

« Behavioral Law and Economics »,  
une réponse à l'analyse économique du droit  
(encadrer les heuristiques et les biais utilisés contre les consommateurs)

Luc GRYNBAUM

Professeur à l'Université de Paris Cité

Chef du département Droit Economie Gestion Université  
Sorbonne Abu Dhabi

- Naissance de l'analyse économique du droit en 1961: avec les auteurs Coase et Calabresi
- Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little Brown, 1<sup>re</sup> éd. 1973
- Approche libérale du droit, le contrat est un outil de maximisation de la richesse; un optimum de création de richesse doit être atteint par les parties ou l'une des parties, sans appauvrir l'autre; du moins en compensant son éventuel appauvrissement (optimum de Pareto)
- Posner adopte une position dite néoclassique de l'équilibre économique qui repose sur la rencontre de l'offre et de la demande dans un marché transparent : les parties disposent donc des informations nécessaires sur les prix

Analyse économique du droit - Consommateurs et information  
précontractuelle :

- le bon fonctionnement du marché suppose un choix rationnel, par des acteurs rationnels
  - la difficulté provient de l'information à dispenser afin d'obtenir ce choix rationnel,
  - les coûts de transaction constituent un obstacle pour le consommateur afin d'effectuer un choix rationnel; ils représentent un coût pour les professionnels,
- => dans une approche néoclassique le minimum d'information doit être dispensé par les professionnels afin de maintenir la rationalité des agents (les consommateurs) et de minimiser le coût pour les professionnels;

Analyse économique du droit - Consommateurs et information  
précontractuelle :

- dans les marchés concurrentiels : la théorie des jeux permet de justifier l'exclusion du marché des mauvais professionnels (tricheurs, réputation) qui ne dispensent pas d'information, elle permettrait d'exclure naturellement ces professionnels,

=> il n'y pas dans cette approche à renforcer par le législateur, les informations précontractuelles

- éventuellement dans les marchés non concurrentiels, il faudrait intervenir pour obliger à délivrer de l'information afin d'éviter

- Recours à la psychologie cognitive en droit / Analyse économique du droit
- Apparition dans les années 1990
- « Heuristique » : phénomène qui consiste en l'utilisation de règles empiriques, simples et rapides, facilitant la recherche des faits et l'analyse de situations, dans un objectif de prise de décision rapide
  - => heuristiques sont perçues le plus souvent comme des erreurs de jugement car ces méthodes de décision rapide sont affectées de biais cognitifs
  - => elles sont susceptibles de faire dévier l'opinion du consommateur d'un choix dit rationnel
- Or les consommateurs ne disposent pas de toutes les informations et n'évaluent pas nécessairement correctement leurs besoins

## Exemple d'heuristiques et de biais

### les manipulations des plateformes pour obtenir les données personnelles des consommateurs :

#### le « privacy paradox »

Les internautes affirment être vigilants sur les données qu'ils communiquent, bien qu'ils les livrent facilement sans contrepartie réelle (Norberg PA, Horne DR, Horne DA: The privacy paradox: personal information disclosure intentions versus behaviors. J Consum Aff 2007, 41:100-126).

Ce phénomène repose notamment sur les « dark patterns » : moyens pour les plateformes de faire livrer des données personnelles que, dans un contexte normal, les consommateurs ne donneraient pas; cette exploitation repose sur des biais.

## le « privacy paradox » :

- le modèle « information-consentement » ne suffit pas : les informations sont beaucoup trop longues à lire x par le nbre. de sites,
- « anchoring » : les effets des premières images délivrées à l'internaute, qui l'amènent à livrer ses données,
- « framing » : la présentation positive par le professionnel, assurance d'une meilleure protection,
- « hyperbolic discounting » : la propension à livrer plus de données dès qu'un produit ou service est présenté comme moins cher

### le « privacy paradox » :

- « overchoice » : le nombre de choix offert par les plateformes pour protéger ses données est trop important (par ex. pour sélectionner les cookies)  
=> finalement, ils acceptent tous les cookies

- « dark pattern » et « design »: l'architecture du site ou de l'application donne le sentiment de choix; toutefois, l'ensemble est conçu pour guider le consommateur vers certains choix :

*“interface design choices that benefit an online service by coercing, steering, or deceiving users into making decisions that, if fully informed and capable of selecting alternatives, they might not make”* (A. Mathur, G. Acar, M. Friedman, E. Lucherini, J. Mayer, M. Chetty, A. Narayanan: Dark patterns at scale: findings from a crawl of shopping websites; ACM Conf. Comp.-Supported Cooperative Work 2019).



### le « privacy paradox »

- le “design” des sites et plateformes résulte lui-même de biais des concepteurs : marketing, ingénieurs, juristes qui participent à leur élaboration sont présentés comme « des ingénieurs ou techniciens , masculins et blancs »
- la confiance accordée par les consommateurs sur la délivrance des données personnelles est accrue sur les réseaux sociaux; car les membres du réseau livrent publiquement les mêmes informations sur leurs préférences (grâce aux « like »)

## Remise en question des Behavioral Law and Economics

- “description invariance” : cette école des Behavioral reprend l’axiome du choix rationnel que devrait faire un consommateur moyen bien informé et qui maximise le résultat attendu du bien ou service
- le vrai monde des consommateurs serait différent “true uncertainty”: *the real consumer world include unstable preferences, preference reversals, time-inconsistent preferences, framing effects, non-probabilistic weighting of outcomes, systematic mistakes in probabilistic reasoning due to base rate neglect, loss aversion, over-confidence, or the availability heuristic, and decisions-making based on emotions.* (M. Brenckle, Reconceptualizing Behaviorally Informed Consumer Law and Policy, Loyola Consumer Law Review, 2022; Vol. 34, p. 166)

## Remise en question des Behavioral Law and Economics

- “computationally Intractable Decisions” : la difficulté d’évaluer la bonne décision dans un temps raisonnable; par ex. le choix d’un panier de produits à utilité maximum par un consommateur avec un budget contraint

## Des substituts ?

- **“Ecological Rationality Theory”** : la théorie de la rationalité écologique (Ecological rationality: intelligence in the world, Peter M. Todd Gerd Gigerenzer eds., 2012; Peter M. Todd & Henry Brighton, Building the Theory of Ecological Rationality, 26 MINDS & MACH. 9, 11 (2016)).
- **“Autonomous choice”** : un mixte d'autonomie de la volonté (autonomy of will) et d'approche libertarienne de l' “autonomie”, le choix par l'individu est par principe le bon choix

## *“Ecological Rationality Theory”*

Cette théorie tient compte à la fois de contraintes posées par l’environnement et que les consommateurs font des choix dans le monde réel dans un contexte:

- d’incertitude,
- dans un temps limité,
- une information limitée,
- et des aptitudes de calcul limitées.

Le but est alors d’obtenir « a good enough decision in real time and with real resources »

## ***“Ecological Rationality Theory”***

Les critères de cette rationalité écologique :

- accuracy (pertinence)
- frugality (frugalité)
- speed (vitesse)

Cette théorie récuserait le consommateur moyen : “not relative to the benchmark of a single rational actor model”

### *“Autonomous choice”*

- cette décision en autonomie maximise ou non le bien-être du consommateur
  - elle privilégie la satisfaction de ses préférences
  - cette théorie autorise le consommateur à commettre des erreurs et de vivre selon ses choix
- => cette approche ne fait que remettre en cause toute tentative législative de protéger le consommateur

## Résultats de la remise en cause des Behavioral Law and Economics :

- **Accepter les heuristiques** : ne pas prendre de mesures pour obliger à un choix rationnel mais simplement
- Eviter le « préjudice » des consommateurs (“consumer harm”) : **en évinçant les biais** (« Debiasing » : par l’éducation notamment)
- Privilégier le « **nudging** » : pilotage de la décision



Une ouverture pour ces approches psychologiques : les mêmes  
biais sont en œuvre pour effectuer des choix écologiques

rationnels (Johan. E. (Hans) Korteling, Geerte L. Paradies and Josephine P. Sassen-van Mee, Cognitive bias and how to improve sustainable decision making, 2023, University of Santa Catarina, Brazil, *Frontiers in Psychology*, 10.3389/fpsyg.2023.1129835) :

- experiential vagueness
- long term effect and future vagueness
- complexity and uncertainty
- threat to the status quo
- threat of social status

- Il faut distinguer les heuristiques/des biais

Selon certains auteurs, le mécanisme de l'heuristique n'est pas nécessairement mauvais ou bien est inévitable, ce sont les biais utilisés pour mettre en œuvre ce mécanisme qui sont à prévenir ou combattre

- La doctrine américaine intègre la psychologie à la fabrication du droit:
  - . Toutefois, elle n'en tire pas nécessairement des conséquences coercitives sur la nécessité d'adopter des textes de protection du consommateur
  - . Voire elle intègre les heuristiques et les erreurs qui peuvent en découler à une forme de choix libertarien du « moi » juridique

## En droit européen

- L'analyse économique du droit est à l'œuvre sans le dire :
  - . les informations précontractuelles et la faculté de rétractation
  - . cela évite les coûts de transaction
  - . une égalité formelle entre professionnels européens est ainsi créée
  - . la rationalité du consommateur serait assurée
- En revanche, l'arsenal européen de protection RGPD, DSA, DMA qui multiplie les informations et les obligations à l'égard des plateformes tient-il compte des comportements des consommateurs ?
- Faut il y ajouter du « **nudging** » d'origine légale, pilotage positif ?

MERCI

- O. Bar-Gill, Seduction by Plastic, Nw. U. L. Rev. 2004, p. 1373, -The behavioral economics of consumer contracts , Minnesota Law Review 2008, p. 749, 92 :749
- L. A. Bebchuk, R. A. Posner, One-sided contracts in competitive consumer markets, Michigan Law Review 2006, p. 827 et s., vol. 104 :82.
- M. Brenncke, Reconceptualizing Behaviorally Informed Consumer Law and Policy, Loyola Consumer Law Review, 2022; Vol. 34, p. 166
- R. A. Epstein, The neoclassical economics of consumer contracts, Minnesota Law Review, 2008, p. 803 et s., vol. 92 :803;
- R. A. Posner, Economic Analysis of Law, Boston: Little Brown, 1<sup>re</sup> éd. 1973; The Law and Economics of Contract Interpretation, Texas Law Review, 2005, vol. 83, p. 1581 et s
- P. M. Todd & H. Brighton, Building the Theory of Ecological Rationality, 26 MINDS & MACH. 9, 11 (2016).
- Ari Ezra Waldman, Cognitive biases, dark patterns, and the ‘privacy paradox’, New York Law School, 2020, [digitalcommons.nyls.edu/fac\\_articles\\_chapters/1332](https://digitalcommons.nyls.edu/fac_articles_chapters/1332)
- J. Q. Whitman, « Consumerism versus producerism : a study in comparative law », The Yale Law Journal, 2007, p. 340 et s., vol. 117 : 340