (E.), KETTNER (S.), LANDZAAT (W.), SUTER (J.), RODRIGUEZ DIAZ (A.), VERMEULEN (J.), PEROZ (T.), PORSCH (L.), CERULLI-HARMS (A.), *Behavioural study on consumers' engagement in the circular economy – Final report* (2018), en ligne, https://data.europa.eu/doi/10.2818/956512.

[67] STORCKSDIECK dite BONSMANN (S.), MARANDOLA (G.), CIRIOLO (E.), VAN BAVEL (R.), WOLLGAST (J.), *Front-of-pack nutrition labelling schemes : a comprehensive review*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2020, doi : 10.2760/436998 ; NOHLEN (H.), BAKOGIANNI (I.), GRAMMATIKAKI (E.), CIRIOLO (E.), PANTAZI (M.), ALVES DIAS (J.), SALESSE (F.), MOZ CHRISTOFOLETTI (M.), WOLLGAST (J.), BRUNS (H.), DESSART (F.J.), MARANDOLA (G.), VAN BAVEL (R.), *Front-of-pack nutrition labelling schemes : an update of the evidence*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2022, doi : 10.2760/932354.

[68] Pour une étude pilote dans cette veine, voy. toutefois EUROPEAN COMMISSION : CHAFEA, ELSEN (M.), VAN GIESEN (R.), LEENHEER (J.), *Milan BEXpo 2015 : a behavioural study on food choices and eating habits*, DS-04-15-693-EN-N, doi : 10.2838/537411.

et vert, neutre et jaune ou fronçant les sourcils et rouge)[69]. Le droit peut rendre ce type d'information obligatoire et prescrire aux énergéticiens l'usage de *smileys* sur leurs factures, mais c'est là une petite intervention sur une petite partie du problème. En outre, ce type d'intervention semble faire porter aux citoyens la responsabilité de lutter contre le changement climatique généré par l'ensemble du système économique. Enfin, la démarche consiste à s'attaquer à des symptômes plutôt qu'aux causes profondes du problème. Cette critique se retrouve tant sous la plume de sociologues français[70] que d'économistes américains[71] – les seconds ayant attiré davantage l'attention de la communauté scientifique et de la Commission.

Dans un rapport de 2024, les spécialistes des sciences comportementales du JRC intègrent ces critiques et proposent d'inviter les sciences comportementales beaucoup plus en amont dans le processus d'élaboration des politiques publiques et, partant, du droit[72]. Il ne s'agirait plus de produire des données comportementales uniquement pour étayer des arguments en faveur d'une variante ou d'une autre à l'intérieur d'une option législative déjà choisie mais d'intégrer plus tôt et d'une manière plus ambitieuse les apports des sciences comportementales avec les perspectives d'autres disciplines, y compris les perspectives systémiques. Il reste bien sûr à voir si ces experts seront entendus des décideurs politiques.

Il ressort de ce qui précède que l'usage des études comportementales est déjà bien développé dans la pratique législative européenne. Il l'est beaucoup moins au contentieux, mais c'est peut-être une question de temps. En effet, le fait que le législateur se saisisse de notions empruntées aux sciences comportementales va avoir des incidences sur les exigences probatoires lorsque certaines législations sont appliquées.

D. Des preuves comportementales dans le prétoire ?

On prendra un seul exemple pour illustrer le développement possible d'exigences probatoires qui amèneraient les sciences comportementales dans le prétoire. Le Digital Market Act[73] est tout désigné car il érige des questions comportementales en questions de *compliance* ou, en bon français, de conformité. Ce règlement soumet les « très grandes plateformes » et moteurs de recherche (VLOPs – *very large online platforms* et VLSEs – *very large search engines*) à des obligations particulières. Ces acteurs incontournables des marchés numériques doivent documenter la conformité de leurs pratiques avec les règles applicables et ont publié leur premier rapport en application de ce texte. Si l'on consulte les rapports d'Amazon, Google, et Apple, on est frappé de la place qu'occupent les questions comportementales dans l'appréciation de la conformité des pratiques de ces entreprises au droit.

Pour le comprendre, il faut avoir égard à la précaution législative que les rédacteurs du DMA ont prise. Le texte du règlement contient en effet une clause anti-évitement. Celle-ci prévoit que le contrôleur d'accès « ne se livre à aucun comportement compromettant le respect effectif des obligations [prévues par le règlement], que ce comportement soit de nature contractuelle,

---

[69] Ce type d'intervention repose sur l'idée que la comparaison sociale joue un rôle important dans les comportements. Des études menées dans différents pays montrent que ces interventions sont efficaces. Voy. p. ex. ALLCOTT (H.), « Social norms and energy conservation », *Journal of public economics*, 95, n° 9-10 (2011), p. 1082-1095. Le même type d'étude a été mené à propos de la consommation d'eau. Voy. p. ex. OCDE, 2017*,* cité *supra* n. 15, p. 122.

[70] BERGERON (H.), CASTEL (P.), DUBUISSON-QUELLIER (S.), LAZARUS (J.), NOUGUEZ (É.), PILMIS (O.), *Le biais comportementaliste*, Paris, Presses de Sciences Po, 2018.

[71] CHATER (N.), LOEWENSTEIN (G.), « The i-frame and the s-frame : how focusing on individual-level solutions has led behavioral public policy astray », *Behavioral and brain sciences*, 46 (2022), p. 1-60, https://doi.org/10.1017/S0140525X22002023.2022.

[72] JOINT RESEARCH CENTRE, cité *supra*, n. 61. Voy. déjà en ce sens OCDE (2017), cité *supra*, n. 15, p. 53.

[73] Règlement (EU) 2022/1925 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, *J.O.U.E.*, 12 octobre 2022, L 265/1.

commerciale, technique ou autre, *ou qu'il consiste en l'utilisation de techniques comportementales* ou d'une conception d'interface[74] ». Le même article interdit aussi aux acteurs puissants de « propos[er] des choix à l'utilisateur final de manière partiale, ou encore en utilisant la structure, la conception, la fonction ou le mode de fonctionnement d'une interface utilisateur ou d'une partie connexe pour perturber l'autonomie des utilisateurs finaux ou des entreprises utilisatrices, leur prise de décision ou leur libre choix ». L'expression « architecture de choix » n'est pas utilisée mais il paraît assez clair que c'est bien ce dont parle le législateur. Comme dans l'exemple discuté plus haut de la vente par inertie, le législateur européen réglemente l'activité d'architecte de choix des entreprises.

La question se pose donc de savoir quand les plateformes font un usage du savoir comportemental permis par le droit et quand elles orientent les choix des consommateurs d'une manière contraire au droit. Cette question se pose déjà dans le cadre du règlement général sur la protection des données (RGPD) à propos de l'obligation de consentement aux cookies. Comme chacun le sait, nous sommes constamment ennuyés par des bannières de choix qui interrompent la navigation. Comme personne n'aime être interrompu et que de nombreux sites font en sorte que refuser les cookies demande plus d'attention et davantage de clics que les accepter, la plupart d'entre nous sont réputés consentir à offrir massivement nos données à toutes sortes d'entreprises avides de les monétiser. En introduisant des frictions dans le processus d'expression d'un refus (que certains auteurs amateurs de rimes appellent des *sludges*[75]), les entreprises contournent l'obligation de recueillir le consentement des personnes concernées. C'est ce type de *creative compliance* que le DMA cherche à désarmer.

Dans le cadre du DMA, les très grandes plateformes et moteurs de recherche ne jouent pas seulement sur l'introduction de « frictions » comme dans le cas des cookies. Ils exploitent aussi l'aversion aux pertes, ajoutant des messages d'avertissement qui font peur. L'exemple qui suit se situe dans un nouveau contexte de marché créé par le DMA. Cette législation a mis fin au monopole des app stores, permettant ainsi aux développeurs de ne plus verser 30 % de leurs revenus aux app stores de Google et Apple (des commissions fixées contractuellement et connues dans la pratique sous les noms d'« Apple tax » et « Google tax »). On peut comprendre que les acteurs de ce duopole essaient de protéger leur rente menacée par l'ouverture à la concurrence des canaux de distribution des apps. Ainsi, Apple a cru bon d'afficher un « écran qui fait peur » (*scare screen*), comme l'appellent certains détracteurs, lorsqu'un utilisateur quitte l'Apple Store pour acheter une app directement auprès du développeur. Le message avertit que l'on quitte le monde rassurant d'Apple à ses risques et périls en utilisant une formulation peu claire à propos du risque[76] :

> *Cette application ne prend pas en charge le système de paiement privé et sécurisé de l'Apple Store. Elle utilise des achats externes.*

Sans doute est-il légitime pour Apple d'intégrer la sécurité des utilisateurs à sa politique commerciale. Pour autant, est-ce que ce type de message contrevient à l'interdiction de contourner les règles en utilisant des techniques comportementales ? Ce sera à la Commission de décider si, comme aux États-Unis, Apple mérite d'être condamnée pour cette pratique. Ce que nous soulignons ici est que cette appréciation normative comporte une part empirique :

---

[74] Article 13, paragraphe 4. Nous soulignons.

[75] Sur l'ambiguïté du terme, voy. MILLS (S.), « Nudge/sludge symmetry : on the relationship between nudge and sludge and the resulting ontological, normative and transparency implications », *Behavioural public policy*, 7, n° 2 (2020), p. 309-332, doi : 10.1017/bpp.2020.61.

[76] GALLAGHER (W.), « Apple tests EU by adding scare screens to apps using third-party payments », *Apple insider*, 15 mai 2025, en ligne, https://appleinsider.com/articles/25/05/15/apple-tests-eu-by-adding-scare-screens-to-apps-using-third-party-payments.

quelle est l'incidence prévisible d'un tel message pouvant susciter la peur sur les choix des consommateurs de faire jouer la concurrence entre *app stores* et les développeurs[77] ?

Le DMA n'est pas nécessairement la seule législation de l'Union qui appelle des preuves comportementales. La directive pratiques commerciales déloyales, dont le champ d'application est beaucoup plus large, vise toute pratique commerciale qui « altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique […] du consommateur moyen » (définition générale des pratiques déloyales)[78]. La directive définit aussi plus spécifiquement les pratiques trompeuses en se référant au fait pour une entreprise de donner des informations d'une manière qui « induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes » et de « l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »[79]. Ces dispositions se prêtent particulièrement bien à une lecture comportementale. Le fait que le droit spécial (le règlement sur les marchés numériques) est explicite dans ses références comportementales pourrait conduire à une relecture comportementale du droit commun des pratiques commerciales (la directive) dans lequel ces références sont implicites mais tout aussi présentes. Une directive étant appliquée à travers ses transpositions nationales devant les juridictions nationales, il est probable que l'on constate des divergences de pratique à cet égard, ce qui sera en soi un sujet d'étude intéressant.

Conclusion

Cette contribution présente un peu schématiquement deux lieux – et deux temps – de rencontre entre les sciences comportementales et le droit. Dans le premier lieu, celui de la première rencontre, les sciences comportementales font irruption avec leur lot d'études empiriques sur une scène dominée par l'analyse économique en la remettant en cause. C'est un bouleversement majeur qui débouche sur la naissance de l'analyse comportementale du droit, un développement qu'un commentateur averti a qualifié d'une des deux approches les plus innovantes en droit (avec le développement des études juridiques empiriques)[80].

En Europe, le terrain n'est pas préparé pour la rencontre entre le droit et les sciences comportementales. La place mineure de l'analyse économique dans le paysage intellectuel des juristes fait que l'arrivée des sciences comportementales est moins remarquée. La rencontre a une portée plus confidentielle. Elle se produit plus lentement mais connaît aussi un déploiement plus libre. Le dialogue peut se nouer directement entre le droit et les sciences comportementales sans passer par le filtre de l'économie. Ce dialogue est riche et concerne tous les principaux discours du doit et sur le droit.

L'étude du droit, y compris doctrinale, peut-être enrichie par des arguments tirés de résultats des travaux empiriques en sciences comportementales. Ce phénomène, s'il se développe, appellerait une étude épistémologique de la circulation des connaissances comportementales.

La fabrique de la législation, en tout cas au niveau européen, s'appuie sur une commande publique d'études comportementales *ad hoc* pour informer les choix législatifs. Cette réalité

---

[77] Sur les enjeux économiques considérables de cette concurrence, voy. SCOTT MORTON (F.), « Entry and competition in mobile app stores », *Bruegel*, Working Paper 03/2024, en ligne, www.bruegel.org/working-paper/entry-and-competition-mobile-app-stores, consulté le 14 juin 2025.

[78] Directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.U.E.*, 11 juin 2005, L 149/22, Article 5.

[79] Article 6.

[80] ULLEN (T.), « European and American perspectives on behavioural law and economics », in MATHIS (K.) (ed.), *European perspectives on behavioural law and economics*, Cham, Springer, 2015, p. 3-16.

nouvelle mérite d'être analysée tant d'un point de vue légistique que d'un point de vue sociologique et de sciences politiques. Parmi les questions qui méritent l'attention, il y a celles sur les experts : qui sont-ils ? Comment se construit leur relation avec le législateur européen ? Comment les études comportementales sont-elles considérées par rapport à d'autres éléments du processus législatif comme les positions des parties prenantes ?

L'inclusion de concepts issus des sciences comportementales dans la conception de la législation débouchera probablement sur des exigences de preuves nouvelles au stade du contentieux. C'est du moins ce que l'on peut imaginer en analysant même sommairement la réglementation de ce qui est aujourd'hui appelé les *dark patterns* (on a évoqué à cet égard de DMA et la directive sur les pratiques commerciales déloyales[81]). De manière générale, le fait que le droit réglemente la mise en œuvre par les entreprises du savoir comportemental pour orienter les choix des consommateurs conduit à ce que les juristes ne puisse plus tout à fait ignorer les sciences comportementales.

[81] On pourrait aussi penser à l'article 25 du DSA mais comme son champ d'application est peu clair, nous n'avons pas développé cet exemple. Règlement (UE) 2022/2065 relatif à un marché unique des services numériques, *J.O.U.E.*, 27 octobre 2022, L 27/1.