



CHAIRE MASTER

**Droit de la consommation**

Fondation



**Master 2 Droit des affaires**

**Droit de la consommation et des pratiques  
commerciales**

**MÉMOIRE 2021**

**La prise en compte des biais cognitifs par le droit  
des pratiques commerciales**

**Julie LOBEL**

Sous la direction de

Madame Carole AUBERT de VINCELLES, professeure à l'université CY Cergy Paris  
Université



faculté  
de droit



CERGY PARIS

UNIVERSITÉ

## **Avant-propos - Remerciements**

En premier lieu, je remercie chaleureusement ma directrice de mémoire, Madame le Professeur Carole Aubert de Vincelles, pour ses nombreux conseils, sa patience et la bienveillance dont elle a fait preuve à mon égard. Je lui suis reconnaissante de m'avoir encouragée à aborder un sujet aussi passionnant et dont les frontières s'étendent au-delà du droit.

Je tiens aussi à remercier Monsieur Raphael Bartlomé, directeur du service juridique de l'Union fédérale des consommateurs - Que choisir, pour le temps qu'il m'a accordé. Nos discussions m'ont permises de découvrir les biais cognitifs, et d'avoir un aperçu de leur intérêt en droit des pratiques commerciales.

Mes remerciements vont à la Chaire, aux professeurs et aux professionnels qui sont intervenus pendant les séminaires organisés par le Master 2 Droit de la consommation et des pratiques commerciales. Leurs enseignements et leurs avis m'ont permis d'avoir une vision complète des enjeux liés au droit de la consommation.

Je remercie ma famille et mes proches, qui ont pris le temps de me relire et qui m'ont particulièrement soutenue cette année.

Enfin, j'adresse un dernier remerciement à mes camarades de promotion, pour m'avoir raconté la manière dont ils ont vécu certaines expériences en tant que consommateur, ainsi que pour la solidarité et l'ambiance chaleureuse.

## **Liste des principales abréviations**

Aff. : affaire

ANJ : Autorité nationale des jeux

ARPP : Autorité de régulation professionnelle de la publicité

Cass. : Cour de cassation

CJUE : Cour de Justice de l'Union européenne

CNIL : Commission nationale de l'informatique et des libertés

Comm. com. électr. : Communication – Commerce électronique

Contrats, conc. consom : Contrats, concurrence, consommation

D. : Dalloz (Recueil)

DGCCRF : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

DPO : Délégué à la protection des données

FOMO : Fear of missing out

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

JCP E : JurisClasseur périodique - Édition Entreprises et affaires

JCP G : JurisClasseur périodique – Édition générale

LPA : Les Petits affiches

RDC : Revue des contrats

RGPD : Règlement général sur la protection des données

RTD eur : Revue trimestrielle de droit européen

UFC-Que choisir : Union fédérale des consommateurs - Que choisir

## Sommaire

Avant-propos - Remerciements .....	2
Liste des principales abréviations.....	3
Sommaire.....	4
Introduction .....	5
TITRE 1 : LA PLACE DES BIAIS COGNITIFS DANS LES PRATIQUES COMMERCIALES...	11
CHAPITRE 1 : LES BIAIS COGNITIFS EN PSYCHOLOGIE .....	11
Section 1 : L'étude inachevée des biais cognitifs.....	11
Section 2 : Le classement possible des biais cognitifs.....	19
CHAPITRE 2 : L'USAGE DES BIAIS COGNITIFS DANS LES PRATIQUES COMMERCIALES.....	30
Section 1 : L'usage des biais cognitifs pour attirer le consommateur.....	30
Section 2 : L'usage des biais cognitifs pour neutraliser la réflexion du consommateur .....	39
TITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE DES BIAIS COGNITIFS DANS LE DROIT DES PRATIQUES COMMERCIALES.....	49
CHAPITRE 1 : UNE PRISE EN COMPTE IMPARFAITE DES BIAIS COGNITIFS.....	49
Section 1 : Les biais cognitifs, critère d'appréciation de la pratique du professionnel.....	50
Section 2 : Les biais cognitifs, critère d'appréciation du comportement du consommateur ....	60
CHAPITRE 2 : UNE POSSIBLE OPTIMISATION DE LA PRISE EN COMPTE DES BIAIS COGNITIFS.....	72
Section 1 : Les actions auprès des sujets de la régulation.....	72
Section 2 : Des actions auprès des acteurs de la régulation .....	80
Conclusion.....	89
Annexes .....	90
Bibliographie .....	95
Index .....	104
Table des matières .....	105

## Introduction

1. Il semble assez rare de croiser le droit avec d'autres domaines. Serait-ce parce que ces autres domaines n'ont rien à apporter au droit et inversement ? Plusieurs illustrations permettent de plaider dans le sens contraire. Tout d'abord, l'alliance du droit et de l'économie est assez simple à constater car le droit pose des règles encadrant la gestion des entreprises, tout en ayant à l'esprit de ne pas intervenir excessivement sur le marché. Ainsi, le droit des sociétés, le droit fiscal et le droit de la concurrence font partie de la vie d'une entreprise, en l'accompagnant de sa naissance jusqu'à sa fin. Ces matières sont bien connues des juristes et sont d'ailleurs enseignées dans de nombreuses universités de droit. De plus, il est fréquent que des cours de droit fassent également partie des formations commerciales, que ce soit en marketing ou en gestion. Parfois, les liens entre les deux domaines sont encore plus resserrés au sein d'un enseignement. En effet, il existe des formations interdisciplinaires telles que l'économie du droit et les doubles cursus droit et économie-gestion.

2. Ensuite, il existe des liens entre droit et sociologie. Bien qu'un peu moins plébiscités par les juristes, ils restent néanmoins assez évidents. Les règles juridiques sont appliquées à des humains, or ces derniers vivent dans une société et ils entretiennent de nombreuses relations entre eux. Les relations qui peuvent être créées et développées sont aussi susceptibles d'être abîmées, voire tellement détériorées qu'il faut y mettre un terme. Qu'elles soient professionnelles comme un contrat de travail, ou personnelles comme un mariage, le droit en est un régulateur et pacificateur. Là encore, il existe une matière croisant les deux domaines, qui est nommée sociologie du droit et elle vise à comprendre les relations entre eux.

3. Enfin, le droit et la santé sont réunis sur plusieurs terrains. Il existe une sous-branche nommée droit de la santé, et qui permet notamment de protéger les personnes vulnérables en raison de leurs capacités mentales altérées. La santé devient aussi une préoccupation du droit lorsqu'il s'agit de réparer les dommages corporels, d'encadrer le fonctionnement des établissements sanitaires ou encore lorsque des questions de bioéthique sont posées. De même, santé et droit sont réunis lorsque des aspects relatifs aux droits de l'homme sont traités, comme c'est le cas par exemple des dons d'organes ou de l'obligation de suivre des soins psychiatriques.

4. En revanche, les relations entre le droit et la psychologie peuvent paraître moins évidentes. Pourtant à propos de l'aspect théorique, une partie de la doctrine française a déjà soulevé certains intérêts que peut présenter un tel regard croisé. En 1949, le doyen Carbonnier a été l'un des

premiers à le faire en pensant que « Le droit de notre pays passe dans nos artères, dans nos muscles, dans notre esprit »<sup>1</sup>. A ses yeux, la psychologie avait un apport pour le juriste car il existerait une différence entre l'homme naturel et l'homme qui est soumis et modelé par le droit. Puis plus récemment, le professeur François Terré a réaffirmé cette position dans son article intitulé « Carbonnier avait raison ... A propos de la psychologie juridique », publié en 2016<sup>2</sup>. Le professeur Terré est d'ailleurs le Président d'honneur de la Société Française de Psychologie Juridique. Cette association a été fondée par le professeur Jean-Pierre Relmy en 2013, et réalise des études portant justement sur les liens entre psychologie et droit grâce à la collaboration entre des juristes, des psychologues et des psychiatres.

5. A présent sur un terrain plus pratique, les liens entre droit et psychologie sont assez flagrants dans certaines branches du droit. D'abord, au civil, la psychologie fait partie du travail du juriste et du magistrat lors de l'analyse du consentement. Le rôle de la psychologie consiste en l'espèce à déterminer l'état d'esprit de la prétendue victime d'un vice du consentement, voire à rechercher si son cocontractant avait l'intention de la tromper. Ensuite en droit de la famille, l'aspect psychologique est davantage marqué lorsque le juge va s'interroger, par exemple, sur la validité du mariage et l'éventualité d'un mariage blanc, le bien-être de l'enfant au moment de décider s'il ira ou non en famille d'accueil, les raisons du divorce et les éventuels reproches émis, ou encore lorsqu'il doit ordonner des mesures de protections spécifiques des personnes vulnérables. Enfin en droit pénal, la psychologie est sans nul doute encore plus prépondérante. La criminologie, l'aspect punitif du droit, les raisons de la récidive ou encore le rôle et la construction d'un témoignage sont des exemples de la prise en compte de phénomènes psychologiques, des raisons profondes d'un comportement et des éventuelles névroses ou psychoses. Néanmoins dans ce dernier cas, il s'agit d'un basculement de la psychologie vers la psychiatrie.

6. Bien que quelques croisements impliquant le droit des affaires ou la psychologie sont observés, la combinaison entre cette branche du droit et la psychologie semble rare. Alors pourquoi tenter de jeter des ponts entre ces deux matières en particulier ? L'un des éléments de réponse repose dans les biais cognitifs (Paragraphe 1), qui se retrouvent dans les pratiques commerciales et le droit qui les régit (Paragraphe 2).

---

<sup>1</sup> J. Carbonnier, « Études de psychologie juridique », Annales de l'Université de Poitiers, deuxième série, 1949, p.1-18

<sup>2</sup> F. Terré, « Carbonnier avait raison... A propos de la psychologie juridique », Psycho-Droit, 2016, 1, p.13

## **§1. Présentation des biais cognitifs**

7. Dans les années soixante-dix, les psychologues Daniel Kahneman, prix Nobel d'économie en 2002, et Amos Tversky ont relié psychologie et économie. Pour ce faire, ils ont notamment étudié les sciences cognitives. Elles sont définies comme « l'étude de l'ensemble des interactions entre les sciences qui ont pour référence l'homme dans son rapport à la compréhension de son environnement<sup>3</sup> ». Au cours de leurs expériences, les deux scientifiques ont analysé le comportement des traders. Ils ont cherché la cause de leurs décisions, qui sont parfois irrationnelles alors que ce sont des experts dans leur domaine. Avec ces études est née la théorie des perspectives, qui démontre que l'agent économique n'est pas que pure raison. Pour faire simple, une personne rationnelle entrerait dans le schéma suivant : si X est préféré à Y, et Y est préféré à Z, alors X doit être préféré à Z. Or en réalité, il arrive que la personne préfère malgré tout Z à X.

Cette théorie des perspectives s'inscrit dans ce que l'on appelle la finance et l'économie comportementales. Elle rejette la théorie classique, dont les représentants sont Adam Smith, Thomas Malthus ou encore John Stuart Mill. En effet, selon ce courant dominant depuis la fin du XVIIIe siècle, la concurrence pure et parfaite implique que l'agent économique fasse des choix uniquement utiles et étudie toutes les possibilités avant de se décider car son objectif est de maximiser son profit. Ainsi, lorsqu'une personne achète une bouteille de vin, cela signifie qu'elle a étudié toute l'offre disponible et en a conclu que c'est la meilleure. Et non pas parce qu'un ami l'a conseillée ou parce qu'elle a seulement une apparence qui lui plaît.

On peut donc se demander si dans la réalité, le consommateur est plutôt un agent économique rigoureux ou plutôt un être influençable par des éléments qui n'ont pas de lien direct avec le marché. C'est en cherchant la réponse à cette interrogation que les biais cognitifs ont été découverts. Ce sont des failles systématiques dans le raisonnement d'un sujet, qu'il soit conscient ou inconscient, qui conduisent à faire des choix irrationnels<sup>4</sup>. Par conséquent, contrairement à l'erreur en mathématiques, le biais cognitif n'est pas aléatoire et cela le rend prédictible.

8. D'autres psychologues ont posé une définition avec d'autres termes mais le principe reste le même. Selon le professeur Jean-François Le Ny<sup>5</sup>, les biais cognitifs nous conduisent à sélectionner des informations ou des réponses. Autrement dit, un biais agirait comme un filtre automatique. Dans

---

<sup>3</sup> D.Wolton, J.-P.Desclès, Programme de recherche sur les sciences de la communication, « Sciences cognitives », CNRS, octobre 1989

<sup>4</sup> D.Kahneman et A.Tversky, « Judgment under uncertainty : heuristics and biases », Science, 185, 1974, p.1124-1131.

<sup>5</sup> J.F. le Ny, « Biais », Grand dictionnaire de la psychologie, Larousse, 1999.

un ouvrage collectif de Joël Monzée, le professeur Martial Van Der<sup>6</sup> ajoute que la sélection se fait en fonction de nos intérêts. Il prend l'exemple d'une personne sujette à un état anxieux, qui va traiter en priorité ce qui lui paraît être des menaces. Cependant, malgré ces cinquante années de recherches, tous les aspects des biais cognitifs ne font pas l'unanimité au sein de la communauté scientifique. L'un des principaux contradicteurs de Kahneman et Tversky est le psychologue Gerd Gigerenzer, qui a exprimé des critiques dans un ouvrage rédigé avec Reinhard Selten<sup>7</sup>. D'une part, être sujet à des biais cognitifs et des heuristiques ne serait pas une preuve que l'humain ne dispose que d'une rationalité limitée. Toutefois sur l'existence même des biais, il ne s'agit pas tant de contester leur réalité que leur positivité ou négativité pour les humains. A l'heure où les biais cognitifs faisaient l'objet d'une « chasse aux sorcières », le professeur estime que les biais et les heuristiques sont indispensables dans notre vie courante et surtout, ils ne mènent pas toujours à des raisonnements catastrophiques. Cette vision plus optimiste des biais sera reprise par d'autres chercheurs tels que l'économiste Richard Thaler et le juriste Cass Sunstein. Ces derniers ont inventé la conception de nudge<sup>8</sup>, qui peut être traduit comme un coup de pouce pour attirer l'attention. Il peut servir à instrumentaliser des biais cognitifs à des fins de prévention des risques par exemple, en inculquant des comportements grâce à une méthode non coercitive.

9. Il existe environ deux cent cinquante biais cognitifs actuellement, et autant d'effets. Globalement, les biais cognitifs affectent la perception qu'un sujet peut avoir de d'autres personnes, d'objets, de caractéristiques mais aussi sa mémoire, ses déductions ... Plus concrètement, les effets peuvent être le détournement de l'attention, l'arrêt prématuré de l'effort d'investigation ou encore une compréhension erronée ou déformée de la réalité. Quoiqu'il en soit, le raisonnement est faussé donc le sujet est amené à prendre des décisions qu'il n'aurait pas prises autrement. C.Sunstein estime d'ailleurs que redresser les erreurs systématiques fait partie des « conditions cognitives de la liberté<sup>9</sup> », indispensables pour que tout sujet puisse être véritablement autonome. On peut donc faire un parallèle avec le droit et la menace pour le consentement, qui doit être libre et éclairé.

---

<sup>6</sup> J.Monzée, « Ce que le cerveau a dans la tête : Perception, apparences et personnalité », Liber, 2011, p.145-172.

<sup>7</sup> G.Gigerenzer et R.Selten, « Bounded rationality : The adaptative toolbox », The MIT press, 2002.

<sup>8</sup> R.Thaler et C.Sunstein, « Nudge : Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness », Yale University Press, 2008.

<sup>9</sup> B.Deffains et S.Ferey, « Les fonctions cognitives du droit dans la pensée de Cass Sunstein », Revue économique, vol.65, 2014.



## **§2. L'intérêt du droit des pratiques commerciales**

10. On sait que les biais cognitifs sont le fruit de l'union entre économie et psychologie. Maintenant, comment relier ces biais cognitifs avec le droit, et plus particulièrement le droit des pratiques commerciales ? Bien que lié à l'économie, de par sa forte dimension européenne ce droit pourrait sembler inadéquat pour encadrer les usages des biais cognitifs à première vue. En effet, un problème issu de ce droit est la création d'une protection générale, en témoigne l'accent mis sur le formalisme supposé protéger une caution par exemple. Or a priori, le formalisme semble très insuffisant sachant que les biais sont assez subtiles et peuvent nécessiter une étude au cas par cas, comme on le ferait avec les vices du consentement. Pourtant, les garde-fous posés par le droit civil ne seraient pas plus adéquats pour une raison. Si seules quelques personnes étaient susceptibles d'être affectées par les biais, alors la notion de vice de consentement suffirait à les protéger. En revanche, nous verrons que les biais cognitifs ont le pouvoir d'affecter un grand nombre de personnes. Pire encore, il est indifférent qu'elles soient averties ou non. Enfin, cet effet de masse est décuplé lorsque des professionnels y ont recours afin de viser les consommateurs. Comme tout le monde est un consommateur à un moment donné, les biais cognitifs se révèlent être des armes très puissantes. C'est pourquoi le droit des pratiques commerciales est le plus pertinent.

11. La directive de 2005/29/CE régit ces pratiques commerciales afin de garantir un équilibre entre les parties. Tout d'abord, elle définit une pratique commerciale comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs »<sup>10</sup>. L'article liminaire du code de la consommation précise qu'un professionnel est « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel », tandis qu'un consommateur est « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

Ensuite en vertu de la directive, une pratique commerciale n'est réprimée que si deux éléments sont réunis. Selon la qualification de la pratique comme étant déloyale, trompeuse ou agressive, les

---

<sup>10</sup> Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, article 2, d).

termes utilisés seront un peu différents. Toutefois, la logique est la même. Globalement, la pratique doit être d'une part soit contraire à la diligence professionnelle, soit trompeuse, soit agressive. D'autre part, elle doit conduire le consommateur moyen à prendre une décision qu'il n'aurait pas prise autrement. Et ce consommateur moyen est lui-même défini comme une personne raisonnablement critique, consciente et avisée de son comportement sur le marché selon la Commission européenne<sup>11</sup>.

12. Quelques problèmes sont soulevés par cette directive 2005/29. D'abord, elle est d'harmonisation maximale, ce qui signifie que les Etats-membres de l'Union européenne ne peuvent faire ni plus ni moins que ce qui a été prévu par le législateur européen. Dans des développements ultérieurs, il sera vu que ce degré d'harmonisation a posé des difficultés lorsque la France a dû transposer correctement la directive, et il se pourrait que même aujourd'hui elle ne soit pas encore satisfaisante. Ensuite, une autre difficulté rencontrée est la généralité de la directive. Certes, la Cour de justice des communautés européennes, devenue la Cour de justice de l'Union européenne, éclaire les Etats-membres en interprétant certains points et ces Etats seront tenus de se conformer à son interprétation. Il reste que la définition donnée du consommateur moyen est abstraite. Même avec l'aide apportée par la succession d'arrêts rendus par la Cour de justice, ce consommateur raisonnable reste difficile à déterminer. Pire encore, il est très probable que le profil du consommateur moyen change avec les évolutions des pratiques commerciales, et l'on pense particulièrement à l'expansion rapide du numérique au sein des pratiques commerciales.

Malgré les efforts fournis pour cerner le consommateur moyen et suivre les changements de son comportement, à défaut de pouvoir pleinement les anticiper, l'abstraction semble avoir perduré. Ou du moins, tout une partie de l'étude du consommateur a été un peu négligée, comme s'il était facile pour les législateurs nationaux et les praticiens de l'appréhender. Certes, être général a le mérite d'englober un très grand nombre de situations. Mais sans comprendre un consommateur, comment est-il possible de le protéger efficacement ? C'est là que toutes les sciences comportementales telles que la psychologie, à travers les biais cognitifs, peuvent être encore plus profitables pour le droit.

13. Il sera donc intéressant de chercher à connaître la place qu'occupent les biais cognitifs dans les pratiques commerciales aujourd'hui (Titre 1) avant de se demander s'ils ont été pris en compte par le droit des pratiques commerciales (Titre 2).

---

<sup>11</sup> « Document de travail des services de la commission, Orientations concernant la mise en œuvre, l'application de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales », 25 mai 2016, p.45.

## **TITRE 1 : LA PLACE DES BIAIS COGNITIFS DANS LES PRATIQUES COMMERCIALES**

14. L'étude commencera par se focaliser sur la notion de biais cognitifs en psychologie afin d'en approfondir la compréhension (Chapitre 1). Une fois que le fonctionnement et les effets des biais seront plus familiers, cela permettra d'en chercher des applications concrètes dans les pratiques commerciales (Chapitre 2).

### **CHAPITRE 1 : LES BIAIS COGNITIFS EN PSYCHOLOGIE**

15. Comparées à la science qu'est le droit, les sciences qui touchent au fonctionnement de l'esprit sont moins anciennes. En effet si le droit est connu depuis l'Antiquité, les réflexions concernant les phénomènes mentaux ne deviendront une science à part entière qu'à la fin du XIXe siècle avec l'apparition de la psychanalyse par exemple. Toutes ces recherches n'ont pas encore permis de révéler toutes les secrets du cheminement des pensées humaines, comme le montrent les progrès accomplis régulièrement en psychiatrie ou la criminologie. Depuis Freud, l'hystérie a disparu pour laisser place au trouble dissociatif, l'addiction est devenue une discipline à part entière et son domaine n'est plus limité aux drogues et à l'alcool, et l'imagerie cérébrale permet de mieux comprendre l'activité mentale d'un patient schizophrène.

Les biais cognitifs ne font pas exception, des nouveautés sont dégagées de temps à autre et leur étude est encore imparfaite (Section 1). Malgré cette connaissance encore partielle, les biais cognitifs peuvent faire l'objet d'un classement en fonction de leur fondement (Section 2).

#### **Section 1 : L'étude inachevée des biais cognitifs**

16. En l'état actuel, les biais cognitifs ont des origines un peu imprécises (Paragraphe 1). Et parmi les biais cognitifs qui ont été découverts, certains effets recensés sont tels que le débiaisement, c'est-à-dire la prévention et la correction des biais cognitifs, fait l'objet d'intenses recherches. Elles sont menées aussi bien par des scientifiques, que des sociologues, économistes ou commerciaux tellement le débiaisement pourrait avoir d'importantes conséquences sur la société et le commerce. Néanmoins, certains d'entre eux ont déjà conclu que le débiaisement est parfois réputé impossible (Paragraphe 2).

## **§1. Les débats sur les causes des biais cognitifs**

17. Aujourd'hui encore, les biais cognitifs soulèvent des débats, qu'ils soient à propos de l'existence de certains d'entre eux, sur les effets ou sur les causes. Si l'on assimilait les causes générales à des cases, il reste que certains biais n'y rentreraient pas. Et quand bien même un biais entre dans une cause générale, il peut avoir des causes générales alternatives, exclusive ou cumulatives. Ainsi en l'espèce il ne sera pas question de faire une étude complète de toutes les causes possibles ou potentielles de tous les biais recensés, mais au moins de présenter les causes principales qui ont déjà été identifiées et auxquelles un consommateur peut être exposé.

Tout d'abord le cerveau est d'un naturel paresseux, théorie soutenue par D.Kahneman (A). De plus, Buster Benson a remarqué que la probabilité de développer des biais est augmentée par le fait que l'humain doive agir vite malgré un grand nombre d'informations à traiter, et en a dégagé quatre constats (B).

### **A. La paresse naturelle du cerveau**

18. Pour mieux comprendre ces failles de l'esprit humain, quelques explications en sciences cognitives s'imposent dans un premier temps. Dans son ouvrage « Système 1 / Système 2 »<sup>12</sup>, le professeur Kahneman explique de manière synthétique le fonctionnement du cerveau grâce à une allégorie.

19. D'abord, il existe un système 1 qui est rapide, immédiat, inconscient et qui est le plus utilisé dans la vie quotidienne. C'est un peu ce qu'on appellerait l'intuition dans le langage courant. Les contreparties de sa vitesse sont notamment l'établissement de liens de causalité même là où il n'y en a pas, des erreurs de perception ou encore le manque d'anticipation. Ce système rend ainsi l'humain sujet aux heuristiques de jugement, c'est-à-dire « a strategy that ignores part of the information, with the goal of making decisions more quickly, frugally, and/or accurately than more complex methods »<sup>13</sup>, soit un processus qui ignore une partie de l'information afin d'aller plus vite, plus simplement et/ou plus précisément que des méthodes complexes. L'heuristique n'est pas à confondre avec le biais cognitif malgré les similarités. L'heuristique de jugement peut certes entraîner un biais cognitif, qui lui-même conduit à commettre une erreur. La probabilité

---

<sup>12</sup> D.Kahneman, « Système 1 / Système 2 : Les deux vitesses de la pensée », Flammarion, 2012.

<sup>13</sup> W.Gaissmaier et G.Gigerenzer, « Heuristic Decision Making », Annual review of psychology, 2011.

d'apparition d'une heuristique, voire d'un biais cognitif puisque les deux peuvent être liés, va augmenter si c'est le système 1 qui est en mouvement.

20. A l'inverse, le système 2 est lent, il demande des efforts de concentration et de maîtrise de soi. Il est donc employé pour prendre des décisions plus complexes. Par exemple, il permet de hiérarchiser des informations selon leur qualité, d'analyser, de faire des déductions ou encore de longs calculs. Il a donc une nature coûteuse en énergie et un caractère subsidiaire. Toujours est-il qu'activer le système 2 n'est pas non plus une garantie d'arriver à un raisonnement ou une réponse correcte. Il peut seulement essayer d'intervenir pour corriger une erreur du système 1 s'il la détecte. Concernant le domaine de chaque système, logiquement, la définition d'une décision complexe ou d'un calcul difficile va varier selon les compétences des sujets. Mais étant donné que le cerveau humain est naturellement paresseux, là où le système 2 serait utile voire nécessaire c'est le système 1 qui va souvent l'emporter et ce quelque soit l'expertise de la personne.

21. La difficulté de faire appel au système 2 est encore plus marquée lorsque les ressources cognitives sont épuisées temporairement. Cet état de fatigue mentale est nommé épuisement du moi ou de l'ego, qui a été mis en lumière par une expérience du psychologue Roy Baumeister et de ses confrères en 1998<sup>14</sup>. En l'espèce, le chercheur avait cuit des cookies au chocolat et les avait placés dans une pièce à côté de radis. Des étudiants furent séparés en deux groupes. Le premier avait le droit de manger les cookies tandis que le second ne pouvait prendre que des radis. Par la suite, le chercheur a donné aux deux groupes un casse-tête impossible à réaliser. Il constata que le premier groupe tenta de résoudre le casse-tête pendant presque vingt minutes, tandis que le second, qui a dû résister aux cookies, ne réfléchit que pendant huit minutes avant d'abandonner. Avec cette expérience, le psychologue conclut que la maîtrise de soi diminue après l'exécution d'une ou plusieurs tâches successives nécessitant cette même maîtrise. Aujourd'hui, ce phénomène renvoie à ce qu'on pourrait appeler la notion d'auto-contrôle.

## B. La nécessité d'agir vite

22. Selon un classement des biais nommé « Codex »<sup>15</sup> et réalisé en 2016 par Buster Benson, web developer et ancien manager, les biais cognitifs sont liés à quatre constats plus ou moins indissociables.

---

<sup>14</sup> R.Baumeister, E.Bratslavsky, M.Muraven et D.Tice , « Ego depletion. Is the active self a limited resource ? », Journal of Personality and Social Psychology, 5, mai 1998.

<sup>15</sup> voir annexe I et le blog de Buster Benson : <https://busterbenson.com/piles/cognitive-biases/>

23. Premièrement, beaucoup d'informations sont réceptionnées par le cerveau. Il lui est naturellement impossible de prendre le temps de les traiter minutieusement. Une sorte de tri rapide s'effectue alors inconsciemment la plupart du temps. Sans ce tri, il faudrait de longues minutes pour anticiper et analyser chaque mouvement avant de pouvoir enfileur un pull ou faire un court trajet à pied par exemple car l'on se demanderait quel mouvement serait le plus efficace tout en étant le moins énergivore possible. Toutefois, les ressources cognitives ne suffisent pas toujours pour gérer le traitement des informations. Cette limite se nomme surcharge cognitive, qui « correspond à un état mental où un individu est engagé dans la réalisation d'une tâche extrêmement exigeante pour lui : il ne dispose pas des ressources cognitives suffisantes à une mise en œuvre aisée de cette tâche » selon le psychologue André Tricot<sup>16</sup>.

Par conséquent, un biais cognitif peut être fonctionnel et indispensable pour éviter la surcharge cognitive. Mais s'il est trop prononcé, le biais risque de fausser la perception de la réalité puisqu'il occulterait des éléments indispensables. Cela peut notamment être le cas des biais relatifs à la perception des informations, tels que le biais de perception sélective. Selon Stéphane Perrissol et Alain Somat<sup>17</sup>, ce biais vise pour un individu à « se protéger, autant que possible, d'une prise de conscience des informations qui ont, pour lui, une signification émotionnelle non plaisante ». Or passer outre un élément déplaisant c'est prendre le risque de ne pas traiter une information qui pourrait pourtant être vitale pour obtenir un raisonnement correct.

24. Deuxièmement, alors que le cerveau est déjà incapable de traiter toutes les informations qui lui parviennent, l'humain a tendance à réagir rapidement. La rapidité était une question de survie, et ce réflexe instinctif n'a pas disparu même après des millions d'années d'évolution. Lorsque les humains étaient des proies très faciles, il coûtait moins cher de réagir à une fausse alerte rapidement que de ne pas réagir immédiatement et prendre un risque pour sa santé ou sa vie<sup>18</sup>. Certes, de nombreuses menaces n'en sont plus aujourd'hui mais d'autres sont apparues. Dans la vie courante, il faut par exemple prendre garde à ne pas se faire percuter par une voiture lorsque la circulation est très dense. De même, il arrive souvent que les parents de jeunes enfants soient eux aussi encore soumis à un état d'hypervigilance.

25. Troisième, si les informations ne sont pas toujours parfaites alors l'esprit en fait abstraction, la rapidité primant. Pour cela, si elles sont incomplètes ou incohérentes alors l'humain comble les

---

<sup>16</sup> A.Tricot, « Surcharge cognitive », Encyclopædia Universalis, consulté le 30 avril 2021.

<sup>17</sup> S.Perrissol et A.Somat, « L'exposition sélective : bilan et perspectives », *L'année psychologique*, 2009, p.551-581.

<sup>18</sup> H.Guillaud, « Attention à l'attention », *Internetactu*, 4 avril 2018.

absences ou redonne du sens, quitte à ce que cela soit erroné. D'une part, cela conduit par exemple à des erreurs de calcul, de probabilité ou de statistiques. B.Benson cite en exemple le biais du survivant, selon lequel l'efficacité ou la qualité sera surestimée car le sujet se focalise sur les réussites tout en ne prenant pas en compte tous les échecs dans son calcul. Dans le cas particulier de la performance des organismes de placements collectifs en valeurs mobilières, Laurent Bergeruc avait expliqué en 2004 que le biais est en cause lors d'une fusion de fonds non performants dans des fonds performants sans que cela soit su, ce qui pouvait laisser croire qu'il n'existe que des fonds performants<sup>19</sup>. D'autre part, l'imperfection combinée à la rapidité mène à favoriser ce qui est déjà connu du sujet, autrement dit ce qui lui est familier lui paraîtra meilleur alors qu'il n'existe pas de liens automatiques entre familiarité et qualité.

26. Enfin, le traitement rapide des informations comprend un tri de ce que l'humain va mémoriser, que cela soit à court ou long terme. Tout comme les biais cognitifs, la mémoire est encore mystérieuse sur de nombreux points, en témoigne la maladie d'Alzheimer pour laquelle il n'existe pas encore de traitement totalement efficace. Plus généralement, tout le monde peut se rendre compte que le processus de mémorisation est ou semble imparfait même s'il existe de nombreuses techniques pour l'améliorer. Cette imperfection est renforcée par l'apparition de biais cognitifs. Toujours selon le Codex de B.Benson, l'esprit a tendance par exemple à modifier les souvenirs une fois que les événements qui les constituent sont terminés.

27. Avec ces quatre constats on a compris qu'en plus de l'épuisement du moi, la surcharge cognitive est également une source abondante de biais cognitifs. Or cette surcharge peut être exacerbée volontairement ou involontairement. Le responsable peut être le sujet lui-même ou des tiers, qui peuvent être aussi bien des professionnels que des consommateurs. Et il se trouve que ces dernières années, de nouvelles situations énergivores en ressources cognitives semblent être apparues. Par exemple, il existe des maux modernes tels que le burn-out. Mais la sphère purement professionnelle n'est pas le seul terrain préféré de la surcharge et par extension des biais cognitifs. En effet, Internet et les nouvelles technologies permettent un accès à davantage d'informations et de presque n'importe où. Là où il fallait se déplacer dans une bibliothèque ou un kiosque à journaux, désormais un smartphone suffit. En ce sens, une étude de Jean Caire et Sylvain Conchon témoigne

---

<sup>19</sup> L.Bergeruc, « La prise en compte du biais statistique : l'effet des sicav actions disparues sur la performance globale », *Management & Avenir*, 2, 2004, p.141-156.

de la facilitation pour manipuler les biais cognitifs dans un environnement connecté<sup>20</sup> car non seulement les informations sont très nombreuses, elles sont également loin d'être toutes parfaites. Par conséquent, les situations favorisant les biais sont multipliées.

Pour résumer le problème qui vient d'être relevé, on peut citer le professeur d'Harvard, Edward Wilson, qui affirme que les humains ont des « Paleolithic emotions and godlike technologies »<sup>21</sup>. En français, cela signifie qu'ils ont les mêmes émotions qu'à l'époque du paléolithique (la première phase de la Préhistoire) alors qu'ils disposent d'une technologie divine.

## **§2. Les débats sur le débiaisement**

28. Même dans une situation favorisant l'apparition des biais cognitifs, il reste possible de limiter le développement de quelques biais cognitifs et d'en corriger les effets grâce à une formation adéquate (A). Néanmoins, il semble très peu réalisable d'apprendre à éviter tous les biais cognitifs, tant et si bien que seul le redressement cognitif est envisageable. Ce dernier se distingue du débiaisement car il ne vise qu'un aspect curatif (B).

### **A. Un débiaisement partiel envisageable**

29. Assez logiquement, un peu de formation en mathématiques, en statistiques et en probabilités peut être utile pour prévenir et corriger plusieurs biais puisque ce sont des ressources utilisées lorsqu'une personne se concentre et fait appel à la logique. Expliquer et convaincre qu'un raisonnement est entaché d'une ou plusieurs erreurs peut suffire à corriger un biais, mais encore faut-il que la personne qui y est sujette accepte l'erreur et ne développe pas d'autres biais lorsqu'elle devra en tirer des conséquences. S'il s'agit de lois mathématiques relativement simples et réaffirmées de nombreuses fois par des experts dans ce domaine, de par leur objectivité la preuve de l'erreur est plus facile à apporter, et par extension le risque de s'entêter, de voir apparaître d'autres biais est moins important.

Néanmoins, le savoir n'est pas suffisant, qu'il soit mathématique, psychologique ou scientifique plus généralement. Le professeur Kahneman prend l'exemple de l'illusion de Muller-Lyer<sup>22</sup> : un

---

<sup>20</sup> J.Caire et S.Conchon, « Influence 2.0 : comprendre les opérations d'influence dans un monde hyperconnecté », Congrès Lambda Mu 21 « Maîtrise des risques et transformation numérique : opportunités et menaces », Reims, octobre 2018.

<sup>21</sup> E.O.Wilson, « What Is Human Nature ? Paleolithic Emotions, Medieval Institutions, God-Like Technology », pour le site Big Think, 3 octobre 2017.

<sup>22</sup> voir annexe II



sujet a beau savoir qu'il est face à une illusion et donc qu'il risque de tomber dans un piège, ce n'est pas pour autant que ce piège ne sera pas efficace. Par conséquent, il n'est pas facile de contrer les biais mais ralentir, éviter les distractions pour mieux se concentrer, faire appel à son système 2 est possible et permettrait d'éviter quelques biais ou au moins de limiter leurs effets.

30. Un autre moyen d'atténuer les effets des biais serait leur apprentissage. Carey Morewedge, professeur de marketing, a participé à l'élaboration de formes de débiaisement applicables à n'importe quel domaine en 2015. Pour ce faire, des jeux interactifs avec six biais cognitifs ont été inventés. Des vidéos pédagogiques ont également été créées, mais elles se sont révélées moins efficaces. Les résultats<sup>23</sup> obtenus grâce aux jeux montrent une réduction immédiate de la survenue des biais des participants d'un peu plus de 30% et une réduction à long terme (quelques mois plus tard) de plus de 23%. Deux limites peuvent être déduites, la première consiste en la diversité des biais cognitifs qui implique de créer de nombreux jeux pour apprendre à les parer or c'est plus difficile et plus long que de tourner une vidéo, et la seconde réside dans le taux d'efficacité qui reste relativement bas.

31. Enfin, on peut noter que l'Union européenne s'est intéressée à l'atténuation des biais cognitifs dans un autre domaine particulier de 2012 à 2015, à travers le projet Recobia. L'objectif était l'amélioration des services de renseignements<sup>24</sup>. En effet, les agents de ces services se doivent d'être particulièrement concentrés, objectifs pendant leurs missions de collecte et de traitement des informations. Les recherches ont d'abord permis de recenser vingt-huit biais cognitifs auxquels des agents seraient susceptibles d'être soumis. Ensuite, des méthodes pour atténuer les biais ont été créées spécialement pour les agents. Certes, l'intérêt de la recherche peut être nuancé car ce qui a été prévu ne peut évidemment pas être transposé sur le fond aux relations commerciales. De plus, il n'est pas possible de savoir à quel point ces méthodes sont efficaces. Malgré tout, ce projet a eu le mérite de montrer qu'il est possible de réduire les effets des biais et que l'Union européenne a commencé à saisir leurs enjeux.

---

<sup>23</sup> C.Morewedge, « Debiasing decisions : Improved decision making with a single training intervention », Behavioral and Brain Sciences, 2015, p.129.

<sup>24</sup> Cordis, « Des chercheurs de l'UE présentent des stratégies pour renforcer l'analyse de renseignements », 29 janvier 2015.

## B. Le redressement cognitif à titre subsidiaire

32. Un premier cas précis permet d'illustrer le recors au redressement cognitif et non au débiaisement. Pour le docteur en psychologie sociale Nicolas Sommet, l'habileté cognitive, c'est-à-dire l'intelligence et les connaissances, n'est pas ce qui permet d'échapper au biais de confirmation. Il définit ce biais comme une « tendance à traiter l'information en recherchant ou en interprétant l'information qui correspond à ses croyances existantes »<sup>25</sup>. Par exemple, les chercheurs y sont sensibles alors qu'ils font souvent preuve de logique. Nicolas Sommet pense que les personnes ayant besoin d'avoir des réponses claires ou qui cherchent particulièrement à être performantes ont un biais de confirmation plus important.

Toutefois pour ce biais, lui et Fabrizio Butera, professeur en psychologie sociale, suggèrent une solution dégagée à partir d'une expérience. Cela consiste à montrer à des personnes une boîte contenant une pyramide à base carrée. La boîte a deux ouvertures, une latérale et une autre en-dessous. Chaque participant regarde dans une des ouvertures, puis ils discutent du contenu. Souvent, aucun accord n'est trouvé, car certains diront qu'ils ont vu un triangle et d'autres diront que c'est un carré. Puis en découvrant la pyramide, ils comprennent que personne n'a tout à fait raison et personne n'a complètement tort. Ils en concluent qu'il faut savoir se mettre à la place de l'autre et combiner les informations pour atteindre la vérité et donc corriger son biais de confirmation.

33. Un second cas précis montre que le redressement est la seule possibilité, cette fois à propos de la procrastination ou la tendance à remettre au lendemain ce que l'on peut faire aujourd'hui. En effet, quand bien même une personne serait au courant de ses biais cognitifs, encore faut-il qu'elle réussisse à se maîtriser, à faire preuve de volonté et de rigueur. Dan Ariely, économiste et psychologue, pense que la personne qui connaît et admet sa faiblesse aura plus de chances d'utiliser des outils pour y remédier à défaut de ne pas pouvoir éviter l'apparition du biais. Dans son exemple<sup>26</sup>, il devait s'injecter un médicament qui avait des effets secondaires désagréables mais qui l'empêcherait de contracter une maladie sévère dans quelques années. Il admet ne pas avoir pu s'empêcher de ressentir l'envie de ne pas faire ses injections, tout en sachant ce qu'il risquait. Alors pour schématiser, afin d'éviter de céder à la première récompense (éviter les effets désagréables) tout en gagnant la deuxième récompense (ne pas devenir gravement malade) il a ajouté une

---

<sup>25</sup> J.Hernandez, « Biais de confirmation : pouvez-vous le contrer ? », Futura Santé, 2 février 2021.

<sup>26</sup> D.Ariely, « The Secret to Kicking Procrastination: Reward Yourself », disponible sur la chaîne YouTube Big think, 24 avril 2012.

« troisième récompense » plus immédiate que la deuxième. Cela revient par conséquent à détourner son attention de la première récompense à laquelle il faut résister. Pour l'anecdote, il s'agissait d'aller acheter une cassette le matin, puis de regarder un film immédiatement après l'injection et ce jusqu'à ce que les désagréments disparaissent.

## **Section 2 : Le classement possible des biais cognitifs**

34. Même si l'on peut remarquer des similarités, il y a presque autant d'effets qu'il existe de biais cognitifs. Et au vu de leurs effets, certains biais vont davantage concerner les relations commerciales et le consommateur. Ces biais font appel à l'instinct immédiat (Paragraphe 1) ainsi qu'aux capacités de réflexion (Paragraphe 2).

### **§1. Les biais relatifs à l'instinct immédiat**

35. Cet instinct immédiat fait référence à des pensées intuitives, non filtrées, c'est en quelque sorte « la première impression ». Appliqué aux relations commerciales, un professionnel peut selon les cas tenter d'influencer le jugement du consommateur (A), mais également de créer chez lui une envie d'achat ou de poursuite du service (B).

#### **A. Influencer un jugement**

36. D'abord, le jugement peut être altéré par le biais de réactance ou effet boomerang, qui revient à faire l'inverse de ce qui est suggéré. Ainsi, attaquer une fausse croyance ne fait que la renforcer parfois, même en le faisant avec des arguments rationnels, des preuves. Ce biais est une manifestation d'un mécanisme de défense : quand le sujet pense que sa liberté de choix est menacée et que ce qu'il pense est remis en cause, son esprit risque de tenter de se raccrocher à ses convictions coûte que coûte. Par conséquent, plus on essaye de la persuader et plus la personne résiste. Cela a été illustré par exemple dans des expériences réalisées par la professeure de marketing Carolina Werle et deux de ses collègues<sup>27</sup>. Ils constatent d'une part qu'une étiquette nutritionnelle claire favorise une intention d'achats, que le produit soit sain ou malsain pour la santé, et d'autre part ce phénomène est accentué chez les personnes ayant de faibles connaissances en nutrition. Or, le but de l'étiquette nutritionnelle est notamment de décourager la surconsommation d'aliments mauvais pour la santé.

---

<sup>27</sup> O.Corneille, P.Gomez, C.O.C.Werle, « The pitfall of nutrition facts label fluency: easier-to-process nutrition information enhances purchase intentions for unhealthy food products », Marketing Letters, 28, 2017, p.15-27.

37. Ensuite, le jugement peut être influencé par le biais de cadrage ou framing effect en anglais. Selon ce biais, la description d'un problème va influencer la manière de raisonner. L'expérience réalisée par D.Kahneman et A.Tversky illustre bien le fonctionnement du biais<sup>28</sup>. Deux énoncés sont proposés, et bien que formulé de manière différente, le problème mathématique est le même.

Dans le premier énoncé, les sujets devaient choisir entre deux scénarios permettant de faire face à une épidémie dont on sait qu'elle fera six cents morts. Dans le scénario A, deux cents personnes sont sauvées, dans le B il existe une chance sur trois de sauver les six cents personnes et deux chances sur trois que personne ne soit sauvé. Les résultats montrent que 72% des sujets ont choisi le scénario A, soit de sauver deux cents personnes.

Dans le second énoncé, il est en revanche question de faire mourir des gens, et non de les sauver. Dans le scénario A, quatre cents personnes devront mourir, tandis que dans le B il y a une chance sur trois de ne faire mourir personne et deux chances sur trois de faire mourir six cents personnes. Cette fois, 78% des sujets ont préféré prendre le scénario B.

Le biais de cadrage se retrouve partout dès lors qu'il y a un choix à faire. A titre d'exemple, on le retrouve dans la conception des messages de prévention pour la sécurité routière, comme le montre une étude réalisée par les chercheurs François D'Onghia, Nicole Dubois et Patricia Delhomme<sup>29</sup>. Ils avaient observé que les messages cadrés négativement, c'est-à-dire mettant en avant les inconvénients ou les pertes, ont plus d'effets que ceux cadrés positivement. Autrement dit, préciser que dépasser les limitations de vitesse brise des vies est plus efficace que d'affirmer que les respecter sauve des vies.

38. Un jugement peut être aussi perturbé par les croyances existantes hors mécanisme de défense. A ce titre le biais de confirmation, défini précédemment<sup>30</sup> et également appelé biais de croyance, fait partie de ces perturbateurs. Pour préciser un peu le fonctionnement de ce biais, une expérience récente de Calvillo et Smelter réalisée en 2020<sup>31</sup> peut aider à sa compréhension. En l'espèce, des sujets devaient analyser la véracité d'un certain nombre de titres d'actualités. Puis ils devaient évaluer un ensemble plus important de titres comprenant des titres déjà vus et des

---

<sup>28</sup> D.Kahneman et A.Tversky, « The Framing of Decisions and the Psychology of Choice », Science, 211, 1981.

<sup>29</sup> F.D'Onghia, P.Delhomme et N.Dubois, « Effets du cadrage et de la présence d'une image dans les messages de prévention sur l'intention comportementale en faveur du respect des limitations de vitesse », Les cahiers internationaux de psychologie, 2007, p.17-34.

<sup>30</sup> voir supra, point 32.

<sup>31</sup> D.Calvillo et T.Smelter, « An initial accuracy focus reduces the effect of prior exposure on perceived accuracy of news headlines », Cognitive Research: Principles and Implications, 55, 2020.

nouveaux titres. Les résultats montrent que les anciens titres ont été jugés plus exactes que les nouveaux. De plus, les deux chercheurs en psychologie ont déduit qu'une information politique est considérée plus crédible si elle entre dans les opinions politiques des sujets, inversement si elle contredit leurs opinions alors elle leur semble moins crédible. Ce biais génère donc par exemple un problème pour déceler et combattre les fake news.

39. Dans le même ordre d'idées, le biais de halo, ou effet halo, pourrait être imagé de la manière suivante : « Les amis de mes amis sont mes amis ». D'un point de vue technique, avec ce biais, un élément déclencheur que l'on estime positif à propos d'une personne, d'un objet ou d'un service rend plus positives ses autres caractéristiques. L'inverse est vrai également, le biais de halo fonctionne pour un élément négatif qui va influencer négativement le jugement du sujet sur les autres traits en dépit de toute objectivité. A titre d'exemple, si un individu est considéré comme beau et que la beauté est une caractéristique positive pour la personne étudiée, alors cette personne peut être soumise au biais de halo. Le cas échéant, elle risque de penser que l'individu est plus aimable, compétent ou sérieux qu'un autre individu ne rentrant pas dans ses critères esthétiques. Transposé au monde professionnel, le biais peut entraîner des discriminations en fonction de la beauté certes, mais aussi de la couleur de peau ou du sexe. Enfin, le biais de halo partage une problématique avec le biais de confirmation. En effet, le jugement peut être influencé sur des caractéristiques telles que la véracité et l'objectivité. Une étude de 2004 réalisée par la professeure de psychologie Pamela Briggs et d'autres enseignants a d'ailleurs montré que les personnes ont tendance à juger plus crédibles les informations contenues sur un site internet si ce dernier leur semble attrayant<sup>32</sup>. En conclusion, le biais de halo fait établir des liens de causalité là où il n'en existe pas. Les amis de mes amis ne devraient pas être nécessairement mes amis.

40. Enfin, le biais d'endogroupe ou erreur ultime d'attribution répond au même ordre d'idées. Il a fait l'objet de recherches par Thomas Pettigrew en 1979<sup>33</sup>, qui observe que le biais conduit à favoriser les membres que l'on considère comme faisant partie de son groupe. Bien que ressemblant un peu au biais de halo, il s'en distingue car le seul élément déclencheur qui a une influence positive ou négative est le groupe. Par exemple, un recruteur va préférer embaucher une femme s'il est une femme, et inversement s'il est un homme. Cela vaut aussi pour de multiples critères, il peut

---

<sup>32</sup> P.Briggs, L.Fishwick, P.Richard Harris et E.Silence, « Trust and mistrust of online health sites », CHI2004 Conference on Human Factors in Computing Systems, Vienne, 2004.

<sup>33</sup> T.Pettigrew, « The Ultimate Attribution Error : Extending Allport's Cognitive Analysis of Prejudice », Personality and Social Psychology Bulletin, 4, 1979.

avoir un meilleur jugement, au moins au début des échanges, si le candidat a fait ses études dans la même université ou bien s'ils ont la même origine ethnique. Par conséquent, le biais d'endogroupe peut lui aussi causer des problèmes en matière de discrimination.

## B. Jouer sur l'envie

41. Tout d'abord, un biais concerne particulièrement les relations commerciales. L'effet du mot gratuit concerne la réaction des consommateurs lorsqu'on leur propose un produit ou service gratuit comme son nom l'indique. Ce biais a fait l'objet d'une expérience par D.Ariely<sup>34</sup> au cours de laquelle des étudiants devaient faire un achat de chocolats. Dans un premier scénario, ils devaient choisir entre du chocolat de qualité à quinze centimes l'unité ou du chocolat de moindre qualité à un centime. 75% des étudiants ont alors choisi de payer quinze centimes. Puis dans un second scénario, le prix des chocolats est abaissé d'un centime ce qui conduit à un choix entre du chocolat à quatorze centimes ou du chocolat gratuit. Résultat, cette fois 70% des étudiants ont pris le chocolat gratuit malgré la qualité laissant à désirer. En résumé, un futur consommateur se dit que c'est gratuit alors pourquoi s'en priver ?

42. Egalement, un consommateur peut être vulnérable au biais ou syndrome de « fear of missing out », souvent abrégé FOMO. Sa traduction française est « la peur de rater quelque chose », à ne pas confondre avec le biais d'aversion à la dépossession (voir infra, point 53). Bien que mis récemment au centre de recherches à cause de son utilisation dans la sphère numérique majoritairement, ce biais pourrait ne pas être si nouveau que cela. Une personne à laquelle on propose une promotion professionnelle ou une mutation et qui hésite à se lancer va se demander si justement elle ne rate pas quelque chose. De même, les investisseurs y sont également très susceptibles, car l'on peut résumer ce biais par cette pensée : « ne vais-je pas rater une énorme opportunité ? ». Les professionnels et les consommateurs sont concernés y compris en crowdfunding, c'est-à-dire un « échange de fonds entre individus en dehors des circuits financiers institutionnels, afin de financer un projet via une plateforme en ligne »<sup>35</sup>. Et dans ce cas particulier, il existe une technique nommée l'astroturfing qui attire les contributeurs en proposant notamment « au démarrage une contrepartie en quantité limitée à un prix inférieur, voire à perte »<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> D.Ariely, « C'est (vraiment ?) moi qui décide » Flammarion, 2008.

<sup>35</sup> Ministère de l'économie, des finances et de la relance, « Qu'est-ce que le financement participatif ? », 12 nov. 2020.

<sup>36</sup> M.Nizon, « L'astroturfing », 6 mai 2016.

43. Ensuite, le biais d'actualisation hyperbolique repose d'abord sur l'octroi d'une récompense à un sujet, que ce soit par lui-même ou par un tiers, en échange d'un effort. L'attrait de la récompense est un mécanisme primitif qui est connu en neurologie. Plus exactement, le biais de l'actualisation hyperbolique consiste à favoriser la récompense la plus immédiate, en comparaison avec une récompense différée et y compris si cette dernière est plus importante que la première. Pour mieux comprendre son fonctionnement, voici la description d'une expérience sur une population particulière : les enfants. Elle a été réalisée pour la première fois en 1972 par le psychologue Walter Mischel. Il pose un chamallow devant un enfant, et s'il résiste à la tentation de le manger pendant quinze minutes alors il en obtiendra un second. Deux tiers des enfants n'ont pas résisté au premier chamallow, la récompense actuelle prévalant sur la seconde alors qu'elle est moins importante. Dans les nombreuses vidéos existantes<sup>37</sup> relatant cette expérience, on peut remarquer que les enfants ayant résisté à la tentation ont évité de fixer le bonbon en se racontant des histoires ou encore en fermant les yeux pendant les quinze minutes.

44. Le biais d'actualisation hyperbolique n'est pas seulement utilisé pour éduquer, il est omniprésent y compris chez les adultes alors qu'ils devraient être plus raisonnables, ou du moins capables de mieux anticiper en général. Puisque tout adulte est un jour un consommateur, ce biais les concerne donc. L'ajout progressif de points sur le permis après son obtention si aucune infraction n'est commise alors que certains conducteurs sont tentés de dépasser les limitations de vitesse, souvent préférer un film amusant et anodin plutôt qu'un film moins drôle mais qualifié de grand classique et mettre ce dernier dans sa liste des films à voir parce que le rire est plus attrayant dans l'immédiat qu'une culture cinématographique enrichie ... ces deux exemples reposent sur une récompense immédiate qui paraît plus attirante sur le moment. De même, la récompense qu'est rester en bonne santé sur le long terme est parfois moins tentante que de consommer avec excès nourriture riche en matières grasses, tabac, drogues ou alcool. Cependant dans l'étude réalisée par J.Henson en 2006<sup>38</sup>, il est possible qu'une personne puisse favoriser une récompense, un plaisir immédiat tout en se préoccupant des événements futurs potentiellement négatifs. Cela pourrait se traduire par une réflexion ressemblant à « c'est d'accord pour manger beaucoup aujourd'hui mais demain il faut faire du sport » (et l'activité physique sera vraiment pratiquée).

---

<sup>37</sup> exemple de vidéo : « The Marshmallow Experiment - Instant Gratification », disponible sur la chaîne YouTube FloodSanDiego, 29 avril 2010.

<sup>38</sup> J.Henson, M.Carey, K.Carey et S.Maisto « Associations among health behaviors and time perspective in young adults : model testing with boot-strapping replication », *Journal of Behavioral Medicine*, 2, p.127-137.

45. Enfin, un dernier biais semble particulièrement pertinent dans les relations commerciales. L'effet de domination asymétrique ou dit également « effet de leurre » permet d'influencer un choix entre les deux branches d'une option en ajoutant une troisième branche qui sert de leurre. Par comparaison, la troisième branche va accentuer l'intérêt pour une des deux premières branches. Il s'agit donc bien de créer une envie là où initialement elle n'existait pas. L'effet de leurre est particulièrement utilisé en commerce, par exemple. Le biais est répandu car d'une part il est relativement simple à mettre en place et d'autre part, la plupart des gens ne savent pas ce que vaut réellement une caractéristique d'un produit ou un service d'un point de vue strictement monétaire. De plus, ce biais est non seulement étendu mais également efficace. Il suffit de créer un leurre avec un prix très proche du produit dont on souhaite faire augmenter les ventes, mais ce leurre aura des qualités moindres. A moins que la personne visée ait des limites tenant à son budget et qui lui feraient choisir la branche la moins coûteuse, le leurre la poussera à avoir une pensée similaire à celle-ci : « Pour si peu d'argent à dépenser en plus, autant prendre le produit ou service qui a le plus de qualités ». Il est évidemment possible de démasquer le leurre s'il est grossier, et même si ce n'est pas le cas la personne ciblée pourrait y arriver en faisant appel à toutes ses capacités de réflexion. Malgré tout, ce n'est pas aussi simple que cela peut en avoir l'air.

## **§2. Les biais relatifs aux capacités de réflexion**

46. Même bien entraînée, la mémoire a des failles qui seront exploitées par les professionnels (A). De plus, tout consommateur est susceptible de faire des erreurs de calcul, notamment parce qu'il a de mauvaises bases en mathématiques (B).

### A. Les failles de la mémoire

47. Le biais d'ancrage est une faille selon laquelle le « jugement est fortement influencé par l'exposition préalable de celui qui juge à une valeur de référence »<sup>39</sup>, une ancre. C'est en quelque sorte la difficulté de se détacher de la première impression. Son application se retrouve par exemple dans l'estimation de biens immobiliers et dans tout ce qui peut impliquer une négociation en général. Celui qui propose en premier le prix se retrouve avantagé car toutes les discussions partiront de ce point et il ne sera pas aisé de faire grandement évoluer le montant. Le problème de ce biais est la difficulté de se détacher de l'ancre quand bien même elle est démontrée comme

---

<sup>39</sup> J.Goldszlagier, « L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire », Les cahiers de la justice, 4, 2015



imprécise ou fautive par de nouvelles informations plus exactes, pertinentes ou récentes. L'ancre semblera malgré tout plus claire, plus importante même si quelques ajustements mineurs peuvent être faits dans le raisonnement.

Outre les négociations, l'ancrage peut également influencer des réponses dans un contexte de question-réponse. L'ordre des questions est une démonstration du biais d'ancrage, et cela a été montré dans des expériences par le psychologue Fritz Strack et ses collègues Leonard Martin et Norbert Schwartz réalisées en 1988<sup>40</sup>. En l'espèce, deux questions ont été posées à des étudiants. L'une concerne le nombre de sorties réalisées, l'autre concerne le niveau de bonheur. Lorsque les chercheurs ont demandé en premier le nombre de sorties, il y a eu une corrélation de 66% avec le taux de bonheur. Inversement lorsque la question sur le bonheur était posée en première, il n'y a pas de corrélation. Autrement dit, le nombre de sorties a servi d'ancrage pour l'évaluation du niveau de bonheur.

48. Un autre biais jouant sur la mémoire est le biais de simple exposition. Il signifie que plus quelque chose est répété et plus cela semble positif. A première vue dans la vie quotidienne, il est déjà arrivé à tout le monde de ne pas apprécier une chose ou une personne la première fois, puis de lui trouver des points positifs à force de la réexposer à ses sens. Autrement dit, ce qui est familier est généralement vu de manière positive alors qu'il ne devrait pas y avoir de lien aussi fort entre les deux. Pire encore, il n'est pas nécessaire de comprendre ou connaître ce que l'on voit ou entend fréquemment. Une expérience en ce sens a été menée par Robert Zajonc et deux de ses collègues en 1993<sup>41</sup>. Des idéogrammes chinois ont été montrés très rapidement à des participants ne maîtrisant pas la langue chinoise puis il leur a été demandé si ces caractères ont une connotation positive ou négative. Les résultats indiquent que les caractères estimés positifs sont ceux qui ont été montrés le plus de fois. Comment expliquer cette réaction dénuée de raisons valables ? Tout simplement parce que les humains n'aiment pas ou ne sont pas à l'aise avec l'inconnu, et cela vaut y compris pour les personnes ayant le goût de l'aventure.

49. Egalement sur la mémoire, avec l'effet Von Restorff ce qui peut être isolé parmi un ensemble relativement homogène sera plus facilement retenu. De nombreux exemples peuvent être cités : la vache décalée de par sa couleur violette de Milka, un slogan amusant qui rime, la surbrillance ou la

---

<sup>40</sup> L.Martin, N.Schwartz et F.Strack, « Priming and communication : Social determinants of information use in judgments of life satisfaction », *European Journal of Social Psychology*, p.429.

<sup>41</sup> J.Monahan, S.Murphy, and R.Zajonc, « Additivity of nonconscious affect: Combined effects of priming and exposure », *Journal of Personality and Social Psychology*, 1995, p.589-602.

couleur d'un mot en particulier, ou encore un emplacement avec une bonne visibilité pour le consommateur. Concernant ce dernier cas, pour déterminer ce qu'est un bon emplacement, les professionnels ont notamment recours à l'oculométrie, également appelée eye-tracking. Cette technique est un « ensemble de technologies qui permet d'enregistrer les mouvements des yeux et ainsi fournir une estimation de la direction du regard »<sup>42</sup>. Elle n'est pas propre au marketing et au web design car elle est évidemment aussi employée en médecine. A titre d'exemples, avoir recours aux mouvements des yeux pour contrôler une interface serait un moyen de limiter les problèmes hygiéniques. De la même façon, il existe des logiciels de commande oculaire basé sur l'eye-tracking qui permettent de faciliter la communication de personnes paralysées.

## B. Les erreurs de calculs

50. Le biais de l'erreur du parieur est une erreur de logique. Dans un jeu aléatoire au sens mathématique, si une personne a obtenu un certain résultat de nombreuses fois alors elle est persuadée qu'elle va bientôt obtenir un autre résultat qui viendra compenser ses pertes. Par exemple, avec une pièce de monnaie parfaitement équilibrée, si une personne fait plusieurs fois pile alors elle risque de croire qu'elle fera très bientôt face. Pourtant, il n'y a pas de lien entre l'occurrence d'un évènement et sa probabilité, qui reste ici d'une sur deux. Ce biais n'a pas que des applications dans les jeux de hasard ou la finance, on le retrouve dans la vie courante. Dès lors qu'un phénomène quelconque se reproduit plusieurs fois d'affilée, les gens ont tendance à croire que ce sera différent la prochaine fois.

51. Le biais d'optimisme revient à minimiser les risques encourus pour soi quand bien même le sujet sait qu'ils existent et qu'ils touchent d'autres personnes. Ce biais a été illustré par une étude de F.Loose et B.Diadou-Martin en 2015<sup>43</sup>. Elles ont observé le comportement et les motivations des jeunes qui boivent des boissons énergisantes, et non pas énergétiques car ces dernières sont destinées aux sportifs. Elles constatent qu'ils admettent qu'il existe des dangers liés à ces boissons tout en sous-estimant les risques liés à leur propre consommation. Cette expérience confirme ce qui était déjà mis en lumière par une enquête de l'Institut de recherche du bien-être, de la médecine et du sport santé réalisée en 2012, selon laquelle 54% des sondés pensent que les boissons

---

<sup>42</sup> Q.Ju, « Utilisation de l'eye-tracking pour l'interaction mobile dans un environnement réel augmenté », thèse sous la co-direction de S.Derrode et R.Chalon, Université de Lyon, 2019.

<sup>43</sup> F.Loose et B.Diadou-Martin, « C'est mauvais pour la santé, mais j'en bois quand même ! », Revue Française du Marketing, 254, 2015, p.55

énergisantes sont dangereuses mais seulement 13% estiment que c'est dangereux pour leur propre santé. En l'espèce, c'est bien cet écart entre les deux réponses qui révèle le biais d'optimisme. Il n'est pas ici question de blâmer la confiance en ses capacités, qui est indispensable, mais de critiquer les excès que le biais peut entraîner. En effet, les répercussions du biais d'optimiste sont le freinage des comportements de limitation des risques et la réduction de l'efficacité de la prévention des risques.

52. Le biais de confiance excessive est légèrement similaire au biais d'optimisme en ce sens qu'ils concernent tous les deux la confiance en soi, mais tandis que le biais d'optimisme repose sur le calcul des risques encourus, le biais de confiance excessive vise plus particulièrement une surestimation de son propre jugement et de ses capacités. Ce biais touche tout le monde y compris les professionnels et les experts en leur domaine. Par exemple, le sujet a une sensation de contrôle sur quelque chose alors que ce n'est pas le cas, va penser qu'il est plus impartial qu'une autre personne, sous-estimer le temps ou l'argent nécessaire à la réalisation d'un projet. Ce biais est particulièrement étudié en finance comportementale, qui est le berceau de la notion de biais cognitifs. Les investisseurs sont particulièrement vulnérables car ils ont tendance à surréagir face aux informations qu'ils obtiennent de manière privée et à sous-réagir aux informations publiques. Enfin, bien que ce biais de confiance excessive puisse toucher les consommateurs, il peut toutefois être indépendant de toute intervention du professionnel. Dans une étude de Stefano DellaVigna et Ulrike Malmendier réalisée en 2006<sup>44</sup>, des sportifs devaient choisir entre trois abonnements à la salle de sport. Le forfait était soit un carnet de dix séances pour un coût de dix dollars l'unité, soit mensuel pour quatre-vingt-cinq dollars, soit annuel pour huit cent cinquante dollars. Pour que le mensuel soit utile, il fallait aller entre huit et neuf fois faire du sport, et quatre-vingt-cinq fois pour l'annuel. Or les sportifs ayant choisi l'annuel ne se sont pas rendus suffisamment de fois à la salle pour rendre leur forfait utile car ils ont payé en moyenne dix-sept dollars. Ils auraient dû prendre le carnet de dix séances, mais ils ne l'ont pas fait parce qu'ils ont sous-estimé leur paresse, les blessures et les imprévus qui les décourageraient.

53. La surestimation ne concerne pas que le sujet lui-même, elle vaut aussi pour des tiers qu'il considère, à tort ou non, comme particulièrement compétents au point de se fier démesurément à ce qu'ils diront ou feront. La personne en perd son sens critique. C'est ce qu'on appelle le biais d'autorité. La personne ou société surestimée peut très bien être un expert en son domaine que

---

<sup>44</sup> S.DellaVigna et U.Malmendier, « Paying not to go to the gym », *American economic review*, 2006, p.694-719.

quelqu'un qui emprunte des caractéristiques faisant croire qu'il est un de ces experts. On peut prendre l'exemple des personnes avec une blouse blanche, un uniforme, un costume, ou encore la notion de patron. Dès lors qu'il émane d'elle une autorité, qu'elle soit justifiée ou non, le biais d'autorité risque d'être développé. Une expérience célèbre a été menée par le psychologue Milgram en 1960<sup>45</sup>. Des sujets devaient envoyer des décharges électriques à une personne sous la supervision de médecins, allant jusqu'à des décharges mortelles (quatre cent cinquante volts). Deux tiers des sujets ont continué l'expérience jusqu'aux décharges mortelles. Malgré les cris de la personne électrocutée, les sujets ont continué l'expérience car les scientifiques leur expliquaient que c'était nécessaire pour les besoins de la science. Heureusement, les décharges n'étaient pas réelles et la personne « électrocutée » était un acteur.

54. Ensuite, l'aversion à la dépossession signifie qu'un sujet va donner plus de valeur à une chose qu'il possède qu'à une chose qu'il ne possède pas. De plus, il aura du mal à s'en séparer, à y renoncer. Bien qu'ils aient en commun le sentiment de peur, le biais de l'aversion à la dépossession est distinct du syndrome FOMO en ce qu'il empêche une action, alors que la FOMO met plutôt l'accent sur une action à faire absolument. Qui n'a jamais eu de mal à faire du tri dans ses affaires alors que le gain est la libération d'un espace, voire la possibilité de le remplir avec autre chose ? L'aversion à la dépossession a été précisée notamment par R.Thaler, D.Kahneman et A.Tversky. Dans une expérience réalisée en 1990<sup>46</sup>, des objets courants ont été répartis entre deux groupes de personnes. Dans l'un, les objets sont en leur possession tandis que dans l'autre groupe ce n'est pas le cas. Les résultats montrent que les prix proposés par les personnes possédant les biens sont environ deux fois supérieurs aux prix proposés par les personnes ne les possédant pas.

55. Un peu en lien avec l'aversion à la dépossession, le biais de statu quo est une préférence à rester dans une certaine situation alors qu'elle ne convient pas au sujet. Elle s'explique notamment par la peur du changement, ou parce que ce dernier demande des efforts que le sujet n'est pas décidé à produire. Plus qu'une préférence, le biais peut aussi se traduire par une vraie résistance du sujet. Cela posera des difficultés lorsque le changement est réellement nécessaire, pour éviter des pertes financières qui ne pourront pas être compensées par exemple.

---

<sup>45</sup> S.Milgram, « Issues in the study of obedience: A reply to Baumrind », *American Psychologist*, 1964, p.848-852.

<sup>46</sup> L'académie royale des sciences de Suède, « Richard H. Thaler. Intégrer économie et psychologie », *Revue française d'économie*, 4, p.3-56.

56. Pour finir, l'effet Delmore ou loi de futilité de Parkinson, revient à se préoccuper des sujets les plus insignifiants, les plus simples au lieu de privilégier les problèmes plus complexes, graves ou urgents. Ils se retrouvent remis à plus tard ou réglés partiellement. Cyril N. Parkinson, écrivain et découvreur du biais en 1955<sup>47</sup> avait pris comme exemple un débat autour d'un réacteur nucléaire qui avait été rapidement clos, tandis que les discussions autour de la couleur de l'abri à vélo pour le personnel de la centrale s'éternisaient. Comment expliquer ce biais si peu rationnel ? La peur de prendre la mauvaise décision, le manque de confiance en soi, la complexité du sujet sont des éléments de réponse. Enfin, on peut noter que ce biais trouve des applications dans d'autres domaines : politique, économie, optimisation du temps de travail ...

57. En conclusion, les biais cognitifs risquent d'être néfastes pour les raisonnements pour plusieurs raisons. Ils représentent un mécanisme presque invisible et automatique, ils ont des applications dans tous les pans de la vie privée et professionnelle, leur cause peut être interne, externe ou les deux à la fois. Et enfin, peu leur importe que le sujet soit considéré comme particulièrement expert dans son domaine par ses pairs, ou encore comme étant généralement indifférent à toute influence. Par conséquent, si chaque type de décision peut être entachée de biais cognitifs, alors la décision d'acheter ou de ne pas acheter ne devrait pas leur échapper. Pour un professionnel, il devient alors tentant de favoriser l'apparition de certains biais cognitifs de ses potentiels et actuels clients, afin de renforcer l'efficacité de ses pratiques commerciales.

---

<sup>47</sup> CN.Parkinson, « Parkinson's law », The Riverside Press, 1957.

## **CHAPITRE 2 : L'USAGE DES BIAIS COGNITIFS DANS LES PRATIQUES COMMERCIALES**

58. Tous les professionnels n'ont peut-être pas conscience qu'ils misent sur nos biais cognitifs. Mais dans les faits, de nombreuses pratiques commerciales reposent sur la connaissance de la psychologie du consommateur afin de mieux l'influencer. Alors pour préciser l'étendue du rôle des biais cognitifs dans les relations entre consommateur et professionnel, on peut se demander si les biais sont utilisés à toutes les étapes de cette relation. Il ne s'agit pas de recenser toutes les pratiques existantes, seuls des exemples de pratiques courantes seront présentés et classés en fonction du but recherché. Toutefois, certains biais peuvent servir le professionnel pour atteindre plusieurs objectifs. Par conséquent, ces biais cognitifs seront étudiés parfois sous plusieurs angles. Quoiqu'il en soit dans un premier temps, un professionnel doit d'abord attirer l'attention du potentiel consommateur sur ce qu'il veut (Section 1), et une fois que cela est fait, il devra alors être capable de le conserver (Section 2).

### **Section 1 : L'usage des biais cognitifs pour attirer le consommateur**

59. Comment éveiller l'intérêt d'une personne ? Les techniques pour attirer l'attention de potentiels clients sont nombreuses. Toutes n'ont peut-être pas encore été découvertes, et d'autres peuvent toujours être améliorées. Malgré tout, deux généralités peuvent être dégagées en fonction des biais cognitifs. Premièrement, l'environnement dans lequel est présenté le bien ou le service doit être dénué de menaces aux yeux du client potentiel (Paragraphe 1), tout en étant également attirant (Paragraphe 2).

#### **§1. Un environnement rassurant**

60. Par le terme rassurant, il s'agit de paraître le plus accueillant possible, d'éviter que la personne se dise qu'elle ne fera que perdre son temps, et de montrer que les conditions d'achat sont sécurisées. Pour cela, un professionnel doit présenter une apparence adéquate (A), et recourir à la notion de pouvoir peut être avantageux dans certains cas (B).

##### **A. L'importance de la présentation**

61. La présentation couvre à la fois ce qui est visible d'emblée, mais également la manière de délivrer la première impression. Le professionnel se doit donc de soigner les apparences (1).

Ensuite, il garde à l'esprit que si quelque chose paraît difficile pour le consommateur potentiel alors il risque de partir ou d'avoir un jugement négatif global. Par conséquent, l'agencement des produits ou services doit permettre de faciliter le processus d'achat (2).

### 1. Soigner les apparences

62. D'un point de vue général, la communication est centrale pour un professionnel. Tout d'abord, il veille à pas contrarier le consommateur. Cela passe par le fait de soigner ses écrits, sa posture corporelle s'il s'agit d'un vendeur sur un point de vente physique, de ne pas omettre des informations considérées comme déterminantes telles que le prix, et de ne pas être trop insistant. Dans le cas contraire, il risque de laisser échapper un client potentiel qui peut ne jamais revenir. Il causerait donc le biais de réactance car au lieu de le rassurer, il l'a fait fuir.

63. De plus, pour paraître accueillant et utile au client potentiel, il est pertinent de choisir avec attention entre un langage positif ou négatif, que ce soit pour délivrer une information ou poser une question. Il s'agit de sélectionner ce qui sera mis en valeur. Par exemple, il est évident qu'une annonce, une étiquette a plus d'intérêt à mentionner un taux de 70% de réussite au lieu de dire qu'il y a 30% d'échecs. De même, il vaut mieux dire que 87% des patients, lecteurs ou utilisateurs sont satisfaits ou recommandent le produit ou service. Dans ce cas particulier, le client potentiel va se dire qu'un nombre qui n'est pas « rond » n'a pas pu être inventé et qu'autant de personnes n'ont pas pu se tromper. Ce genre de pensée a été notamment reconnu comme existant par la Commission européenne. Dans une étude réalisée en 2014, elle se concentre sur la confiance éprouvée par les consommateurs lorsqu'ils utilisent des plateformes en ligne et que des avis sont laissés par les autres utilisateurs<sup>48</sup>. En l'espèce, le biais visé est celui de cadrage. Mais bien entendu, ce type d'annonces peut aussi créer des envies. Pour certains consommateurs, le fait que le produit soit apprécié par des personnes faisant partie de son groupe est une caractéristique positive, et en vertu du biais de halo le jugement positif va s'étendre au produit lui-même (voir infra, points 81-82).

64. En allant plus loin dans l'analyse, il est possible d'être plus rassurant lorsque la qualité de la communication est affinée. C'est notamment le cas lorsque le professionnel s'adapte et devient conforme aux yeux du public ciblé. Il s'agit ainsi de combiner cette fois les biais de cadrage et d'endogroupe. Par exemple, si des jeunes personnes sont visées alors il peut être très pertinent de recourir à de jeunes acteurs ou vendeurs et qui utiliseront un langage qui est parfois propre à ce

---

<sup>48</sup> Commission européenne, « Behavioural study on the transparency of online platforms », 2014.

groupe. Le potentiel client pourra alors se dire que la personne en face de lui dispose des compétences qu'il attend d'elle, et en cela c'est sécurisant.

## 2. Faciliter la consommation

65. En l'espèce, le biais de halo peut devenir un véritable atout pour un professionnel. Pouvoir consommer facilement est un point positif. Le permettre, c'est favoriser la création d'un sentiment de sérénité. Pour ce faire, premièrement, la consommation est facilitée si le processus d'achat présente des éléments laissant penser qu'il est sécurisé. Ainsi, le client potentiel redoutera un peu moins ce qu'il considère comme des arnaques, ce qui constitue notamment une perte de temps. Deuxièmement, si le produit ou service est facile d'accès alors le consommateur a également moins peur de dépenser trop de temps. Toutefois, si certes techniquement l'usage du temps en « circulant » dans le magasin ou sur le site internet sera optimal, il peut toujours être déçu quant à ses achats au point d'avoir effectivement dépensé trop d'énergie comparé au gain obtenu. Quoiqu'il en soit à ce stade, même s'il peut avoir conscience que les apparences peuvent être trompeuses, il n'a pas de raison de fuir ou d'être sur ses gardes.

66. A propos de la sécurité au sens strict, les sites internet sont particulièrement touchés. L'un des indicateurs sur leur niveau de sécurité le plus facilement repérable pour un utilisateur est le recours au protocole https, qui est allié à un petit cadenas gris situé dans la barre d'adresse. Certes, le chiffrement qu'il permet n'offre pas une sécurité totale. Mais il constitue une première barrière contre le vol de données, comme le numéro de carte bancaire par exemple. Ensuite, le site ne doit pas mettre longtemps à se charger ou saturer en cas de nombreuses connexions simultanées. En effet, si l'utilisateur se rend compte dès le départ que le site est lent, ne charge pas ou au contraire ne fait que recharger, alors il pourrait s'inquiéter. La perte d'un message en cours de rédaction, en l'absence de sauvegarde automatique, est désagréable. Mais cela est sans doute pire lorsque l'erreur intervient pendant le processus de paiement en ligne. Deux problèmes peuvent alors se présenter. Soit le dysfonctionnement oblige l'utilisateur à recommencer la procédure d'achat, soit le paiement est bien réalisé mais l'erreur entraîne une absence de prise de commande.

67. Ensuite, concernant le simple accès, magasins physiques et en ligne sont les deux visés. En magasin physique, le professionnel va essayer de simplifier au maximum l'accès aux produits ou services. Il va réfléchir à l'emplacement des entrées d'un magasin, la luminosité, l'espacement entre les rayons, au nombre de caisses et au moyen de contacter le service clients, etc. Tout doit être fait



pour que le client potentiel se dise que l'achat ne sera qu'un acte de plaisir. Mais sous couvert de lui embellir sa journée, le professionnel peut tout à fait optimiser ses profits. C'est le cas par exemple du placement des produits les plus consommés et rentables au niveau des yeux dans des rayons, ou encore de produits peu coûteux associés aux « petits plaisirs » près des caisses tels que des magazines et des bonbons. Cela est judicieux car le consommateur attend souvent quelques minutes avant de payer, et son impatience peut le rendre plus facilement sujet à la tentation. Sur ce point, la boutique en ligne doit elle aussi placer des produits rentables là où l'oeil est naturellement attiré. En l'espèce, cela peut être à gauche sur les premières pages pour l'exposition des produits, mais s'il s'agit de l'écran d'accueil alors les mouvements des yeux deviennent plus complexes<sup>49</sup>. Pour finir, le commerce en ligne a ses spécificités. L'interface est plus agréable si elle s'adapte à la taille de l'écran utilisé par le client. De même, les modalités de paiement, de retours et de remboursements doivent être clairement indiquées. Enfin dans le cas particulier des plateformes de streaming, des boutons bien visibles de lecture, de pause, d'épisode ou de titre suivant sont également appréciés des utilisateurs.

## B. Le recours à la notion de pouvoir

68. Le pouvoir fait référence soit à celui des autorités qui ont certifié le produit ou service proposé par le professionnel (1), soit à celui qui reste entre les mains du potentiel client (2).

### 1. Le pouvoir des autorités de contrôle

69. Des garanties supposées apportées par des autorités de contrôle peuvent être particulièrement parlantes pour les consommateurs dans deux domaines particuliers. Parce que ce sont des expertes impartiales et indépendantes des professionnels, la confiance en elles est presque automatique. Et cela s'explique par le biais d'autorité.

70. Le premier domaine est celui de l'alimentaire, dans lequel il existe une profusion d'allégations concernant la qualité, l'origine et la fabrication des aliments. Ainsi, il existe des labels encadrés par la réglementation tels que l'appellation d'origine protégée A.O.P., l'appellation d'origine contrôlée A.O.C ou l'agriculture biologique A.B. Ces labels sont des gages d'une qualité supérieure concernant la ou les caractéristiques qui sont visées. Hors les labels, il est également

---

<sup>49</sup> voir annexe III

présenté aux consommateurs des certificats, tels que celui C.E. Ils attestent d'un respect des normes et en cela ils sont eux aussi une protection pour le consommateur.

En revanche, des auto-déclarations ressemblent parfois à des garanties officielles. Pourtant, elles n'en sont pas. Par suite, le consommateur va développer le biais d'autorité à tort. C'est le cas de diverses allégations nutritionnelles telles que « allégé en sucre », « riche en fibres » alors que cela ne peut pas toujours être démontré scientifiquement. Une enquête de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) réalisée en 2018<sup>50</sup> a révélé que le taux de non-conformité des allégations alimentaires est plutôt faible. Toutefois, les anomalies se concentraient justement sur ce qu'elle qualifie d'allégations nutritionnelles simples, comme celles citées précédemment.

71. Deuxièmement, il existe aussi des allégations relatives à la santé. Certaines sont expressément interdites par le règlement (CE) n°1924/2006, telle que « bon pour le coeur ». Cependant, pour des tisanes ou des compléments alimentaires par exemple, il peut être écrit « détox » et « efficacité prouvée ». Mais quelle efficacité ? Les médecins ont-ils vraiment fait des tests sur des sujets, et dans quelles conditions ? Quels ont été les véritables effets sur l'organisme, et surtout, est-ce que le produit est suffisant en lui-même ou doit-il être accompagné d'un régime particulier ? Par conséquent avec une indication aussi vague, le biais d'autorité n'est pas vraiment justifié. D'ailleurs, la plupart des allégations sur la détoxification ne sont pas encore autorisées par le règlement. Et ce biais peut être renforcé si plusieurs éléments sont cumulés. Cela est le cas lorsqu'il existe une allégation de type « sans perturbateurs endocriniens », accompagnée d'une photo ou vidéo d'une personne vêtue d'une blouse blanche par exemple. Le consommateur hypothétique va là encore croire que le produit a fait l'objet de tests minutieux lui permettant de l'utiliser sereinement. En réalité, les études sur ces perturbateurs sont encore incomplètes. Et donc selon la DGCCRF, il n'existe pas de test permettant de vérifier qu'un produit en est totalement dénué<sup>51</sup>.

## 2. Le pouvoir de rester libre

72. Par la notion de pouvoir, il s'agit aussi de viser la liberté de faire ou de ne pas faire. Pour rappel, une personne qui se sent privée de liberté ou de contrôle va activer des mécanismes défensifs. Ainsi, le professionnel doit au moins laisser son potentiel client avoir l'impression qu'il sera facile de mettre fin à la relation. Dans des démonstrations commerciales, le public est libre de

---

<sup>50</sup> DGCCRF, « Contrôle des allégations nutritionnelles et de santé », 12 décembre 2018.

<sup>51</sup> DGCCRF, « L'étiquetage de vos produits cosmétiques », 15 avril 2020.

partir si la prestation ne lui plaît pas. Il en va de même pour un essai gratuit d'abonnement, qui ne doit pas engager le consommateur. Dans le cas contraire, alors il est possible de le résilier sans frais. Certaines plateformes de streaming ont d'ailleurs compris que permettre la résiliation gratuite à n'importe quel moment leur offre un avantage comparé à leurs concurrents.

73. En l'espèce, lorsqu'un professionnel indique qu'il est possible de mettre un terme à la relation, il cherche à déclencher deux biais. D'abord, le biais de réactance peut être développé, autrement dit le professionnel espère qu'en précisant que la personne peut partir, elle ne se sentira pas menacée et donc elle restera. C'est surtout le biais de confiance excessive qui peut être déclenché à travers l'illusion de contrôle. Lorsque quelqu'un s'apprête à naviguer sur les réseaux sociaux ou à écouter un démonstrateur, il peut se dire qu'il n'y passera pas beaucoup de temps. Toujours est-il qu'une fois que la navigation ou démonstration a démarré, tout sera fait pour qu'il reste. Et si le site est bien fait ou que le démonstrateur est talentueux, soit la personne tombe dans un puit sans fond soit elle reste jusqu'à la fin de la démonstration, voire plus, alors qu'elle n'avait simplement qu'à cliquer sur un bouton ou tout simplement reprendre son chemin.

## **§2. Un environnement attractif**

74. Qu'est-ce qui intéresse des personnes ? Toute récompense en échange d'un acte peut attirer l'attention d'un client éventuel. Elle le sera davantage si elle est immédiate, telle que la possibilité de payer en plusieurs fois voire même de payer plus tard. Dans ce cas précis, la récompense immédiate est la mise à disposition de l'objet ou l'accès au service tout en ayant la possibilité de ne pas être préoccupé quant à la contrepartie. Mais la récompense sera encore plus plaisante si elle est éphémère (A). Un professionnel va aussi chercher, de manière parfois indirecte, à créer l'envie chez le consommateur potentiel (B).

### **A. Proposer des récompenses immédiates et éphémères**

75. Nombreuses sont les marques qui annoncent des réductions de prix limitées dans le temps, par exemple de l'ordre de 10% pendant une semaine sur un vêtement issu d'une nouvelle collection. En l'espèce, la récompense immédiate est le bénéfice de la réduction et c'est elle qui peut faire passer à l'acte. Pourtant cette personne pourrait attendre que le prix baisse avec le temps et aller dans un magasin de déstockage par exemple. Souvent, les prix proposés bénéficient de réductions plus importantes, comme 30%. Néanmoins il s'agit d'un constat général, car le choix de

l'immédiateté peut être plus réfléchi dans des cas particuliers. On peut imaginer que la personne craigne de ne plus trouver sa taille dans quelques mois au moment des soldes, dans les boutiques de déstockage ou dans celles spécialisées dans les vêtements de seconde main.

76. D'autres marques combinent les biais entre eux. Il peut s'agir d'un mélange entre le biais d'actualisation hyperbolique, le syndrome de FOMO et l'effet gratuit. Cela est le cas si elles créent des offres dont la période de validité est très courte, avec un ou deux jours pour en bénéficier par exemple, et avec un montant minimal d'achats afin de bénéficier d'une livraison gratuite. Les marques peuvent aussi remplacer une courte période de validité par l'existence d'un stock limité, ce qui est le cas par exemple pour les éditions collector.

Une autre illustration de mélange entre l'attrait que peut représenter une récompense et d'autres biais se retrouve dans le cadre de l'obtention des données personnelles. Un exemple donné par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)<sup>52</sup> est très pertinent. En l'espèce, une personne commence à lire un article en ligne, et au milieu de sa lecture apparaît une bannière lui demandant quelques informations personnelles telle que son adresse mail. Il est impossible de poursuivre la lecture sans avoir renseigné les champs. Le lecteur va alors préférer accéder au reste de l'article plutôt que préserver la sécurité de ses données personnelles. Cet alliage très efficace se sert des biais d'optimisme, d'actualisation hyperbolique et le syndrome de FOMO.

77. Une dernière application de la récompense immédiate concerne les jeux vidéos. Le premier cas est la publicité jouable, souvent lorsque l'on utilise un écran tactile. Le biais d'actualisation et le biais de l'aversion à la dépossession se retrouveront très probablement invoqués. Car dans ce scénario, un petit jeu d'une vingtaine de secondes est proposé à l'utilisateur. Une fois qu'il est terminé ou que le temps est écoulé, soit un message apparaît et lui permet de cliquer sur un lien renvoyant vers la boutique d'applications, soit il est directement redirigé sur l'interface de la boutique. Le but du professionnel est d'encourager le téléchargement du jeu complet afin de poursuivre ce qui a été commencé. Cette technique est plus efficace si le jeu à télécharger est gratuit. Et elle l'est encore plus si la croix permettant d'échapper à cette publicité n'apparaît que quelques secondes après son lancement, car cela allonge le temps pendant lequel le spectateur est exposé à la tentation de devenir un joueur. S'il est conquis et télécharge le jeu, alors il s'agit aussi du syndrome de FOMO. Ne pas télécharger c'est se priver de la possibilité de découvrir la suite du jeu, qui est supposée être tout aussi attractive que l'essai.

---

<sup>52</sup> CNIL, « La forme des choix », Cahiers IP, 6, 2019.

Le second cas concerne les mêmes biais. Il s'agit cette fois du jeu clairement mentionné comme pouvant être essayé gratuitement, puis qui devra être payé afin d'être terminé. Là encore, le joueur va céder et payer pour pouvoir profiter de la suite s'il a apprécié le début du jeu. C'est le même principe lorsque le professionnel offre la possibilité d'essayer un vêtement ou une voiture avant de l'acheter, ou lorsqu'il propose des essais gratuits pendant un mois concernant les abonnements à un service de vidéo à la demande.

## B. Influencer indirectement les envies

78. Dans cette partie, il s'agit de pratiques dans lesquelles le professionnel va tenter d'attirer l'attention d'un potentiel client soit en faisant appel à des émotions indépendantes ne nécessitant pas de référence à autrui (1), soit en faisant intervenir autrui (2).

### 1. L'absence d'autrui

79. Un premier moyen consiste à utiliser le biais Von Restorff. Le professionnel va chercher à marquer, faire rire ou à être original. Pour cela, il peut essayer d'impliquer, de rendre actif le potentiel consommateur. C'est ce que fait par exemple un spot publicitaire qui interpelle directement la personne à qui il s'adresse. Au lieu de la laisser dans un rôle d'écoute purement passif, il invite à répondre mentalement voire à réfléchir. Par exemple, dans la publicité pour le moteur de recherche Ecosia, il est dit que le spectateur peut faire de grandes choses pour l'humanité et pour l'environnement s'il utilise ce moteur de recherche<sup>53</sup>. Quant à l'humour, le pari est peut-être un peu plus difficile car les gens ne rient pas aux mêmes choses. Toutefois, certains se souviendront probablement d'un petit garçon accusant son poisson rouge en lui disant : « Tu pousses le bouchon un peu trop loin Maurice »<sup>54</sup>, tant et si bien qu'on peut entendre cette phrase dans quelques conversations courantes.

80. Certes, une publicité ou plus largement le marketing au service d'un produit ou service qui est considéré totalement comme inintéressant par celui qui le perçoit aura très peu d'effets. Faire appel davantage aux émotions qu'aux caractéristiques objectives d'un produit ou service est donc une possibilité qui peut être aussi redoutable qu'inutile. Mais en partant du principe que le client potentiel n'est pas totalement fermé, le marketing et la publicité restent deux procédés très

---

<sup>53</sup> Ecosia, « Pub Ecosia Saydou », disponible sur la chaîne YouTube Mozd, 28 janvier 2021.

<sup>54</sup> Nestlé, « Les 3 pubs de Maurice. », disponible sur la chaîne YouTube 4920ced, 5 juillet 2012.

importants en ce sens qu'ils vont créer un terrain favorable à la naissance d'une envie de consommer, voire la renforcer. En effet, faire se souvenir d'une offre c'est multiplier les chances qu'un consommateur y réponde un jour. Lorsqu'un spectateur regarde une publicité, il ne peut pas acheter immédiatement, il devra faire une démarche, même très courte, pour accéder au produit ou service dont on vient de lui faire la promotion. Marquer un consommateur est donc une première étape dans le processus d'achat, et cela sera aussi une manière de le conserver par la suite s'il a cédé à l'envie (voir infra, point 100).

81. Un second moyen concerne les couleurs, qui ont une importance fondamentale et peuvent à la fois concerner le biais halo et le biais Von Restorff. Dans une étude réalisée par S.Singh<sup>55</sup>, il constate qu'entre 62 et 90% des consommateurs se basent sur la couleur du produit au moment de choisir. La couleur n'échappe donc pas au fonctionnement du biais halo, car si elle est plaisante aux yeux du consommateur alors le produit le sera également, au moins dans un premier temps. Sans cela, comment expliquer qu'un sujet achète un produit en se fiant à la couleur ? Certes, cela ne vaut pas si le consommateur a une idée très précise de ce qu'il veut comme produit, dans ce cas la couleur n'est plus un critère de choix dominant. Et s'il est incontestable que la couleur sert à choisir un produit, alors elle servira aussi à s'en souvenir pour le retrouver par la suite.

## 2. L'introduction d'autrui

82. Pour un professionnel, un premier moyen d'influencer une envie grâce à un tiers est le recours au biais de halo. Pour rappel, si une personne ou une société est appréciée et jugée positivement, alors ce qu'elle met en avant bénéficiera du même jugement. Un exemple assez simple à comprendre concerne les associations entre plusieurs professionnels. Ces derniers l'ont bien compris lorsqu'ils présentent une marque comme étant un partenaire ou lorsqu'un acteur célèbre est recruté pour jouer dans un spot publicitaire. Par exemple, lorsque des marques de voitures ou de piles électriques font des références de pop-culture en parlant du Côté Obscur et de Jedi<sup>56</sup>, il est très probable que des fans aient apprécié le spot publicitaire. Si le biais de halo apparaît alors il devient possible que certains spectateurs aient fait un achat, ou à tout le moins ces marques

---

<sup>55</sup> S.Singh, « Impact of color on marketing », *Management Decision*, 44, 2006, p.783-789

<sup>56</sup> Renault, « Pub TV Renault Megane Star Wars 12/2017 », disponible sur la chaîne YouTube GDMAutomobile, 5 décembre 2017, et Duracell, « Duracell: Star Wars™ la bataille du matin de Noël », disponible sur la chaîne YouTube Officiel Duracell France, 1er décembre 2015.

leur ont paru intéressantes. Néanmoins il est difficile d'affirmer avec certitude que tel achat est dû à une publicité en particulier, surtout si le bien est cher.

Hors cas des publicités traditionnelles, le biais de halo se retrouve avec le cas particulier des influenceurs. Leur activité principale consiste à donner des conseils voire à faire la promotion de biens ou de services. Un consommateur suit un influenceur sur les réseaux sociaux parce qu'il l'apprécie, le trouve drôle ou plus simplement parce qu'il juge que ses conseils lui conviennent. Avec le biais de halo, les biens présentés par l'influenceur paraîtront dignes de confiance, voire suffisamment intéressants au point de les acheter.

83. Enfin, la comparaison avec les autres consommateurs est également un moyen indirect d'inciter à acheter mais il faut être prudent car certaines personnes n'aiment pas imiter ce que la majorité fait, et le professionnel risque de causer un effet boomerang. Un exemple peut être donné concernant les ventes. Après avoir sélectionné un certain produit ou service, un site ou un vendeur peut aussi proposer un ou plusieurs autres produits ou services que les autres clients ont aussi adoré, ou qui fait fureur ces derniers temps. Ainsi, cet argument peut être très efficace chez des consommateurs qui cherchent à adapter leur garde-robe selon une mode. En l'espèce, c'est pour l'attrait qu'éprouvent les autres clients ou personnes que le produit est acheté, et non pour l'envie qu'il a suscité chez le sujet. A l'inverse, ce genre d'argument ne fonctionne pas sur les consommateurs qui souhaitent particulièrement faire preuve d'originalité.

## **Section 2 : L'usage des biais cognitifs pour neutraliser la réflexion du consommateur**

84. Après avoir rassuré et stimulé l'intérêt du consommateur, il faut désormais qu'il se décide à acheter. En effet, ce n'est pas parce qu'une offre est bien mise en valeur que tout le monde y répondra, à moins d'être un acheteur compulsif. Si l'on reprend l'exemple de la récompense, le sujet a beau l'avoir trouvé attrayante, s'il prend le temps de réfléchir davantage alors il est tout à fait capable d'y résister s'il a des raisons de le faire. Par conséquent, en général, ne pas faire réfléchir longuement un client potentiel est un moyen d'augmenter le nombre de ventes (Paragraphe1). Il est tout de suite précisé qu'il s'agit bien d'un principe, car un contre-exemple pourrait être l'achat d'un bien très coûteux comme une voiture, car dans ce cas il est beaucoup plus probable que la personne intéressée prenne son temps. Peu importe que la publicité ou le prix soit attractif, le bien est complexe de par ses nombreuses options et la dépense ne peut pas être prise à la légère. Ensuite si la stratégie fonctionne et que l'achat est réalisé, que le consommateur est né, ce n'est pas terminé pour

autant. Effectivement, il ne faudrait pas que ce client se lasse ou soit mécontent de ce que propose le professionnel. Il devra donc lui rester fidèle (Paragraphe 2).

## **§1. Décourager les raisonnements en amont**

85. Premièrement, face aux prix bas sortant de l'ordinaire, la réflexion sera rapidement interrompue s'ils sont un peu difficiles à vérifier. Cela s'explique par la paresse naturelle du cerveau ainsi que par les faiblesses de la mémoire du consommateur (A). Deuxièmement, si méfiance ou réflexion il y a malgré tout, alors il est assez simple d'empêcher, dans les faits, un consommateur de trouver des informations qui lui feraient prendre une décision non favorable au professionnel (B).

### **A. Les pratiques tarifaires attrayantes incalculables**

86. Tout d'abord dans un premier cas, la personne souhaite dépenser mais elle ne sait pas combien exactement. Pour le professionnel, il est possible de tirer parti de cette indécision quant au montant en faisant une application de l'effet de leurre. Par exemple, un client s'est décidé pour un modèle de téléphone portable et il ne lui reste qu'à choisir la capacité de stockage. Mais hors besoin spécifique, comment choisira-t-il ? Sait-il s'il a besoin de soixante-quatre, cent vingt-huit ou deux cent cinquante-six gigaoctets ? Il est alors possible qu'il n'ait pas d'autres critères que le prix, mais dans ce cas connaît-il vraiment la valeur d'un gigaoctet ? Ce sont autant de questions auxquelles il est fortement possible qu'il ne cherche pas de réponse mûrement réfléchi. Pourtant, un agent économique, au sens de la théorie classique (voir supra, point 7), ferait sans doute les calculs et se renseignerait sur les offres similaires proposées par les concurrents ... C'est grâce à cette méconnaissance et/ou paresse que le professionnel va pouvoir introduire l'effet de leurre. Dans une option avec deux, trois voire quatre branches, le professionnel va accentuer la préférence sur l'une d'elle grâce à l'ajout d'un leurre qui va la rendre subitement plus utile économiquement.

Ce genre de dilemme se retrouve aussi dans le secteur alimentaire, avec par exemple les tailles de pizzas dans les restaurants, de cornets de pop-corn au cinéma<sup>57</sup> ou encore de gobelets de boissons dans une chaîne de cafés. Dans la grande distribution, le problème lié à la quantité pose moins de problèmes car le prix au kilo est indiqué.

87. Ensuite dans un deuxième cas, la personne n'avait pas prévu de dépenser mais elle va changer d'avis en découvrant une annonce de réduction de prix très importante. Par exemple, 70%

---

<sup>57</sup> voir annexe IV pour un cas concret.



de réduction pendant les soldes est un taux qui est très intéressant au premier abord. Dans cette situation, l'achat d'un bien correspondant au moins un peu aux goûts du consommateur devient facilement tentant. Mais sans une telle annonce, aurait-il pensé à acheter ce bien ?

En l'espèce, le raisonnement est affecté par deux biais. Avec le biais de halo, le consommateur se dit que de toute façon avec une aussi belle remise le produit « vaut le coup ». La réduction a été jugée positivement et cela affecte le jugement du bien. Ensuite, se fonder sur son souvenir le plus récent, pour savoir si la promotion est crédible ou pas, correspond au biais d'ancrage. Or si les prix ont été augmentés pendant un certain temps avant les soldes alors l'ancre est fautive, et par conséquent le raisonnement l'est aussi.

88. Enfin dans un troisième cas, la personne avait décidé de dépenser un montant précis, mais elle va finalement dépenser plus que prévu. L'effet du mot gratuit peut être en cause. Par exemple, certains sites internet ou acteurs de la grande distribution offrent une livraison gratuite à partir d'un certain montant d'achat. C'est le cas d'une célèbre plateforme à partir de vingt-cinq euros d'achat, d'un distributeur français si le montant des commandes est supérieur à cent cinquante euros ou encore d'une marque de low-cost à partir de neuf euros. Paradoxalement, un consommateur est capable de faire augmenter le montant de ses achats juste pour avoir la satisfaction de bénéficier de la livraison gratuite<sup>58</sup>. Pourtant, les frais de livraison ne sont pas toujours excessifs, et il est parfois plus coûteux d'atteindre le montant permettant d'avoir la livraison gratuite que de se tenir à son budget et de payer ces frais. Ou bien, cela peut revenir à la même chose du point de vue des dépenses. Comment expliquer ce calcul étrange ? D'abord avec la livraison gratuite, le consommateur ressent la satisfaction d'avoir bénéficié de quelque chose de gratuit. De plus en ayant acheté plus de biens, la contrepartie de la hausse du montant est tangible. Alors qu'en payant les frais de livraison, il a peut-être l'impression de payer en échange de rien<sup>59</sup>. Pourtant, on peut raisonnablement supposer que les frais de livraison servent au moins à garantir la qualité de la prestation de service.

#### B. La longue quête pour l'obtention d'informations supplémentaires

89. Dans cette situation, les informations sont certes mises à disposition par le professionnel mais elles ne sont pas facilement accessibles. Évidemment, cela peut être involontaire de sa part, que ce soit parce qu'il n'en a pas conscience ou parce qu'il ne sait pas comment faire pour y

---

<sup>58</sup> pour une illustration anecdotique de ce comportement, voir annexe V

<sup>59</sup> R.Bagalini, « Économie comportementale et biais cognitifs », 16 novembre 2018.

remédier. Mais quoiqu'il en soit, la situation a pour effet de dissuader les recherches préalables à un achat (1), et si la dissuasion n'a pas fonctionné alors il est encore possible que les recherches soient abandonnées par la suite (2).

### 1. Dissuader les recherches préalables

90. Un professionnel dispose d'un avantage naturel : le cerveau est paresseux, que cela soit celui d'un trader ou d'un consommateur potentiel n'y change rien. Lorsqu'il met les informations qui lui sont les plus favorables en avant et les moins favorables en plus petit et/ou les fait défiler à grande vitesse, cela les rend plus difficiles à lire sur le moment. Or en général, par paresse, le spectateur ne va pas relancer la lecture, ou faire des recherches afin de revoir la communication. Il en va de même lorsqu'une information supplémentaire ne peut être obtenue qu'en dépensant de l'énergie. L'effort exigé peut être un déplacement physique ou même une simple visite sur un site internet. D'ailleurs dans la plupart des publicités, quelque soit leur support il existe des messages indiquant « Pour plus d'informations, rendez-vous en magasin ou sur notre site internet ». Cela peut évidemment être justifié par la nature du support qui impose des contraintes de limite et de temps (voir infra, point 125), mais l'effet réalisé sur le spectateur est bien réel et indépendant de tout motif.

91. Dans le cadre du numérique, le choix des cookies, c'est-à-dire des témoins de connexion, est un terrain favorable à l'apparition de biais. Deux problèmes principaux sont identifiables. Premièrement, le choix est très souvent présenté dans une bannière ou une nouvelle fenêtre, bien que certains sites indiquent que l'utilisateur doit le paramétrer depuis son navigateur. Quoiqu'il en soit, si l'utilisateur le veut, alors il est supposé pouvoir refuser tout cookie qui n'est pas strictement nécessaire, comme c'est le cas de ceux utilisés pour lutter contre la fraude. Plusieurs scénarios sont alors possibles. Les choix peuvent être précochés, ce qui implique de décocher. Ou bien rien n'est coché et il faut donc cocher les réponses souhaitées. Parfois, les sites proposent un bouton « tout accepter » et un bouton « tout refuser ». Sauf que cette possibilité de refuser les cookies n'est pas toujours présentée simplement. C'est le cas par exemple lorsque le consommateur décoche, puis s'aperçoit qu'il n'y a pas de bouton « enregistrer mes préférences ».

Deuxièmement, les finalités des cookies sont nombreuses. Ils peuvent être utilisés pour faire de la publicité ciblée ou en mesurer la performance, des statistiques, des propositions de contenus ou pour répondre à un intérêt légitime. Aussi, à la lecture des différents buts, l'utilisateur profane est perdu. Du moins, encore faut-il qu'il les ait lus avec attention. En effet, pour les personnes habituées

à naviguer sur internet, ce genre de tâche relève souvent du système 1 décrit par D.Kahneman<sup>60</sup>. Mais la gestion des cookies a beau être une tâche courante, y être habitué ne signifie pas pour autant avoir des connaissances exactes sur tous les cookies proposés. Par conséquent, les choisir devrait impliquer le système 2.

92. En l'espèce dans les exemples cités, deux biais cognitifs sont particulièrement concernés. D'abord, le biais d'optimisme risque d'apparaître. En effet, le public ciblé risque de penser que si le bien, service ou si la pratique menaçait d'une quelconque manière ses droits et ses libertés, alors cela ne serait pas permis. En cela, il surestime la fréquence des contrôles et il sous-estime la probabilité d'apparition de préjudices. De même, il peut sous-estimer la gravité des préjudices, en se disant que même en cas de problème ce n'est pas grave car cela pourra être réglé.

Un autre biais est celui de confiance excessive. Le client potentiel peut se dire qu'il ne lui est jamais rien arrivé de grave, et il ne comprend pas pourquoi cela changerait. Et s'il a faussement l'impression d'avoir des connaissances suffisantes pour pleinement comprendre ce qui lui est indiqué, alors la stratégie est encore plus redoutable car il se fiera démesurément à son instinct, à sa mémoire et ne fera plus l'effort d'avoir un esprit de critique.

Enfin, bien qu'il ne s'agisse pas d'un biais à proprement parler, le professionnel peut s'appuyer sur l'épuisement du moi. Si une personne a tendance à regarder la télévision ou à se connecter le soir, après avoir travaillé par exemple, alors elle a puisé dans ses ressources cognitives toute la journée. Et écouter, lire, comprendre les choix proposés, aller se renseigner, choisir des cookies va alors lui demander un effort qu'elle n'est pas disposée à réaliser cognitivement. Ainsi, les biais précédemment cités ont encore plus de chances d'interférer dans les réflexions.

## 2. Faire abandonner les recherches préalables

93. A ce niveau, un premier effort a été réalisé car une personne est en train d'essayer d'obtenir des renseignements supplémentaires. Mais là encore, il faut d'abord trouver puis comprendre les informations. Dans le cas particulier des renseignements transmis par appel téléphonique, une personne qui attend de longues minutes avec une musique qui finit par l'énerver est une personne susceptible de perdre patience, et donc d'abandonner ses recherches. De même sur les sites internet, les politiques de confidentialité et/ou les conditions générales de vente ou d'utilisation sont parfois mal indiquées. Typiquement, le lien est tout en bas et en gris foncé sur un fond gris clair.

---

<sup>60</sup> D.Kahneman, « Système 1 / Système 2 : Les deux vitesses de la pensée », Flammarion, 2012.

94. Une fois que les informations ont été localisées, le contenu lui-même peut poser des difficultés au consommateur potentiel. D'une part, il est possible qu'un professionnel mette un grand nombre d'informations ou bien les disperse en faisant de multiples renvois. A ce titre, il faut plus d'une heure pour lire certaines conditions générales de vente ou d'utilisation, et elles peuvent contenir des renvois qui eux-même font d'autres renvois. Au final, le lecteur est las ou perdu. D'autre part, les informations peuvent être délivrées par le biais d'explications succinctes alors que les notions abordées sont compliquées pour un profane. A l'inverse, les informations qui devraient être présentées de manière pédagogique et adaptée aux connaissances d'un client au profil classique ne sont pas toujours vulgarisées. C'est le cas par exemple des contrats d'assurance ou de prêts, qui peuvent même perturber des personnes habituées aux longs textes compliqués, comme des juristes par exemple. Autrement dit, la rédaction présupposait des connaissances qui se révèlent inexistantes. En l'espèce, les biais concernés sont les biais de statu quo et d'effet Delmore. Le client potentiel va préférer rester dans l'ignorance plutôt que de continuer à faire des efforts pour se renseigner. De même, bien que cela ne soit pas un biais cognitif, la longueur combinée à la complexité entraînent rapidement une saturation cognitive, l'épuisement du moi. Cela est traduit par ce que l'on peut parfois très justement appeler la mise en oeuvre d'une politique de l'épuisement.

## **§2. Conserver le client en aval**

95. Il a été vu qu'une personne n'aime pas particulièrement les changements, que ce soit par habitude, peur de l'inconnu ou paresse. Un consommateur n'échappe pas à ce penchant, mais il lui arrive malgré tout de songer à se détacher d'un professionnel. Les causes sont multiples. La concurrence, le mécontentement, l'apparition ou la disparition d'une envie ou d'un besoin sont tous des motifs de séparation. De ce point de vue, fidéliser un client est plus difficile que de le faire consommer une seule fois. Alors pour neutraliser cette réflexion qui lui est défavorable, un professionnel peut tenter de complexifier tout changement (A) et entretenir le besoin, l'envie de consommer en étudiant et modifiant ses habitudes (B).

### **A. Un changement complexifié**

96. Il est dans l'intérêt d'un professionnel d'éviter les fuites de clients. Il peut donc faire hésiter un client qui songerait à se détourner de lui en lui faisant penser à la perte qui sera ressentie, et donc regagner une chance de le garder (1), ou bien lui faire abandonner son envie de changement (2).

## 1. Faire hésiter avant de changer ou renoncer

97. Certains sites internet, au moment où l'utilisateur clique sur la croix ou déplace le curseur sur elle, font apparaître des bannières contenant un message similaire à ceux-ci : « Voulez-vous vraiment quitter cette page ? » ou « Avant de nous quitter, ce contenu pourrait vous intéresser ». Plus particulièrement, sur les sites de vente en ligne, une bannière avec un message « Abandonner le contenu du panier ? » est souvent affiché lorsque l'utilisateur décide de ne plus commander finalement. Mais ce procédé n'est pas propre au numérique, un vendeur peut très bien demander à quelqu'un s'il est sûr de lui, s'il sera sans regrets. Contrairement à un site internet, encore que certains proposent une mise en relation directe, le vendeur a la possibilité de faire d'autres propositions afin de persuader le consommateur mécontent de rester client.

Au mieux, une tentative pour faire hésiter peut énerver la personne, un peu comme le spam dans une boîte mail. Mais cela peut aussi la faire changer d'avis, et dans ce cas le biais d'aversion à la dépossession est peut-être en cause. Renoncer à ce qui a été entrepris créerait un sentiment de perte qui serait trop désagréable.

## 2. Faire abandonner le changement

98. Si le consommateur n'hésite pas quant à son intention de se séparer du professionnel, ce dernier peut encore le faire changer d'avis malgré tout, mais de manière plus indirecte cette fois. Dans le cas d'un abonnement, il faut résilier, ce qui n'est pas toujours facilité en pratique. Que ce soit parce que l'échange de courriers est long ou parce que personne ne répond aux mails, au téléphone, ou du moins pas avant un quart d'heure par exemple, le consommateur peut vite abandonner les démarches. De plus, si l'abonnement concerne un service qui lui est indispensable alors il faut également faire des recherches sur les autres offres disponibles. Cela vaut souvent pour la téléphonie mobile, l'assurance et la banque par exemple<sup>61</sup>. Le consommateur, s'il se comporte en bon agent économique, devra comparer toutes les offres, choisir celle qui lui convient le mieux puis contracter à nouveau. Cela représente un travail long, fastidieux, voire très difficile pour un profane.

99. Surtout, il est difficile pour le consommateur de faire un choix véritablement pertinent car outre la multitude d'offres, il ne sait pas toujours quels sont exactement ses besoins. Il est

---

<sup>61</sup> A.Loukil, « Assurance emprunteur : est-il facile de faire jouer la concurrence dans votre banque ? », Capital, 2 juillet 2020.

relativement possible de savoir ce qui est utile ou non dans le forfait téléphonique choisi, mais il en va autrement lorsqu'il s'agit d'un contrat d'assurance ou d'une offre bancaire en général. Cela s'explique par la particulière technicité et complexité de ces domaines. Par conséquent, il arrive fréquemment que le consommateur ne change pas de compagnie ou de banque, alors que ce serait pourtant dans son intérêt. Cette tendance à ne pas vouloir changer ou à ne pas aller jusqu'au bout du processus peut s'expliquer par les biais de statu quo et de l'effet Delmore. En effet, les contraintes lui semblent telles qu'il préfère ne pas y penser, et rester dans sa situation lui semble plus sécurisant plutôt que prendre le risque de l'empirer. Enfin, un changement qui est utile, économiquement, lui demande du temps et des compétences qu'il n'a peut-être pas.

## B. Des habitudes ciblées

100. Si le consommateur doit nécessairement « partir », ce qui est le cas par exemple après la visite d'un magasin, en cas d'erreur informatique ou à la fin d'un abonnement, alors il s'agira de s'employer à le faire revenir le plus souvent possible. Le but est donc non plus d'éviter les pertes de clients mais de les fidéliser. La clef consiste à faire en sorte que le contact avec les produits ou services du professionnel devienne une habitude. Pour ce faire, la publicité n'est plus seulement qu'un moyen d'attirer l'attention et de gagner un client, mais un précieux moyen de le faire revenir (1). Et il en va de même avec les récompenses, même si elles ne sont plus recevables dans l'instant qui suit leur annonce (2).

### 1. La publicité récurrente

101. La publicité continue est un moyen d'entretenir l'envie perpétuelle. Plusieurs exemples peuvent être relevés. Avec les newsletters périodiques ou les flyers, le professionnel suscite une envie d'aller sur le site internet ou en magasin, qui n'existait pas jusqu'à leur lecture. De même, la publicité peut prendre la forme d'un mail envoyé régulièrement, qui rappelle que le consommateur a de l'argent disponible sur le compte de son service de paiement en ligne. Le mail redit aussi que cet argent peut être utilisé dans de nombreux commerces en ligne. En l'espèce, le biais de simple exposition est utilisé car plus le message est répété, et plus l'idée véhiculée semble positive. Ici, il s'agit d'aller regarder les nouveautés ou d'aller dépenser son argent. Egalement pour les newsletters, ou d'ailleurs toute autre notification commerciale, le professionnel se repose sur le syndrome de FOMO.

102. De même, la publicité ciblée est très utile, elle est définie comme étant « une technique publicitaire qui vise à identifier les personnes individuellement afin de leur diffuser des messages publicitaires spécifiques en fonction de caractéristiques individuelles »<sup>62</sup>. Sur les téléphones ou les ordinateurs, grâce aux cookies, le consommateur aura une publicité personnalisée, autrement dit qui correspond à ce qu'il a acheté ou visité récemment. Mais la publicité ciblée peut s'étendre également à tout objet connecté, comme c'est le cas avec les télévisions depuis l'année dernière. Là encore, ce sont les biais de simple exposition et syndrome de FOMO qui la rendent redoutable pour les professionnels. En revanche, la puissance de ces biais est considérablement renforcée grâce à la connaissance et l'adaptation aux habitudes.

103. Enfin, concernant le numérique et plus spécifiquement le e-commerce, les abandons de panier, de commande, font parfois l'objet d'une relance par mail. Pour le professionnel, cela est un moyen de regagner un client qui aurait par exemple abandonner son panier par erreur ou à cause d'un dysfonctionnement informatique. Mais cela offre aussi une possibilité de faire regretter le consommateur qui avait décidé de ne plus acheter. Ainsi par exemple, il est pertinent de mettre dans le mail ce que contenait la commande, d'insérer un lien hypertexte ou un bouton qui permet de la récupérer, et d'employer des termes laissant penser que le gérant du site internet est un peu triste<sup>63</sup>. Ce type de publicité très particulier fait jouer le biais de l'aversion à la dépossession, car le consommateur va peut-être ainsi regretter la commande qu'il a perdue. Certes il n'en avait pas encore la propriété, mais le fait de l'avoir préparé suffit à créer le sentiment de possession.

## 2. Les récompenses futures

104. Un professionnel peut promettre non plus une récompense tout à fait immédiate mais future et certaine. C'est le cas par exemple du système de points de fidélité. En échange de l'inscription au programme fidélité, le client bénéficiera d'une remise sur ses prochains achats au bout d'un certain nombre de points. Certaines marques proposent également l'octroi d'un statut VIP qui lui-même permet de bénéficier de d'autres remises ou d'événements spéciaux. Ce stratagème permet certes de remercier le client de sa fidélité, mais aussi de l'encourager à revenir. En l'espèce, deux récompenses pourraient être acquises, soit la possibilité de gagner des points fidélité, soit l'assurance de ne pas voir ses données personnelles inscrites dans le fichier client de l'entreprise. Si le consommateur est très satisfait de sa première expérience, alors quand bien même les avantages

---

<sup>62</sup> CNIL, « Publicité ciblée », consulté le 1er mai 2021.

<sup>63</sup> voir annexe VI pour des exemples de messages de relance utilisant la tristesse.

fidélité ne sont pas instantanés, ils vont l'emporter sur la sécurité des données personnelles. Certes, il n'est pas certain que la transmission de ces données sera un jour une cause de préjudice, mais il n'est pas non plus certain que cela n'arrivera jamais. C'est la même idée que vu précédemment, avec la possibilité de continuer à lire un article en échange de données personnelles<sup>64</sup>. La seule différence réside dans le fait qu'ici le but est de conserver le client, et non plus de le gagner.

105. Pour finir, dans le cas particulier des jeux vidéos en ligne, se connecter plusieurs jours d'affilée peut aussi entraîner l'octroi d'une ou plusieurs récompenses spéciales au bout d'un certain temps. Plus addictif encore, la récompense peut aussi être conditionnée à l'accomplissement de missions précises sur plusieurs jours par exemple. Enfin pour un professionnel, il est judicieux de prévoir que certaines missions soient plus difficiles afin d'encourager le joueur à y passer plus de temps, dans l'optique d'obtenir la récompense finale. En l'espèce, le syndrome de FOMO est susceptible d'être déclenché car le joueur va avoir peur de perdre la récompense finale en ne se connectant pas tous les jours, voire en ne jouant pas tous les jours.

106. En conclusion, on remarque que les biais sont effectivement omniprésents dans les pratiques commerciales, quelque soit le domaine, le support utilisé ou le stade de réflexion. Et ils peuvent aussi bien servir à garder le contrôle sur un futur ou un actuel consommateur. Puisant dans les émotions et des réflexes primitifs mais vitaux, les biais sont bel et bien indispensables pour qu'un consommateur fasse des choix, et pour que le marché continue à fonctionner de manière fluide. Certes, les biais cognitifs varient d'intensité selon les produits ou services proposés, et ils sont moins efficaces face à un consommateur déterminé et certain de ce qu'il veut. Peut-être le seraient-ils encore moins si la majorité des consommateurs était formée sur les biais.

Ainsi, au regard de la profusion de biais cognitifs au sein des pratiques commerciales, de leur pouvoir sur les consommateurs, et du peu de connaissances que détiennent ces derniers en psychologie cognitive, on peut se demander si le droit en a tenu compte afin de maintenir l'équilibre entre consommateurs et professionnels (Titre 2).

---

<sup>64</sup> voir supra, point 75.



## **TITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE DES BIAIS COGNITIFS DANS LE DROIT DES PRATIQUES COMMERCIALES**

107. « Vendre, c'est avant tout convaincre psychologiquement un individu d'acheter »<sup>65</sup> selon le psychologue Romain Cally. Même avant la découverte de la notion de biais cognitifs, des techniques de vente utilisant la manipulation mentale avaient déjà été créées. C'est par exemple le cas de celle nommée Pied-dans-la-Porte ou effet d'engrenage, décrite par Jonathan Freedman et Scott Fraser en 1966<sup>66</sup>. Il s'agit de commencer par faire une requête peu complexe et peu coûteuse, avant d'en faire une seconde qui le sera davantage. En posant la question simple en premier, l'interlocuteur crée une ancre qui va influencer la réponse de la seconde question.

Le fait que la directive 2005/29<sup>67</sup>, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, soit large permet de recourir à des fondements juridiques existants pour appréhender ces techniques de vente. Plus précisément, il semblerait que la problématique de l'usage abusif des biais cognitifs ait été elle aussi incluse, mais sans jamais avoir été pour autant sérieusement étudiée et consacrée de manière nette (Chapitre 1). Il en résulte que la prise en compte des biais cognitifs pourrait et devrait être optimisée (Chapitre 2).

### **CHAPITRE 1 : UNE PRISE EN COMPTE IMPARFAITE DES BIAIS COGNITIFS**

108. Deux hypothèses peuvent être émises. D'une part, le législateur en matière de pratiques commerciales peut être un acteur du débiaisement s'il crée du droit visant à prévenir, limiter l'apparition et corriger les biais cognitifs. D'autre part au moment d'appliquer ce droit, le juge corrige les erreurs volontaires ou involontaires commises par les parties, et ce faisant il peut participer au redressement cognitif. Or ce rôle est particulièrement marqué en droit des pratiques commerciales, car par principe une pratique est loyale. Pour être sanctionnée, deux conditions sont nécessaires. L'une est relative à la pratique même, et l'autre est relative à l'effet qu'elle produit sur le comportement économique du consommateur. Or il se trouve que pour le législateur et les juges, les biais semblent ou pourraient être un critère d'appréciation de la pratique du professionnel (Section 1) et du comportement du consommateur (Section 2).

---

<sup>65</sup> R.Cally, « Psychologie du consommateur : comment le marketing influence-t-il nos décisions d'achat », *Le Journal des psychologues*, 287, 2011.

<sup>66</sup> S.Fraser et J.Freedman, « Compliance without pressure: the foot-in-the-door technique », *Journal of personality and social psychology*, 1966.

<sup>67</sup> Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, précitée.

## **Section 1 : Les biais cognitifs, critère d'appréciation de la pratique du professionnel**

109. Dans ces développements, seules les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques déloyales seront étudiées. Selon l'article L.121-6 du code de la consommation, les pratiques agressives sont qualifiées ainsi dès lors que « du fait de sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale et compte tenu des circonstances qui l'entourent », la liberté de choix du consommateur est altérée de manière significative, ou son consentement est vicié, ou l'exercice de ses droits contractuels est entravé. Ces pratiques sont moins intéressantes au regard des biais cognitifs car même si quelques-uns pourraient être relevés, ils sont moins répandus. En effet, il existe une différence entre conduire à commettre une erreur involontaire et souvent inconsciente, et conduire à faire une erreur obtenue grâce à la contrainte. A titre d'illustration, des « sollicitations répétées et insistantes » ne créent pas l'envie comme le ferait un professionnel qui cherche à déclencher un biais de simple exposition.

110. Par conséquent, il sera question en l'espèce de se demander si un professionnel n'a pas favorisé l'apparition de biais cognitifs au point de basculer dans une pratique contraire à la diligence professionnelle, trompeuse ou réputée interdite. Autrement dit, sa pratique repose excessivement sur les biais cognitifs, sur les erreurs de raisonnement. Le cas échéant, il sera intéressant de relever si cet usage abusif est sanctionné, et si oui s'il l'est en vertu d'une pratique plus large ou en tant que tel. Pour le savoir, il convient de se pencher sur l'état actuel du droit des pratiques commerciales et la manière dont il a concrètement appréhendé les biais.

Des usages des biais cognitifs se retrouvent dans des pratiques qui sont réputées interdites (Paragraphe 1), ainsi qu'au sein de pratiques soumises au « test de déloyauté » (Paragraphe 2).

### **§1. Les pratiques trompeuses réputées interdites**

111. L'article L.121-4 du code consommation liste une première partie des pratiques réputées trompeuses, les autres pratiques sont prévues aux articles L.121-15, L.121-16 et L.121-17. Toutefois, après observation, seules les pratiques de l'article L.121-4 se révèlent pertinentes pour les biais cognitifs. Certaines d'entre elles permettent en effet de sanctionner des usages de biais cognitifs plus ou moins clairement (A). Cette prise en compte reste limitée, donc les biais ne sont pas des plus utiles lorsque la qualification de pratique réputée trompeuse peut être retenue (B).

## A. La prise en compte des biais dans les pratiques irréfragablement déloyales

112. Parmi toutes les pratiques irréfragablement déloyales, seules certaines permettent d'inclure les biais cognitifs. On remarque que conformément au classement effectué auparavant (voir supra, Chapitre 1 Section 2), la présomption permet soit de combattre les effets néfastes de décisions prises trop hâtivement (1), soit de corriger les failles de la réflexion (2).

### 1. Les pratiques pour pallier des décisions trop immédiates

113. Tout d'abord, certains biais permettant d'influencer le jugement sont inclus et sanctionnés. L'alinéa 13 interdit à un professionnel de semer la confusion dans l'esprit d'un consommateur en lui présentant des produits qui ressemblent à ceux d'un concurrent. Si le consommateur apprécie le concurrent, alors avec l'effet de halo il appréciera ceux du vendeur, alors que ce n'est pas justifié. Dans le même ordre d'idées, la présomption permet aussi d'interdire les pratiques visant à utiliser le biais d'endogroupe. L'alinéa 21 sanctionne une pratique qui consiste à affirmer ou donner faussement l'impression que le professionnel est un consommateur. Deux risques sont à craindre en effet. Avec le biais, le consommateur peut baisser sa garde et avoir une première impression favorable à cause du statut de consommateur de son vendeur.

114. Ensuite, la présomption permet de sanctionner aisément des pratiques qui misent sur des biais relatifs à l'envie de consommer. En son alinéa 7, l'article sanctionne le fait de créer une sensation d'urgence en faisant croire que l'offre ou les conditions particulières ne sont valides que pendant une période très limitée, « afin d'obtenir une décision immédiate et priver les consommateurs d'une possibilité ou d'un délai suffisant pour opérer un choix en connaissance de cause ». Cet alinéa a le mérite de donner une description qui correspond plutôt bien à une définition du syndrome de FOMO. Le consommateur se décide dans l'urgence car il a peur de rater quelque chose. C'est la même logique avec l'alinéa 14, qui n'est qu'une autre application de l'urgence en faisant croire que l'activité n'existera bientôt plus. C'est aussi le même biais pour l'alinéa 17, qui fait penser au consommateur qu'il ne trouvera pas le produit ou service dans ces conditions ailleurs. De plus, les pratiques sanctionnées englobent partiellement l'effet gratuit grâce à l'alinéa 19. Il concerne la remise d'un produit présenté comme gratuit alors que le consommateur en payera finalement, sous une forme quelconque, une partie ou la totalité. Le terme gratuit l'a poussé à consommer pour mieux le piéger par la suite.

Enfin, l'alinéa 18 sanctionne la promesse d'une récompense qui n'est pas tenue. On peut identifier l'effet gratuit, le syndrome de FOMO et peut-être l'actualisation hyperbolique. En effet, le consommateur est appâté par l'optique d'une récompense qui l'intéresse alors il ne voudra pas rater une occasion de la gagner. Peut-être même que cette récompense va l'emporter sur une autre, différée et moins perceptible d'emblée. Cela pourrait être par exemple le fait de ne pas donner ses coordonnées au professionnel.

## 2. Les pratiques pour palier les failles d'un raisonnement

115. D'autres pratiques listées vont permettre de sanctionner les stratégies qui profitent des failles existant indépendamment de la perception d'autrui. D'abord, la pratique de l'alinéa 20 joue sur la mémoire du consommateur, car elle fait croire qu'il a déjà acheté ou commandé. Pourquoi est-ce sanctionné ? Ce qui est familier est vu positivement, il peut donc s'agir du biais de simple exposition. Ensuite, l'alinéa 15 de l'article L.121-4 interdit « d'affirmer d'un produit ou d'un service qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard ». Cela permet de contrer au moins en partie le biais de l'erreur du parieur. Dès lors qu'il est mentionné qu'il s'agit bien d'un jeu de hasard, on pourrait croire que personne ne peut être victime d'une telle pratique. Car le hasard, c'est justement ce qui ne peut pas être contrôlé. Et pourtant, elle a encore été sanctionnée récemment dans un arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 28 janvier 2020<sup>68</sup>. Elle laissait entendre que la probabilité d'obtenir un tirage favorable était augmentée.

116. Ensuite, la présomption combat aussi les pratiques faisant appel à la perception d'autrui. Dans les alinéas 1 et 3, se prétendre signataire d'un code de conduite, faire croire que ce code a reçu l'approbation des autorités compétentes, ou qu'un service ou un bien a été agréé est interdit et le biais d'autorité est empêché. Il en va de même avec l'alinéa 2, qui sanctionne l'affichage d'un certificat, label ou équivalent alors que le professionnel ne l'a pas. L'alinéa 16 sur la prétendue guérison repose sur la même idée, notamment si un professionnel fait tout pour ressembler à un scientifique ou fait en sorte que son produit ressemble à un produit contrôlé scientifiquement.

117. Enfin, la liste permet de sanctionner facilement des pratiques misant sur la paresse naturelle. Les alinéas 8 et 22 interdisent le fait de ne pas indiquer que le service après-vente est assuré dans une autre langue que celle utilisée dans l'Etat où le professionnel est établi, et le fait d'assurer le

---

<sup>68</sup> Cass. crim., 28 janv. 2020, n°19-80.496, F-PBI : Légipresse, 2020, n°381, p.243, note E.ANDRIEU ; RDC, 2020, n°3, p.87, note R.OLLARD.

service uniquement dans cette langue. Le législateur a anticipé l'effet statu quo, avec lequel le consommateur ne fera donc pas de démarche, ou n'y passera que peu de temps et dans ce cas il s'agit de l'effet Delmoore. L'article L.121-17 sanctionne lui aussi le profit de la paresse. Il est interdit d'instaurer un paiement par défaut, par exemple un précochage d'options payantes. C'est aussi l'objet de l'article 22 de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011<sup>69</sup>, qui interdit aux professionnels de précocher une assurance annulation lors d'un achat de billet d'avion.

## B. Le rôle limité des biais dans l'appréciation de ces pratiques

118. Dans le cadre des pratiques réputées irréfragablement déloyales, le rôle du juge national est assez limité. Il doit seulement chercher si la pratique litigieuse remplit les conditions posées par le droit de l'Union européenne, et suivre l'interprétation de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). C'est cette Cour qui a le pouvoir ou non de préciser les critères à analyser afin de savoir si la pratique correspond à celle décrite dans la liste. Pour l'heure, les biais cognitifs n'ont jamais été pris comme critère afin de déterminer si une pratique tombera sous le coup des articles posant une présomption de déloyauté. On peut toutefois se questionner sur l'intérêt de l'identification des biais cognitifs dans ce genre de pratiques. Dans certaines pratiques telles que l'affichage de faux labels, le biais cognitif n'est pas particulièrement utile car l'affichage en lui-même suffit à caractériser la pratique interdite. Il ressort de toutes les pratiques listées que le fait que le consommateur soit tombé dans le piège n'a pas ou peu d'importance. Comment expliquer ce faible intérêt pour l'effet sur le consommateur ? Peut-être parce que l'on suppose que l'effet sur le consommateur est automatique, tellement la pratique est trompeuse. Quoiqu'il en soit, la pratique est suffisamment grave pour être sanctionnée *per se*. Par conséquent, d'un certain point de vue, la liste de pratiques réputées déloyales a le mérite de prendre en compte les effets systématiques qu'ont ces pratiques sur le consommateur. Et ce caractère automatique est l'attribut principal des biais cognitifs.

## **§2. Les pratiques sans présomption d'illégalité**

119. En-dehors de la liste des pratiques présumées interdites, une pratique commerciale peut être soit qualifiée de trompeuse (A), soit qualifiée de déloyale (B) sous réserve de respecter certaines conditions.

---

<sup>69</sup> Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

## A. Les pratiques trompeuses

120. Au sens de la catégorie des pratiques trompeuses, le législateur distingue selon qu'elle est trompeuse soit par action (1), soit par omission (2).

### 1. L'action trompeuse

121. Du fait d'une mauvaise transposition française, les actions trompeuses sont disposées dans deux sources. Selon l'article L.121-2 du code de la consommation, trois types de pratiques par action sont trompeuses. Une pratique sera qualifiée en tant que telle si elle crée une confusion avec un concurrent, si elle est fautive ou de nature à induire en erreur, ou encore si la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable. Dans le cas où la pratique est fautive, les biais cognitifs sont inutiles car la véracité d'une information est indépendante des mécanismes psychologiques, c'est pourquoi ce cas sera exclu. Dans tous les autres cas, les biais pourraient aider à déterminer si la condition quant à la pratique est remplie. Ensuite, le code a oublié un cas d'action trompeuse prévu à l'article 6-2, b) de la directive 2005/29<sup>70</sup>. Une pratique risque d'être trompeuse si « elle implique le non-respect par le professionnel d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors que ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables, et que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code. »

122. Une première illustration concerne la confusion créée par un professionnel avec un autre produit. Les biais de halo et d'ancrage ont été consacrés en demi-teinte dans un arrêt de la CJUE rendu le 14 juin 2017, dit TofuTown, à propos de l'usage de termes lactés lorsque le produit est d'origine végétale, mais aussi sur fond d'usage de couleurs<sup>71</sup>. En l'espèce, une entreprise de « lait végétal » avait repris ces couleurs et a été sanctionnée pour cela. Selon les juristes Lorenzo Bairati et Elena Grasso, la question de la confusion à cause des couleurs était sous-latente car un consommateur moyen comprend, sans erreur possible, qu'un « lait de soja » par exemple ne contient pas de lait de vache. En revanche, l'attention des acheteurs habituels de lait de vache pourrait être détournée par l'usage de couleurs assimilées au lait de vache, mais utilisée par un produit d'origine végétale. En effet si l'on décompose le processus de réflexion, les consommateurs

---

<sup>70</sup> Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, précitée.

<sup>71</sup> CJUE, 14 juin 2017, aff. C-422/16, Verband Sozialer Wettbewerb eV / TofuTown.com GmbH : Contrats, conc. consom., 2019, étude 9, note L.BAIRATI et E.GRASSO ; LPA, 2017, n°136, p.7, note F.CHALTIEL.

ont vu les couleurs en premier<sup>72</sup> et ce n'est que grâce à elles qu'ils en sont venus à l'étape de la lecture des inscriptions sur la bouteille de produit végétal. Malgré cela, pour un professionnel, attirer l'attention ne suffit pas car il restait une dernière étape à franchir. Il fallait faire acheter une de ces bouteilles de produit végétal. Peut-on imaginer qu'un consommateur achète un produit sans lire, ce qui rendrait le rôle des couleurs encore plus prépondérant ? L'arrêt n'y répond pas. Toutefois, une affaire en cours pourrait apporter un élément de réponse, même si elle concerne la sphère numérique. Comme vu précédemment<sup>73</sup>, une grande importance est accordée à la navigation et au déroulé du processus d'achat. Est-il possible de configurer un site, pour faire cliquer un consommateur sur quelque chose qu'il ne voulait pas en utilisant justement des couleurs ? Les juges auront l'occasion d'y répondre. En janvier 2020, l'UFC-Que choisir a assigné LastMinute notamment pour pratique trompeuse<sup>74</sup>. En l'espèce, le rose était la couleur associée à la validation des choix pendant le processus de réservation d'un voyage. Et lors de la dernière étape, une case permettait non pas de valider ses choix de réservation, mais d'ajouter une assurance payante. Certes, elle n'était pas précochée mais détail important, elle était en rose. Si le tribunal venait à condamner la société, plusieurs biais seraient retenus. Utiliser une case rose pendant tout le processus crée un biais de cadrage à cause de la bannière, et d'ancrage même si le processus pour réaliser l'ancrage est court. Ou peut-être que le biais de simple exposition serait relevé, puisque la case rose a été assimilée comme quelque chose de positif (valider le voyage).

123. Cependant, certains usages de biais cognitifs n'ont pas encore été encore reconnus, même de manière indirecte par les juges ou le législateur. Pourtant, ils sont utilisés de manière efficace pour perturber le consommateur, ce qui pourrait justifier une sanction. Un des exemples assez frappant concerne le Made in France. Pour les produits non-alimentaires, la mention est autorisée si certaines étapes sont réalisées en France. C'est le cas par exemple d'une transformation spécifique ou si un critère de valeur ajoutée est respecté. Le consommateur moyen va-t-il comprendre cela ? Cela revient à lui dire que parfois, le « Fait en France » n'est pas vraiment fait en France. Et pour les produits alimentaires, la mention Made in France n'impose pas que l'ingrédient primaire soit d'origine française. Pourtant si du jambon est indiqué « Fabriqué en France », le consommateur moyen ne s'attendrait-il pas à payer un porc élevé en France ? En réalité, la viande peut venir de toute l'Union européenne, ce qui signifie que seul le conditionnement, voire l'abattage, est français.

---

<sup>72</sup> S.Singh, « Impact of color on marketing », *Management Decision*, 44, 2006, p.783-789, précité.

<sup>73</sup> voir supra, points 64-66.

<sup>74</sup> C.Domenech, « L'UFC-Que Choisir attaque en justice Lastminute pour tromperie », *Capital*, 27 janvier 2020.

La mention fabriqué en France n'est pas fausse car il y a bien eu un processus de préparation en France, mais elle risque d'induire en erreur malgré tout. Même chose avec une piperade basque, dont l'étiquette affirme que « Ca vient d'ici » en pointant les Pyrénées-Atlantiques. Mais en retournant le produit, une mention explique en italique que « Tous les ingrédients ne proviennent pas des Pyrénées-Atlantiques »<sup>75</sup>. Le consommateur ne se dit-il pas que si le produit vient de cette région alors les ingrédients qui le composent sont locaux ? En l'espèce, le biais d'autorité est en jeu. Le « Made in France », ou même le drapeau français, fait penser à d'autres indications telles que « Origine France garantie » « Fleurs de France » ou encore « Volaille française ». Si ces dernières références à la France sont de véritables labels, il n'en est rien pour l'usage « Made in France » ou du drapeau car rien n'oblige le professionnel à respecter un cahier des charges aussi lourd.

## 2. L'omission trompeuse

124. L'article L121-3, alinéa 1 du code de la consommation dispose que la pratique est trompeuse si « compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte ». L'information substantielle est elle-même une « information clé dont le consommateur a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause » selon le considérant 14 de la directive 2005/29<sup>76</sup>. Pour le cas particulier de l'invitation à l'achat, prévue à l'alinéa 3, est par exemple une information substantielle le prix ou l'identité du professionnel.

125. Un premier cas permet d'affirmer que les biais ont été inclus dans le régime des omissions trompeuses. Dans le jugement Helvet Immo rendu par le Tribunal correctionnel de Paris le 26 février 2020<sup>77</sup>, il s'agissait de prêts en francs suisses avec un double risque de change, à la fois sur le capital et les intérêts, à la charge exclusive des emprunteurs. Ce prêt a conduit à des situations similaires à celle-ci : une personne a emprunté cent quatre-vingt-neuf mille euros en 2008, elle a remboursé cent vingt-six mille euros en 2016. Aujourd'hui, elle doit encore deux cent cinquante et

---

<sup>75</sup> voir annexe VII

<sup>76</sup> Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, précitée.

<sup>77</sup> T.C. Paris, 26 févr. 2020, n°12290076010 : Gaz. Pal., 2020, n°20, p.30, note J.LASSERRE CAPDEVILLE ; RDC, 2020, n°3, p.90, note G.CATTALANO ; LPA, 2020, n°106, p.3, note C.CONSTANTIN-VALLET et O.DUFOUR.



un mille euros<sup>78</sup>. Le tribunal relève qu'il a été répété à plusieurs reprises que le financement est sécurisé, que le terme « taux variable » n'a jamais été mentionné de manière nette, de même que la possibilité d'augmentation du capital restant dû. Enfin, il reconnaît également que le contrat de prêt est si long et complexe qu'un consommateur non averti ne peut le comprendre. Or c'est le cas de la plupart des emprunteurs, autrement dit, le consommateur moyen n'était pas en mesure de comprendre. Les biais cognitifs qui ont été développés par les emprunteurs trompés sont très probablement le biais de cadrage, à travers le langage employé, ainsi que le biais de simple exposition lorsqu'il est répété que l'offre est sécurisée. Il est possible également que le biais de confiance excessive ait été déclenché si les emprunteurs étaient convaincus de pouvoir se libérer de leur prêt. Enfin, peut-être ont-ils eu exagérément confiance en leur banque, qui est la première banque en France, en se disant que si le prêt leur est proposé c'est parce qu'il leur correspondra. Il s'agirait donc d'un biais d'autorité. Pire encore, l'apparition des biais a été grandement favorisée par l'état d'épuisement du moi, créé par la longueur et la complexité du contrat.

126. Ensuite, un autre cas illustre la prise en compte indirecte des biais dans les pratiques trompeuses par omission. Dans l'arrêt rendu par la CJUE, le 26 octobre 2016, aff. C-611/14, Canal Digital Danmark<sup>79</sup>, il était question d'une publicité pour un abonnement. Deux prix étaient possibles, soit un mensuel, soit un semestriel. A l'oral, l'abonnement mensuel est mis en valeur, tandis que l'abonnement semestriel est affiché dans une banderole en bas de l'écran. De plus, le prix mensuel était indiqué dans un cercle et avec des caractères quatre fois plus grands que ceux utilisés pour le prix semestriel. Enfin, le prix semestriel était en blanc sur un fond gris clair. Or, le prix semestriel venait s'ajouter au prix mensuel. Parmi les sept questions préjudicielles posées à la CJUE, l'une concernait le fait que la publicité présente un des prix de manière moins visible que l'autre, alors que les deux prix devront être réglés. La Cour répond que certes, il faut prendre en compte les contraintes liées au support de la publicité, comme le temps limité et la place disponible pour mettre les informations. Néanmoins la, « pratique doit être considérée comme une omission trompeuse dans le cas où le prix du forfait mensuel est particulièrement mis en avant dans la commercialisation, alors que celui du forfait semestriel est totalement omis ou est présenté de manière moins apparente »<sup>80</sup>. Encore faudra-t-il prouver le second critère, c'est-à-dire une décision

---

<sup>78</sup> D.Bauer, « Affaire Helvet Immo : les prêts toxiques qui ont broyé des vies », LPA, 20 mai 2020, p.3.

<sup>79</sup> CJUE, 26 oct. 2016, aff. C-611/14, Canal Digital Danmark : D., 2017, chron. 539, obs. E.POILLOT ; Europe, 2016, comm. 476, obs. D.SIMON ; Contrats, conc. consom., 2018, chron. 3, obs. C.AUBERT DE VINCELLES.

<sup>80</sup> CJUE, 26 oct. 2016, aff. C-611/14, Canal Digital Danmark, précitée.

qui n'aurait pas été prise autrement (voir infra, Section 2). En l'espèce, le professionnel a probablement misé sur le biais de cadrage, de statu quo, et l'effet Delmore pour piéger le consommateur. En conclusion, à partir du moment où le biais est identifié, il pourrait constituer un indice quant à l'inintelligibilité ou l'ambiguïté des informations substantielles.

## B. Les pratiques déloyales

127. La diligence professionnelle est définie dans l'article 2, h) de la directive 2005/29 comme « le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité »<sup>81</sup>. Quelques précisions peuvent être apportées. Le niveau de soins est apprécié selon ce qui est attendu par un consommateur moyen, c'est-à-dire des attentes légitimes et raisonnables. Par exemple, peu importe si la pratique est répandue sur le marché, elle peut être contraire à la diligence professionnelle dès lors que le consommateur ne peut pas s'y attendre. De même, sont pris en compte les éventuels codes de bonne conduite qui peuvent exister. Enfin, la violation d'une autre règle peut être un indice du manquement à la diligence professionnelle<sup>82</sup>. Ainsi, à première vue, il est difficile d'appréhender concrètement ce qu'est la diligence professionnelle car elle va varier selon les pays, les professions et les situations. Finalement, elle ne semble que reprendre des notions elles-mêmes sujettes à interprétations, et n'est donc pas d'une aide précieuse que ce soit pour les consommateurs qui ont un litige, les juristes et les professionnels qui veulent savoir comment ne pas franchir les limites légales ou se défendre. De plus, pour définir concrètement ce qu'est la contrariété à la diligence professionnelle, il faut en grande partie se référer aux attentes du consommateur moyen. Et outre le fait que la notion de consommateur moyen est floue (voir infra, point 132), à quoi s'attendra-t-il en matière de biais cognitifs ? Pour le moment, il n'en sait rien vu que la plupart des consommateurs ne savent pas qu'ils sont menés par leurs biais.

---

<sup>81</sup> Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, précitée.

<sup>82</sup>N.Sauphanor-Brouillaud, C.Aubert de Vincelles, G.Brunaux et L.Usunier, « Les contrats de consommation, règles communes », LGDJ, 2e édition, 2018, p.327.

128. L'arrêt Deroo-Blanquart, à propos de logiciels pré-installés sur des ordinateurs, témoigne du lien étroit qui existe entre diligence professionnelle et attentes du consommateur moyen<sup>83</sup>. En l'espèce, il s'agissait de savoir s'il est loyal, pour un professionnel, de ne vendre que des ordinateurs avec logiciels. Pour cela, la Cour estime qu'informer de l'existence des logiciels, et offrir la possibilité de révocation de la vente sont des premiers indices d'honnêteté et de respect de la diligence professionnelle. De plus, il faut regarder ce qu'attend un consommateur moyen. Or, la Cour estime que l'ordinateur clé en main est attendu par la plupart des consommateurs. Donc la pratique, en principe, respecte la diligence professionnelle. Toutefois, la CJUE nuance sa réponse en laissant la juridiction nationale vérifier si l'espèce n'exige pas de rendre une solution différente. Enfin, il faut noter qu'il est parfois difficile de savoir quel fondement les juridictions utilisent entre la pratique déloyale ou trompeuse. Cette hésitation existe même dans les arrêts de la Cour de cassation, comme le montre celui rendu par la 1<sup>ère</sup> Chambre civile le 11 mai 2017<sup>84</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'un site comparant des avocats. Sur fond de déontologie et d'usage de noms, la Cour condamne le site pour pratique « trompeuse, donc déloyale » et seul est cité l'article L.121-1 du code. Or cet article est bien relatif aux pratiques qualifiées de « déloyales » et non de « trompeuses ». Soit les juges n'y ont pas prêté attention et se sont contentés de reprendre la motivation de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris du 18 décembre 2015, dont l'arrêt était contesté<sup>85</sup>. Soit ils ont hésité entre les deux qualifications. En l'espèce, la pratique est trompeuse, sans qu'il y ait besoin d'aller sur le terrain des pratiques déloyales. Certes, ce qui est trompeur est déloyal en soi, mais la CJUE avait bien précisé que ces catégories sont étanches<sup>86</sup>.

129. En conclusion, dire qu'une pratique ne respecte pas la diligence déloyale ressemble un peu à un dernier recours. En effet, si une pratique n'est ni trompeuse ni agressive mais qu'elle est préjudiciable pour le consommateur, alors il existe un dernier moyen de la sanctionner malgré tout. Au regard de l'application actuelle du régime des pratiques déloyales, il est possible de raccrocher les biais cognitifs aux pratiques déloyales grâce à leur généralité. Enfin, il est possible qu'un biais

---

<sup>83</sup> CJUE, 7 sept. 2016, aff. C-310/15, Deroo-Blanquart : Comm. com. électr., 2017, comm. 13, note G.LOISEAU ; Contrats, conc. consom., 2017, comm. 44, obs. S.BERHEIM-DESVAUX ; Contrats, conc. consom., 2017, chron. 3, obs. C.AUBERT DE VINCELLES ; Europe, 2016, comm. 476, obs. D.SYMON ; JCP G, 2016, p.1221, note J.HUET ; Comm. com. électr., 2016, étude 19, note S.PIEDELIÈVRE ; D. IP/IT, 2016, p.558, note A.LECOURT.

<sup>84</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Chambre civ., 11 mai 2017, n°16-13.669, PB : Dalloz IP/IT, 2017, p.410, note A.LECOURT ; Gaz. Pal., 2017, n°42, p.19, note D.LANDRY et J.VILLACÈQUE.

<sup>85</sup> CA de Paris pôle 5, 18 déc. 2015, n°13/00332.

<sup>86</sup> CJUE, 19 sept. 2013, aff. C-435/11, CHS Tour Services : D., 2014, p.1297, obs. N.SAUPHANOR-BROUILLAUD ; D., 2013, p.2835, note K.JAKOULOFF ; RTD eur., 2014, p.730, obs. C.AUBERT DE VINCELLES ; JCP E, 2013, 1675, note S.MORACCHINI-ZEIDENBERG ; Europe 2013, comm. 483, obs. M.MEISTER.

cognitif ne soit pas la source d'une pratique trompeuse, comme par exemple un biais de réactance. Ce qui a été suggéré n'est pas forcément trompeur du seul fait que le consommateur a pensé qu'il valait mieux faire l'inverse.

## **Section 2 : Les biais cognitifs, critère d'appréciation du comportement du consommateur**

130. On a vu qu'une pratique peut favoriser et utiliser des biais cognitifs. Mais ils pourraient avoir un second rôle, concernant cette fois l'analyse de ce qu'est le consommateur moyen. En effet, ils peuvent d'abord affiner la définition même de ce consommateur (Paragraphe 1), puis servir d'indice pour déterminer si son comportement économique a été altéré (Paragraphe 2).

### **§1. Les biais cognitifs, critère d'affinement du consommateur raisonnablement attentif et avisé**

131. La directive 2005/29 est la première à avoir instauré expressément le consommateur moyen comme référentiel pour apprécier l'illégalité d'une pratique commerciale. Et par la suite, toutes les directives suivantes en droit des pratiques commerciales vont reprendre cette notion. En vertu de cette directive, le consommateur moyen est « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu de facteurs sociaux, cultures et linguistiques »<sup>87</sup>. Si l'on se fie à ces critères alors le référentiel posé est difficile à définir pour un juriste, car il devrait nécessiter une étude comportementale et/ou psychologique des consommateurs visés par la pratique. Or soit ce n'est pas fait, soit l'étude est lapidaire. Quelque soit la situation, les biais ne sont pas ou presque pas sollicités (A). Alors que pour mieux comprendre le consommateur moyen, se pencher sur ses biais cognitifs est un moyen d'y parvenir. D'ailleurs, les gouvernants commencent doucement à s'y intéresser (B).

#### **A. Un consommateur moyen difficile à cerner**

132. Le législateur (1) et les juges (2) ont rencontré des difficultés au moment de faire correspondre la notion de consommateur moyen à la réalité. Et dans les deux cas, on remarque que les biais cognitifs n'ont pas été appréhendés de manière satisfaisante.

---

<sup>87</sup> Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, considérant 18.

## 1. La compréhension difficile par le législateur

133. « Chacune et chacun d'entre nous a aujourd'hui accès par une diversité de canaux, de la radio à Internet, du téléphone portable à la télévision, à une multitude d'informations instantanées et en continu. Ce roulis ininterrompu donne le sentiment d'être toujours informé. Parfois, il assiège plus les citoyens qu'il ne les libère. Cette surinformation chasse l'information et sa hiérarchisation » selon le journaliste Patrick Le Hyaric<sup>88</sup>. Prévue au premier article du code de la consommation et premier moyen supposé assurer la protection du consommateur, l'information apparaît comme centrale. Elle est bien-entendu une condition pour son effectivité car sans elle, aucun raisonnement valable n'est possible. Si le consommateur moyen ne dispose pas de toutes les informations nécessaires, alors cela favorise les heuristiques et l'apparition de certains biais. C'est donc moins le principe de la délivrance d'information qui peut être critiqué que ses applications.

134. En effet, comme indiqué précédemment sur la neutralisation de la réflexion du consommateur<sup>89</sup>, une information, bien que claire, lisible et précise, ne sera pas un bouclier incassable. Elle n'est pas lue avec attention si elle est trop longue. Ou bien, il est relativement facile de détourner l'attention du consommateur de ces informations. A part si le consommateur est très prudent, il ne lira pas vingt pages de conditions générales avant de faire ses achats ou de s'inscrire sur un réseau social. D'ailleurs, seul 4% des personnes lisent les conditions générales de vente avant un achat en ligne<sup>90</sup>. Ce constat serait sans doute encore plus frappant si les conditions générales s'affichent sur un écran de petite taille car cela donne l'impression de « multiplier » le nombre de pages à lire. On pense au cas des conditions générales qu'il faut accepter avant d'utiliser les montres connectées, les téléphones, voire les réfrigérateurs intelligents. Ces contrats ne sont pas interdits pour autant qu'ils sont clairs et compréhensibles, alors qu'ils sont redoutables. En ce sens, l'information longue conduit au même effet qu'une omission ou une information ambiguë par exemple, car le consommateur ne connaît ni ses droits, ni ses obligations, ou bien il n'en a qu'une vague idée. Cela conduit à émettre un choix qui a été faussé.

135. Par conséquent, il semblerait que les législateurs aient supposé que le consommateur est aussi rationnel qu'un agent économique au sens de la théorie classique, car il lirait tout le contenu

---

<sup>88</sup> P.Le Hyaric, « Eloge du journal », L'Humanité, 15 juin 2011.

<sup>89</sup> voir supra, point 93.

<sup>90</sup> O.Ben-Shahar, « The myth of the « opportunity to read » in contract law », European review of contract law, 2009, p.1-28.

de tous ses contrats afin de prendre une décision utile, libre et éclairée. Certes, cette focalisation sur la théorie classique peut se justifier par la chronologie. Car pour rappel, l'économie comportementale ne s'est développée qu'à partir des années 70. Cependant, bientôt vingt ans se sont écoulés depuis l'adoption de la directive 2005/29. Cette position éloignée de la réalité aurait pu évoluer vers une meilleure compréhension du consommateur que l'on cherche à préserver des abus. Pourtant, récemment, la directive dite Omnibus<sup>91</sup> et le Règlement général sur la protection des données<sup>92</sup> (RGPD) ont encore insisté sur l'information due par le professionnel. On verra toutefois qu'ils ont eu le mérite de commencer à prendre en considération les failles des utilisateurs (voir infra, point 140). L'information n'est pas suffisante car elle ne pare pas tous les biais, et dans le pire des cas elle en favorise l'apparition. Et « pourtant, la législation repose toujours sur ce paradigme d'information de l'utilisateur, malgré l'illisibilité de bien des contrats. D'où l'enjeu à trouver de nouvelles modalités pour améliorer la qualité des informations et leur convivialité » selon le journaliste Hubert Guillaud, spécialisé en nouvelles technologies<sup>93</sup>.

## 2. La compréhension difficile par les juges

136. Il a été constaté que les juges sanctionnent les couleurs trompeuses lorsqu'un risque de confusion existe<sup>94</sup>. En revanche, une pratique propre au numérique à mi-chemin entre la couleur trompeuse et le design trompeur n'est pas interdite. Elle concerne les bannières présentant le choix final des cookies, et souvent une case verte permet l'acceptation de tous les cookies, tandis que la sauvegarde des préférences éventuellement émises est dans une case grise ou de la même couleur que le fond de la bannière. Outre le fait que « tout accepter » est plus marquant grâce à l'usage d'une couleur, le vert est généralement jugé plus positif que le rouge ou le gris en France. Le consommateur est entouré de couleurs qui ont été instrumentalisées par le législateur. C'est le cas pour les feux tricolores, des sorties de secours ou du panneau sens interdit ... Ensuite, un autre cas, très spécifique, est rencontré une fois que les cookies publicitaires ont été refusés. Parfois, une

---

<sup>91</sup> Directive (UE) 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.

<sup>92</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

<sup>93</sup> H.Guillaud, « Legal by design : des icônes pour rendre le droit lisible par les humains et les machines », Internetactu, 7 février 2019.

<sup>94</sup> CJUE, 14 juin 2017, aff. C-422/16, Verband Sozialer Wettbewerb eV / TofuTown.com GmbH, précité.

nouvelle bannière apparaît. Cette fois, il est indiqué par exemple que les cookies servent à rémunérer le travail fourni. D'autres fois, ce message est accompagné d'un autre : « Vous nous brisez le coeur. Vous avez refusé nos cookies ... » suivi d'un coeur brisé. Puis trois boutons sont affichés : « J'accepte certains cookies », en bleu foncé sur fond bleu clair, « Je vous aime beaucoup - tout accepter » avec deux coeurs et « Je vous aime passionnément - tout accepter et se créer un compte » en bleu clair sur le même fond, avec trois coeurs<sup>95</sup>. Quels biais pourraient être recherchés par le juge ? Le biais de halo et de cadrage correspondent à l'attraction réalisée par les couleurs, de même qu'à l'emploi du langage et des symboles utilisés pour influencer la réponse de l'utilisateur.

137. Il faut dire que pour le moment, les juridictions sont plus préoccupées par l'interdiction d'un consentement tacite aux cookies non nécessaires, obtenu grâce au précochage. Autrement dit, l'option par défaut était l'acceptation de tous les cookies statistiques par exemple. C'est ce que montre l'arrêt du 1er octobre 2019 de la CJUE<sup>96</sup>, dit Planet49, dans lequel la Cour reconnaît que le consommateur moyen est vulnérable aux biais de statu quo. Et donc qu'il a peur d'éventuels risques en changeant une option par défaut. Certes, cette interdiction du précochage est une étape importante pour la protection du consommateur car la gestion des cookies n'est plus faite à son insu. Seul son comportement actif vaut consentement pour les cookies, c'est-à-dire qu'il doit cliquer sur la réponse oui par exemple. Et peu importe que ledit comportement ait été fortement influencé par la présentation de l'interface de gestion. Il restera à savoir si cette présentation du choix par les sites internet pourra tomber sous le coup des règles de la privacy by design et by default (voir infra, point 140), elles aussi incluses dans le RGPD.

## B. Une meilleure compréhension du consommateur moyen avec les biais cognitifs

138. Bien que les biais cognitifs n'aient pas encore été officiellement reconnus par les textes actuels ou les juges, étudier la manière de penser revient indirectement à les prendre en compte. Or progressivement, l'étude du raisonnement du consommateur moyen gagne du terrain, que ce soit en terme de qualité ou de fréquence et au niveau tant national qu'europpéen (1). On peut donc espérer qu'ils fassent bientôt une entrée nette en droit des pratiques commerciales. De plus, la notion de consommateur moyen a déjà été affinée en partie grâce au consommateur dit vulnérable (2).

---

<sup>95</sup> voir annexe VIII pour des exemples de bannières.

<sup>96</sup> CJUE, 1er oct. 2019, aff. C-673/17, Planet49 GmbH : Gaz. Pal., 2019, n°36, p.21, note P.LE MAIGAT ; Légipresse, 2020, n°381, p.264, note N.MALLET-POUJOL ; Dalloz IP/IT, 2021, n°2, p.91, note J-L.SAURON ; RTD eur., 2020, n°2, p.320, note F.BENOIT-ROHMER.

## 1. L'intérêt croissant d'une meilleure étude du consommateur moyen

139. L'Union européenne s'est intéressée aux biais cognitifs de manière indirecte uniquement, et en-dehors du droit des pratiques commerciales (a), tandis que la France s'est à la fois intéressée de manière indirecte et directe aux biais cognitifs, car ces derniers ont été clairement mentionnés à plusieurs reprises, mais sans faire le lien avec le régime des pratiques commerciales (b).

### a. L'Union européenne

140. Tout d'abord, même si elle ne mentionne pas directement la présence de biais cognitifs, la Commission européenne s'est penchée sur son oeuvre. Dans une étude publiée en 2016, elle a ré-étudié la vulnérabilité du consommateur, mais que sur les marchés particuliers que sont la finance, l'énergie et le numérique<sup>97</sup>. Elle en conclut par exemple que les personnes âgées sont plus vulnérables dans le secteur de l'énergie. L'âge n'est pas le seul facteur, les personnes en situation financière difficile le sont également, de même que celles qui sont impulsives.

Dans une autre étude, elle avait déjà analysé le comportement des consommateurs sur les plateformes numériques en 2014<sup>98</sup>. Elle constate qu'avec l'impression de confiance, le montant des transactions augmente. La cause de ce sentiment est notamment l'indication qu'il existe des millions d'utilisateurs. Le consommateur moyen se dit que parmi ces millions de gens qui sont comme lui, tous ne peuvent pas se tromper. On retrouve la logique du biais d'endogroupe, car il favorise l'avis des personnes faisant partie de son groupe c'est-à-dire les consommateurs, ainsi que le biais d'optimisme. Enfin, la Commission note que la formation des utilisateurs sur ce qu'est une plateforme est rare, car ils ne savent pas comment elle gagne des revenus ou quel est le risque d'exposition à des pratiques déloyales ou à de fausses informations.

141. Un dernier signe encourageant concerne l'introduction de la privacy by design et by default dans le RGPD. Leur objectif est d'obliger les professionnels à envisager la protection des données personnelles dès la conception, et à veiller à ce que l'option par défaut soit celle impliquant le plus haut niveau de protection. Ces deux types de règles pourront contrer certaines dark patterns, qui peuvent avoir pour but de collecter et traiter illégalement des données personnelles. Inventée par

---

<sup>97</sup> Commission européenne, « Consumer vulnerability across key markets in the European Union », février 2016.

<sup>98</sup> Commission européenne, « Behavioural study on the transparency of online platforms », 2014.



Harry Brignull, un designer d'interfaces numériques<sup>99</sup>, l'expression dark pattern est en général traduite par « pièges à utilisateur ». Il s'agit de « manipulations dans le design même des services que nous utilisons, pour faire faire des choix à l'utilisateur, dont il n'est pas conscient » selon le docteur en neurosciences Albert Moukheiber<sup>100</sup>. Toutefois, il faut préciser que toute dark pattern ne sera pas nécessairement une pratique trompeuse. Par exemple, le scroll infini peut être qualifié de dark pattern. Scroller consiste à défiler, glisser sur un contenu sans savoir quel nombre de pages a été parcouru. C'est effectivement « un piège » qui paraît sans fin, car il peut faire dépenser beaucoup de temps. Son inventeur, Aza Raskin, semble en avoir eu des remords lorsqu'il a constaté que l'équivalent de deux cent mille vies par jour sont « perdues », utilisées pour naviguer sans réelles envies<sup>101</sup>. Malgré tout, ce procédé n'entraîne ni tromperie, ni dissimulation. L'intérêt pour les professionnels est l'optimisation de la navigation, et surtout ce temps dépensé. En revanche, une dark pattern qui aurait pour effet de décourager un utilisateur de régler ses paramètres de vie privée pourrait être contraire à la privacy by design. Ce serait le cas, par exemple, d'une bannière ne proposant qu'un gros bouton en couleur « Accepter », sur fond blanc, et ne laissant paramétrer qu'en cliquant sur le mot « ici » en plus petit et noyé dans le texte explicatif. Or les biais cognitifs sont utilisés par les professionnels créant des designs trompeurs, même si l'on est à la limite entre biais cognitifs et troubles de l'attention. Ces biais varient beaucoup selon la dark pattern créée. Le scroll repose sur la FOMO et le biais d'optimisme si l'on admet la sous-estimation du risque d'addiction. Quant aux cookies, il s'agit du biais de statu quo et de cadrage.

## b. La France

142. Premièrement, une petite partie de la doctrine s'est intéressée à l'économie comportementale. C'est le cas par exemple du juriste Alexandre Biard, qui aborde notamment les apports de Kahneman et Tversky en citant et expliquant quelques biais cognitifs, dans un article paru en 2015<sup>102</sup>. D'autres initiatives françaises ont permis de se pencher sur des biais cognitifs, même s'ils n'en ont peut-être pas eu conscience. C'est le cas du Nutriscore, qui a été analysé dans un article de L.Bairati et E.Grasso<sup>103</sup>. Ce Nutriscore a vocation à palier les incompréhensions et la

---

<sup>99</sup> H.Brignull, « Dark Patterns: inside the interfaces designed to trick you », The Verge, 29 août 2013.

<sup>100</sup> in E.Braun, « Les «dark patterns» : comment les technologies nous manipulent », Le Figaro, 3 juillet 2018.

<sup>101</sup> K.Annette, Y.Martinet et Y.Moine, « Les repentis des applis », reportage « Envoyé spécial », 10 septembre 2020.

<sup>102</sup> A.Biard, « Ce que l'économie comportementale peut apporter aux juristes : illustrations européennes », RTD eur., octobre-décembre 2015, p.715.

<sup>103</sup> L.Bairati et E.Grasso, « Lire ou regarder ? Les couleurs dans l'étiquetage alimentaire et l'information du consommateur », Contrats, conc. consom, 10, octobre 2019

longueur des étiquettes nutritionnelles grâce à un code couleur. Mais plusieurs failles peuvent déjà être relevées. Le consommateur moyen, qui n'a pas de connaissances solides en nutrition sinon le dispositif aurait moins d'intérêts, risque d'abuser des produits avec une note A, ou de supprimer un produit indispensable à son corps mais qui est noté D. De plus, il risque de comparer des produits peu transformés avec d'autres ultra-transformés. Quelle est la place des biais cognitifs en l'espèce ? Certes, l'automatisme concernant les associations entre les couleurs et une envie relève moins des sciences cognitives que des neurosciences, c'est-à-dire de l'étude du système nerveux, même s'il existe aussi une matière nommée neurosciences cognitives<sup>104</sup>. Néanmoins, l'effet boomerang, le biais d'optimisme et/ou de confiance excessive, voire un biais d'autorité excessif si un produit noté A est surconsommé, pourraient aussi venir expliquer les erreurs citées.

143. Ensuite en 2012, le Conseil d'analyse économique évoquait déjà le rôle des biais cognitifs dans l'économie et plus particulièrement en droit de la concurrence<sup>105</sup>. Il avance notamment que le consommateur mal informé mais capable de raisonner est en mesure de déjouer la plupart des pièges tendus par les professionnels, alors qu'un consommateur bien informé mais naïf tombera dedans malgré tout. Comprendre le consommateur permet de mieux le protéger et participe à l'assainissement du marché indirectement.

Enfin, la CNIL s'est intéressée au web design, à l'attention et aux biais cognitifs, dans des articles de son site officiel ou de son laboratoire. Elle affirme qu'un design peut devenir trompeur grâce aux failles de l'attention et aux biais cognitifs<sup>106</sup>. Sont ainsi cités les dark patterns mais aussi les biais de cadrage, d'aversion à la dépossession, le langage mélioratif, le biais d'optimisme ...

## 2. Le cas particulier des consommateurs vulnérables

144. Dans des cas particuliers, le législateur européen avait reconnu que la définition de consommateur moyen est insuffisante au regard des nombreuses situations existantes. Par conséquent, il a introduit la notion de consommateur vulnérable. L'article L.121-1 du code de la consommation a transposé sa volonté en disposant que « le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité

---

<sup>104</sup> N.Georgieff, « Neurosciences et psychiatrie : intégration ou grand écart ? », L'information psychiatrique, 2009, p.249-438.

<sup>105</sup> Conseil d'analyse économique, « La protection du consommateur : rationalité et régulation », rapport n°101, 2012.

<sup>106</sup> CNIL, « La forme des choix », Cahiers IP, 6, 2019.

s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe ». Toutefois, l'article a oublié un critère. Car il faut également que le professionnel puisse prévoir la vulnérabilité de manière raisonnable selon la directive.

145. Les deux critères compliquent l'appréhension des biais cognitifs. D'une part, les biais cognitifs pourraient se raccrocher à la « capacité moyenne de discernement ». Mais serait-il possible de déterminer à quels biais sont plus sensibles certains groupes de consommateurs ? Il faudrait des études croisant sociologie et psychologie cognitive. Or jusqu'à présent, les biais cognitifs ne font pas de distinction selon l'âge ou la profession par exemple, ni même sur un quotient intellectuel. Ce qui importe dans le traitement cognitif relève de qualités telles que la capacité de réflexion et la maîtrise de soi. Certes, il est courant que les personnes âgées aient des capacités de concentration moins performantes que des jeunes adultes et qu'elles deviennent un peu plus crédules<sup>107</sup>. Mais cette crédulité est aussi partagée avec les personnes issues de milieux modestes, les personnes ne parlant pas la langue, ou celles avec des difficultés financières, etc. Et à propos de l'âge, les jeunes adolescents sont très crédules eux aussi. Il a déjà été montré qu'ils sous-estiment les dangers d'internet tels que le cyberharcèlement ou la surexposition de la vie privée<sup>108</sup>. Enfin, le critère de prévisibilité est problématique lui aussi, car pour le moment il est fortement possible que les professionnels, hors ceux ayant étudié certaines spécialités en marketing (voir infra, point 160), les utilisent sans s'en douter. Et pourtant, le comportement du consommateur vulnérable moyen est effectivement altéré de manière significative.

## **§2. Les biais cognitifs, critère dans l'analyse de la prise de décision commerciale**

146. Malgré une terminologie légèrement différente, les pratiques interdites ont pour point commun d'amener ou sont susceptibles d'amener le consommateur moyen « à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement » selon la directive 2005/29<sup>109</sup>. Et dans les deux cas, l'application du critère est encore imparfaite (A). Les biais cognitifs pourraient alors aider à la caractérisation de cette altération substantielle ou décision qui n'aurait pas été prise autrement (B).

---

<sup>107</sup> Commission européenne, « Consumer vulnerability across key markets in the European Union », février 2016.

<sup>108</sup> B.Fontar et E.Kredens, « Les jeunes et internet : de quoi avons-nous peur ? », synthèse d'étude pour Fréquence école, 2010.

<sup>109</sup> Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, précitée.

## A. Une analyse encore imparfaite sans les biais

147. Tout d'abord, le second critère nécessaire à la sanction d'une pratique commerciale prend la forme d'une décision commerciale. Cette décision est définie à l'article 2-k) de la directive 2005/29, comme étant « toute décision prise par un consommateur concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait d'acheter, de faire un paiement intégral ou partiel pour un produit, de conserver ou de se défaire d'un produit ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit ; une telle décision peut amener le consommateur, soit à agir, soit à s'abstenir d'agir »<sup>110</sup>. Ainsi, la décision peut avoir lieu aussi bien en amont, comme après avoir vu une publicité, qu'en aval avec par exemple la relation avec le service après-vente. Il peut s'agir de l'achat certes, mais aussi de l'acte de se déplacer, de réserver une place ou de consulter un site internet. Ensuite, le critère prend la forme d'une altération substantielle du comportement économique s'il s'agit d'une pratique déloyale. Elle est définie à l'article 2-e) de la directive comme étant « l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ». Et s'il s'agit d'une pratique trompeuse, il est fait référence à une décision commerciale qui n'aurait pas été prise autrement. L'idée est donc bien la même.

148. Il faut ajouter que quelque soit la qualification de trompeuse ou de déloyale, la sanction est encourue même si la pratique est seulement susceptible de causer un effet sur le consommateur moyen, et donc être sanctionnée même s'il n'est que très probable qu'elle modifie sa décision commerciale. On retrouve ici une dimension préventive, et non pas que curative. Ces précisions sont indiquées aux articles 5 et 6 de la directive. Dans une certaine mesure, cette altération, ou cette décision qui n'aurait pas été prise, peut être comparée à ce qui est recherché en droit civil en cas de vice du consentement. Cela se ressent un peu dans l'arrêt Deroo-Blanquart<sup>111</sup>, car l'engagement en connaissance de cause implique une information claire et complète des conditions contractuelles, ainsi que des conséquences de la conclusion. Dans cet arrêt, la Cour a pensé que le comportement économique n'est pas altéré car le consommateur sait dès le départ qu'il ne peut pas avoir d'ordinateur nu chez ce vendeur. Et donc, il peut décider de se tourner vers un concurrent. Cependant, miser sur l'information du consommateur moyen est la même erreur que vue précédemment. Cela ne suffit pas à le protéger efficacement, car il est souvent sujet au biais de statu

---

<sup>110</sup> Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, précitée.

<sup>111</sup> CJUE, 7 sept. 2016, aff. C-310/15, Deroo-Blanquart, précité.

quo et à la loi de futilité de Parkinson<sup>112</sup>. La Cour a toutefois le mérite d'énoncer d'autres critères à prendre en compte. Et en l'espèce, il est probable que le consommateur n'ait pas développé de biais cognitifs perturbant le cours de ses pensées. Dans tous les cas, l'altération du comportement économique est appréciée au regard de la pensée d'un consommateur moyen, et on retombe dans les difficultés liées à sa définition et compréhension.

149. Enfin, les régimes des pratiques trompeuses et déloyales sont encore complexifiés à cause du défaut de transposition quant à ce critère relatif à la modification du comportement. Le code de la consommation ne fait référence qu'à l'analyse de la pratique en elle-même, et non à ses effets sur le consommateur moyen. Par conséquent, les juges ont tenté de combler ce manque. L'intention est bienvenue, mais elle a été parfois mise en oeuvre de manière un peu maladroite. En témoigne ainsi l'arrêt Kelkoo, rendu par la Cour de cassation le 29 novembre 2011<sup>113</sup>. Afin de respecter l'article 6 de la directive, relatif aux pratiques trompeuses, les juges pallient eux-mêmes le défaut de transposition du second critère. Mais pour cela, ils ont fait référence à l'altération du comportement économique du consommateur, autrement dit à la terminologie employée pour les pratiques déloyales. Ce rattachement est un peu étrange, et si l'on remonte dans leur raisonnement, on constate qu'ils font une confusion entre les actuels articles L.121-1 et L.121-2 du code. Il aurait été plus pertinent de mentionner l'existence d'une décision commerciale qui n'aurait pas été prise autrement. On en conclut que cette distinction terminologique au stade du second critère, entre pratique trompeuse et déloyale, n'est qu'une source de complications inutiles ou d'incompréhensions de la part de toutes les personnes concernées.

## B. Une meilleure analyse avec les biais cognitifs

150. Malgré tout, un arrêt Netquattro rendu par la Cour de cassation du 11 juillet 2017<sup>114</sup> a montré des signes encourageants quant à l'analyse de la décision commerciale influencée par des biais cognitifs. En l'espèce, un site internet vendant des produits pour se muscler était accusé d'avoir créé des promotions mentionnées comme ayant une durée de validité limitée, alors qu'elles étaient en réalité quasi permanentes. De ce fait, les prix initiaux indiqués n'avaient pas été

---

<sup>112</sup> voir supra, point 93.

<sup>113</sup> Cass. com., 29 nov. 2011, n°10-27.402 : RDC, 2012, p.485, note D.FENOUILLET ; D., 2012, p.840, obs. N.SAUPHANOR-BROUILLAUD ; Comm. com. électr., 2012, comm. 17, obs. A.DEBET ; Contrats, conc. consom., 2012, comm. 56, obs. G.RAYMOND.

<sup>114</sup> Cass. crim., 11 juill. 2017, n°16-84.902, FS-P+B : Contrats, conc. consom., 2017, comm. 212, obs. S.BERNHEIM-DESVAUX ;

appliqués. La Cour d'appel avait estimé que le consommateur moyen est habitué à ce genre de sites et de produits, donc il avait des référentiels de prix en tête. De plus, comme il s'agit d'achats en lignes, la Cour d'appel relève que le consommateur a la possibilité de comparer facilement les offres des nombreux concurrents existants dans ce secteur. Enfin, toujours selon la Cour d'appel, le mot « promo » peut attirer l'attention mais au final, c'est le prix proposé qui est la source de la décision commerciale, et non pas l'importance de la différence de ce prix réduit avec le prix initial indiqué.

Cet arrêt est cassé pour plusieurs raisons. D'abord, les magistrats du Quai de l'Horloge ont reproché aux juges du second degré de ne pas avoir vérifié si les prix initiaux avaient été appliqués. En terme de biais cognitifs, indiquer de faux prix initiaux permet de manipuler l'ancre du consommateur, car dans la plupart des cas, il ne va pas chercher un autre prix initial. Avec la véritable ancre, autrement dit les seuls prix proposés puisque les promotions ne sont pas réelles, les juges ont supposé que le consommateur n'aurait pas contracté, ou du moins pas dans les mêmes conditions. Ensuite, la Cour de cassation décide que la possibilité de comparer les prix facilement n'est pas un critère « empêchant » l'altération du comportement économique. Deux raisons peuvent expliquer ce choix. Soit le consommateur est obnubilé par la mention « promo » et la différence entre prix initial et prix proposé, et il s'agit d'un problème d'ancre. Soit il pense ne pas avoir le temps de faire des comparaisons puisque la promotion est indiquée comme limitée dans le temps, et dans ce cas cela revient à reconnaître indirectement la FOMO, qui est efficace et les professionnels l'ont parfaitement compris. Sans biais, la décision du consommateur moyen aurait donc été différente.

151. Ainsi, tout au long de ce chapitre, il a été constaté que les régimes des pratiques trompeuses et déloyale tournent autour de ce consommateur moyen, puisque le critère de la pratique et le critère de l'effet sont analysés en fonction de lui. Pourtant, ce consommateur moyen est mal compris. Le droit actuel des pratiques commerciales a le mérite de vouloir suivre, et même anticiper, la tendance des professionnels. En effet, on a vu qu'il existe un phénomène répandu selon lequel la psychologie du consommateur est au coeur des techniques de vente.

Malheureusement pour les consommateurs et pour l'équilibre qui est voulu par l'Union européenne, le droit n'en a pas toujours tiré des conséquences suffisantes. Certes, les biais cognitifs sont pris en compte par les deux régimes. Toutefois, les rôles d'acteur et de correcteur du législateur et du juge sont trop souvent endossés de manière timide et aléatoire. En effet, d'une part, les biais cognitifs ne sont pas assez identifiés et régulés. Et le constat vaut aussi bien pour l'appréciation du comportement du professionnel que pour celui du consommateur moyen. A ceci près que définir le

consommateur moyen est sans doute plus difficile encore. Le serpent se mord la queue, puisque le consommateur moyen est central. Dans ce cas, pourquoi le juriste est-il aussi frileux à prononcer des termes psychologiques alors que le droit, auquel il pense presque tous les jours, y est si intrinsèquement lié ?

## **CHAPITRE 2 : UNE POSSIBLE OPTIMISATION DE LA PRISE EN COMPTE DES BIAIS COGNITIFS**

152. Après avoir vu que la prise en compte des biais cognitifs par le droit est aléatoire, il s'agit maintenant de se demander si elle peut être améliorée afin de profiter de tout son potentiel. Cette optimisation serait possible grâce à plusieurs propositions. D'abord, s'il est question d'utiliser les biais cognitifs mais cette fois pour mieux protéger l'ensemble des consommateurs, alors les personnes chargées de cette protection devront être formées à ce sujet. Or il y aurait une grande diversité de personnes concernées par la connaissance et la compréhension des biais : les consommateurs, professionnels et leurs représentants du côté des sujets de la régulation (Section 1), et les magistrats, juristes et autorités de régulation du côté acteurs (Section 2).

### **Section 1 : Les actions auprès des sujets de la régulation**

153. Les sujets de la régulation pourraient être aidés afin de mieux comprendre le rôle des biais cognitifs en droit des pratiques commerciales, pour avoir ensuite la capacité de les utiliser sans basculer dans la déloyauté si l'on se place du côté des professionnels (Paragraphe 1), et la liberté d'en réduire ou non les effets si l'on se place du côté des consommateurs (Paragraphe 2).

#### **§1. Les actions auprès des professionnels**

154. D'abord, les professionnels pourraient recevoir des conseils quant à la gestion des biais cognitifs de leurs consommateurs (A). Mais dans un souci d'effectivité de la protection de ces derniers, ils pourraient aussi bénéficier d'outils, de techniques afin de se mettre en conformité, et surtout d'y rester sur le long terme (B).

##### **A. Les conseils**

155. Si par principe donner des conseils est une idée plutôt simple, tout reste à inventer en matière de biais cognitifs en droit des pratiques commerciales (1). Si ce n'est pas la charge de travail en elle-même qui poserait un problème, certaines difficultés devraient en revanche être surmontées afin de garantir un encadrement effectif de l'usage des biais cognitifs (2).



## 1. Un long travail à venir

156. Pour conseiller un professionnel, il faut d'abord savoir quels sont les biais cognitifs employés dans ses pratiques. Il serait donc nécessaire de les recenser, puis de réfléchir sur la modération des usages. De même, pour être respectueux des capacités cognitives des consommateurs, encore faut-il en connaître l'état. Par exemple, pour ne pas abuser des biais de statu quo et d'effet Delmore, et pousser le client à abandonner sa lecture, le professionnel devrait se demander ce que serait prêt à lire avec attention un consommateur moyen. Cela représente un travail très conséquent et qui est difficilement valable pour tous, à cause de la diversité des situations. Malgré cela, serait-il possible de proposer quelques modèles de documents ? Car certains contrats d'adhésion se ressemblent, comme les conditions générales d'utilisation qui ont d'ailleurs souvent le point commun d'être beaucoup trop longues et difficiles à comprendre. Même si la comparaison a ses limites, la surcharge cognitive a été combattue en droit financier. En effet, il existe une obligation de remettre un document d'information clé<sup>115</sup>. Il est d'une longueur de trois pages maximum et il est présenté sous une forme standardisée, afin d'augmenter les chances que les décisions des investisseurs soient éclairées.

157. Ensuite, il serait possible de commencer un processus d'élaboration de codes de bonnes conduites avec les professionnels concernés par la question des biais cognitifs. D'ailleurs, la directive 2005/29 a en partie misé sur l'auto-régulation en faisant référence à ces codes dans son considérant numéro vingt<sup>116</sup>. D'une part, les codes optimisent la protection du consommateur en ajoutant une couche de règles. D'autre part, ils font partie du régime des pratiques trompeuses et des pratiques déloyales. En effet, la violation d'un code de bonne conduite est clairement sanctionnée par l'article L.121-4, 1° du code de la consommation, ainsi que par l'article 6-2, b) de la directive 2005/29. Enfin, la violation d'un code de conduite est un indice du non-respect de la diligence professionnelle, comme le montre le considérant vingt de cette même directive. L'importance de ces codes n'est donc pas à négliger pour un professionnel. Certes, il constitue une contrainte mais il apporte aussi une aide utile pour respecter la réglementation en vigueur, voire un moyen de se protéger contre la qualification d'une pratique trompeuse ou déloyale.

La volonté de miser sur l'auto-régulation est encore présente vingt ans plus tard, y compris pour le secteur du numérique. A ce titre, certaines plateformes ont créé une charte des bonnes pratiques qui

---

<sup>115</sup> Autorité des marchés financiers, « Un nouveau document d'informations clés pour les investisseurs », 2 février 2018.

<sup>116</sup> Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, précitée.

existe depuis le 12 novembre 2019. Elle concerne les droits et obligations entre les plateformes et les travailleurs qu'elles emploient. Même si cela concerne le droit du travail, cela pourrait servir d'inspiration pour prévoir des engagements en droit des pratiques commerciales. Et pour anticiper des critiques similaires à celles émises sur la privatisation des normes<sup>117</sup>, ces signes de bonne volonté ne viendraient qu'en complément du travail du législateur.

158. Enfin il est possible, à côté ou à défaut des codes de bonne conduite, d'élaborer des recommandations générales, des guides pratiques pour favoriser un usage respectueux des failles psychologiques du consommateur. Encore faut-il se demander qui sera l'auteur de ces recommandations. Deux possibilités sont envisageables. Des organismes déjà existants et sectoriels pourraient se former sur les biais cognitifs et leurs rôles en droit des pratiques commerciales, et même plus largement en droit de la consommation. Ou alors, il faudrait envisager la création d'un nouvel organisme spécialisé sur la question (voir infra, point 185).

## 2. Des réticences à dépasser

159. Dans un souci d'effectivité du droit, comment convaincre les professionnels de s'auto-réguler ? Si les règles sont acceptées et comprises et que les respecter présente un intérêt, alors il y a plus de chances qu'elles soient respectées. Pour ce faire, on peut leur expliquer qu'abuser des biais cognitifs risquerait de leur faire commettre une pratique commerciale déloyale ou trompeuse. Ensuite, violer les règles, qu'elles soient de droit dur ou mou, leur causerait un préjudice réputationnel. Mais il n'est pas certain que cela serait suffisant, car la concurrence est une préoccupation vitale. Il s'agira donc de trouver un équilibre entre les intérêts des professionnels et des consommateurs. En droit des pratiques commerciales, le but n'est jamais de tuer la concurrence en interdisant toutes les techniques de marketing. Cela mettrait un peu à l'abri le consommateur de quelques raisonnements faussés, mais cela ne le protégerait pas pour autant de tous les préjudices. Surtout, il ne faut pas oublier que les professionnels siégeant en-dehors de l'Union européenne agissent sur le marché européen. Non seulement ils ne bénéficieraient pas des outils mis à leur disposition pour ne pas abuser des biais, mais il serait également difficile de les obliger à respecter les règles créées.

---

117 G.Loiseau, « Réflexion sur l'autorégulation des plateformes numériques », Comm. com. électr., janvier 2020.

160. Ensuite dès lors que des nouvelles règles, même de droit mou, sont édictées, du temps et de l'argent sont nécessaires pour la mise en conformité des pratiques. Peut-être que les professionnels devront embaucher des spécialistes et/ou inventer des procédures internes de contrôle afin de réajuster leurs anciennes pratiques. On peut faire un parallèle avec ce qu'ils ont dû faire avec l'entrée en vigueur du RGPD. En effet, dès qu'un professionnel procède à un suivi de personnes, il doit désormais embaucher un délégué à la protection des données (DPO). Or il n'est pas simple de trouver des profils satisfaisants. Le DPO doit être compétent dans de nombreuses sous-branches du droit et en informatique, avoir une connaissance suffisante de l'entreprise et un bon sens relationnel. Le temps pris pour l'application de toutes ces nouvelles règles a dû varier selon les tailles des entreprises, leur taux de non-conformité originel et évidemment les types de traitements réalisés. Pour savoir si les règles sur les données personnelles sont respectées ou non, il faudra encore un peu de temps. La France avait laissé un délai de clémence aux professionnels, qui a pris fin le 31 mars 2021. Là encore, les professionnels de l'Union européenne sont peut-être un peu défavorisés si on les compare à ceux qui échappent, dans les faits à ces règles. Toutefois, les questions éthiques telles que l'environnement et les données personnelles sont en train de devenir des arguments marketing aux yeux des consommateurs. Par conséquent, ce qui a été perdu d'un côté pourrait être compensé, voire rentabilisé par la nouvelle confiance accordée.

## B. Les outils

161. Les professionnels pourraient employer quelques techniques afin de se mettre plus facilement en conformité avec la loi. La première concerne la diligence professionnelle, pour laquelle il existe un intérêt certain mais peut-être sous-estimé. En l'état actuel, avec l'article L.121-1 du code de la consommation et les indications données par les législateurs et les juges, il est un peu difficile pour un professionnel de savoir s'il fait ou non preuve de diligence dans l'usage des biais. Comment demander aux professionnels de respecter une règle si elle n'est pas claire ? Etre en mesure de l'intérioriser est un prérequis indispensable pour ne pas dépenser inutilement du temps ou de l'argent. Il est vrai que dans certains secteurs très spécifiques du marketing, de la publicité et du web design, la notion de biais cognitifs est bien maîtrisée. Il existe par exemple des professionnels spécialistes en « UX design » c'est-à-dire en design optimisant l'expérience utilisateur. Cependant, pour les autres secteurs ou les professionnels qui travaillent sans eux, ce n'est très probablement pas le cas. Donc, il faudrait malgré tout demander à ceux les plus susceptibles d'être concernés d'étudier les biais cognitifs, puis de faire un état des lieux au sein de

leurs pratiques. Enfin, avec le critère de l'honnêteté du marché, les professionnels ont l'opportunité d'influencer la régulation de leur profession grâce aux codes de bonnes conduites. Avec eux, les règles relatives aux biais cognitifs et aux pratiques commerciales constitueraient un régime incluant les avis des professionnels à travers ces pratiques déclarées admises. Quant au contenu des codes, il est soumis à l'approbation d'une autorité comme la CNIL. Au final, c'est donc un consensus qui pourrait être trouvé, tout en respectant l'équilibre voulu par l'Union européenne.

162. Enfin, face à la complexité et l'interdisciplinarité du sujet, une solution résiderait en la réalisation d'audit sur les biais cognitifs et plus largement sur la captation de l'attention afin d'alerter et de prévenir les litiges. Cette technique est déjà bien connue des juristes et surtout des professionnels, ce qui laisse supposer qu'elle sera plus facilement proposée et acceptée. C'est le cas par exemple des audits financiers et comptables. L'audit a son intérêt s'ils ne sont pas en mesure de détecter toutes les pratiques abusives concernant la manipulation psychologique et/ou pour obtenir les conseils objectifs de spécialistes. Malgré tout, là encore, une question se pose. Existe-t-il des spécialistes en biais cognitifs appliqués aux relations commerciales, qui ont également de solides connaissances juridiques, et le cas échéant sont-ils assez nombreux pour faire face à la demande ? Sans cet audit, il ne resterait au professionnel que les contrôles réalisés par les autorités disposant de pouvoirs de répression, afin de savoir s'il est en conformité ou non.

## **§2. Les actions auprès des consommateurs**

163. La pédagogie auprès des consommateurs serait un premier moyen de combattre les effets pervers de la manipulation des biais cognitifs (A) Mais s'il l'on part du principe que l'humain ne dispose que d'une rationalité limitée, alors le laisser seul face à ses biais cognitifs ne sera pas suffisant. On peut alors envisager de combattre les biais par d'autres biais (B).

### **A. La pédagogie**

164. Dans la première partie, il a été vu que le débiaisement général est impossible pour le moment. Mais serait-il malgré tout possible de débiaiser non pas l'être humain en son entier, mais seulement lorsqu'il est consommateur ? Des tentatives sectorielles ont déjà eu lieu, comme avec les agents des services de sécurité<sup>118</sup>. Néanmoins en droit des pratiques commerciales, ou du moins dans son versant numérique, il semblerait qu'une fois qu'ils sont apparus, les effets des biais soient

---

<sup>118</sup> voir supra, point 31.

impossibles à éviter. En ce sens, Tristan Harris, ancien ingénieur de Google, estime que « notre absence de maîtrise de soi ne relève pas de nos responsabilités, quand, de l'autre côté de l'écran des milliers de personnes travaillent à nous faire perdre pied »<sup>119</sup>. Ne resteraient alors que l'évitement de l'apparition des biais et le redressement cognitif.

165. Pour ce faire, la pédagogie pourrait être un moyen d'éviter la naissance de quelques biais. Tout comme les conseils destinés aux professionnels, elle passe par la vulgarisation des biais cognitifs. Le faire, c'est permettre au consommateur de se rendre compte que sa décision n'aurait pas été la même en l'absence de biais. Sans cette prise de conscience, le droit de rétractation serait inutile par exemple. Effectivement, de manière logique, il faut se rendre compte de l'erreur commise puis se demander si l'on souhaite ou non se rétracter avant d'exercer son droit.

Le rôle des associations de consommateurs serait alors important en ce sens, car ce sont elles qui sont les plus proches des consommateurs. Elles sont les plus à même de connaître leurs difficultés et donc de trouver des moyens de les pallier. Si leur rôle est particulièrement souligné ici, c'est parce qu'il n'est pas réalisable de demander aux gens d'arrêter de vouloir des bonnes affaires, or beaucoup de professionnels misent sur cette recherche perpétuelle. Alors dans cette guerre entre concurrents, les associations peuvent au moins avertir les consommateurs des stratagèmes dont ils sont l'objet. Les biais cognitifs ne sont qu'une arme comme une autre, à ceci près qu'ils sont parfois difficilement détectables.

166. Comment organiser cette pédagogie ? On peut déjà noter que certaines associations ont quelques connaissances en matière de biais cognitifs, de pratiques qui les incluent et d'effets qu'ils peuvent avoir sur ceux qu'ils défendent au quotidien. Aussi, d'une part, dans la lignée de ce qu'avait proposé C.Morewedge avec ses jeux sur les biais cognitifs<sup>120</sup>, elles seraient peut-être en mesure de proposer des méthodes pour les déceler, et les éviter à défaut de pouvoir les contrer. Ce rôle pourrait revenir aux autorités ou aux organismes qui seraient susceptibles de s'emparer de la question (voir infra, point 186). Mais encore une fois, être déjà sur le terrain et en connaître les réalités au quotidien serait un avantage pour déceler les erreurs de pensée, et potentiellement inventer des alertes et des remèdes efficaces. D'autres part, sans le savoir, elles participent déjà à l'évitement et au redressement des biais cognitifs à travers la réalisation de guides d'achats et

---

<sup>119</sup> H.Guillaud, « Design de nos vulnérabilités : la Silicon Valley est-elle à la recherche d'une conscience ? », Internetactu, 9 novembre 2016.

<sup>120</sup> C.Morewedge, « Debiasing decisions : Improved decision making with a single training intervention », Behavioral and Brain Sciences, 2015, p.129, précité.

d'essais comparatifs dans les matières techniques, telles que le bancaire. En effet, ils permettent au consommateur de limiter les biais relatifs au jugement, comme le biais de halo, mais aussi ceux sur les calculs des risques, comme les biais de statu quo et de confiance excessive. Certes, un changement d'abonnement ou de banque n'en sera pas plus facile mentalement, mais au moins sa mise en oeuvre est simplifiée.

## B. L'usage de certains biais pour combattre d'autres biais

167. Utiliser les biais pour combattre d'autres biais est une technique qui porte le nom de nudge. Récemment mise en lumière, elle est loin d'avoir révélé tout son potentiel, qui fait lui-même l'objet de quelques débats (1). Si les gouvernants venaient à être convaincus de l'essayer, le nudge pourrait alors être un nouvel outil de régulation en droit des pratiques commerciales (2).

### 1. Les interrogations générales autour du nudge

168. Comme mentionné en introduction, l'usage d'un biais cognitif n'est pas forcément une pratique négative. Tout dépend du contexte dans lequel il va être provoqué. Après avoir travaillé avec A.Tversky et D.Kahneman, R.Thaler a notamment développé l'idée des nudges avec C.Sunstein. Leur ouvrage « Nudge »<sup>121</sup> leur vaudra respectivement un prix Nobel d'économie et la direction de l'« Office of information and regulatory affairs », sous la présidence de Barack Obama. La technique du nudge avait également convaincu l'ancien Premier ministre britannique James Cameron à travers la « Behavioural insight team ». Les deux pays ont utilisé le nudge dans divers pans de leurs politiques publiques, tels que l'économie d'énergie, le don d'organes et les plans d'épargne. Dans leur ouvrage fondateur, les deux auteurs ont expliqué qu'outre le fait qu'elle est indolore, la technique évite à un Etat d'avoir recours à des arguments financiers pour faire tendre la population vers un comportement particulier. Cette incitation douce, bien que présentant des avantages très intéressants, n'est pas parfaite. Certes, les intentions se veulent louables mais cela reste une manipulation, et cela soulève donc des interrogations éthiques. De même, le fait que le pouvoir d'utiliser les nudges soit entre les mains du législateur n'est pas une garantie suffisante. En effet, il est lui-même susceptible d'être victime de biais cognitifs malvenus<sup>122</sup>. Ainsi, à défaut de pouvoir se prémunir de ses propres biais, le Royaume-uni a décidé de rendre transparents ses projets

---

<sup>121</sup> R.Thaler et C.Sunstein, « Nudge : Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness », Yale University Press, 2008.

<sup>122</sup> E.Glaeser, « Paternalism and Psychology », University of Chicago Law Review, 2006, p.134-135.

autour des nudges, afin d’au moins limiter la défiance des citoyens. En comparaison, la France y a eu recours, mais de manière plus timide. Le nudge et les biais cognitifs sont un peu étudiés pour savoir s’ils sont en mesure d’optimiser ou non l’efficacité des politiques publiques françaises, tout en ne détériorant pas la relation de confiance entre citoyens et dirigeants<sup>123</sup>. On peut citer un exemple de nudge inoffensif pour les libertés fondamentales, mais efficace. Imaginé par une université, il consistait à attirer l’attention pour encourager à jeter des mégots de cigarettes dans une poubelle, et non au sol. Il faisait voter, essentiellement des étudiants, sur des questions relayées sur les réseaux sociaux comme « Pain au chocolat ou chocolatine ? »<sup>124</sup>. Le fumeur n’avait alors qu’à déposer son mégot dans le compartiment représentant la réponse voulue.

## 2. Les interrogations propres au droit des pratiques commerciales autour du nudge

169. D’abord, si le nudge venait à être utilisé pour réguler le commerce par le biais des relations entre consommateur et professionnel, il est possible que certains critiquent l’atteinte à la concurrence, voire à la liberté de commerce et d’industrie. Il s’agirait en effet d’une immixtion un peu plus prononcée de l’Etat, car il se focaliserait sur la manière de penser, de réfléchir et de choisir des agents économiques, des clients. Mais le recours au nudge est largement démocratisé en marketing. En effet, si placer des aliments sains à hauteur des yeux dans une cantine est un nudge, alors faire la même chose mais avec des produits rentables dans un supermarché en est un également. Tout est question de point de vue, en quelque sorte. Pourquoi se priver de cette technique pour guider les consommateurs vers quelque chose qui les aiderait à donner un consentement plus éclairé ? Au final, l’intrusion dans l’esprit viendrait des deux côtés.

170. Hormis ces débats, se pose la question de l’adéquation du nudge au droit des pratiques commerciales. Il peut être utilisé sans grande crainte par les pouvoirs publics pour des domaines tels que la santé et l’environnement. Et tout comme la consommation, ce sont des sujets qui concernent tout le monde. Par conséquent, son recours pour améliorer la protection du consommateur ne devrait pas être impossible sur ce point, à condition bien-sûr de le concevoir intelligemment. Enfin, une autre question à se poser est la compétence pour légiférer en matière d’usage des biais cognitifs. Qui s’occuperait de créer ces nudges destinés aux consommateurs ? Le législateur français ou le

---

<sup>123</sup> Institut de la gestion publique et du développement économique, « Pour une nouvelle relation de confiance : l’usager, boussole du service public ? », Action publique, recherche & pratiques, 4, octobre 2019.

<sup>124</sup> L.Fraisse, « Pain au chocolat ou chocolatine : dans une fac de Toulouse, on vote avec ses mégots de cigarettes », Actu Toulouse, 25 novembre 2018.

législateur européen, puisque le droit des pratiques commerciales relève de l'Union européenne ? Et surtout, la directive 2005/29 est d'harmonisation maximale, donc il est impossible de faire plus que ce qui est prévu. Peut-être que les deux pourraient le faire, et le législateur français emploierait le nudge afin de parvenir aux objectifs imposés par Bruxelles. En effet, cette dernière n'a pas fermé complètement la porte au nudge<sup>125</sup>. Cependant, étant encore nouveau dans la sphère juridique, il est fortement possible qu'elle se positionne en observateur pour le moment, attendant de voir les résultats dans les Etats-membres qui ont été séduits par le nudge pour d'autres sujets que le commerce. Par conséquent, si le nudge venait à être bientôt utilisé en droit des pratiques commerciales, ce n'est probablement pas l'Union européenne qui s'y attèlerait le plus, mais des Etats curieux ou des acteurs privés.

## **Section 2 : Des actions auprès des acteurs de la régulation**

171. L'optimisation de la prise en compte des biais cognitifs demanderait un peu de temps pour être mise en oeuvre. Des difficultés devraient être réglées sur le terrain judiciaire, afin de réellement laisser la possibilité aux consommateurs de se défendre eux-mêmes (Paragraphe 1). Si cette protection directe s'avérait compliquée et/ou insuffisante, alors les autorités extra-judiciaires pourraient, ou devraient, la compléter et prendre le relai (Paragraphe 2).

### **§1. Les aspects judiciaires de l'optimisation**

172. D'une part, puisque les acteurs de la régulation eux-mêmes sont soumis à des biais, il convient de se demander quelle est l'étendue de ces failles et leurs effets sur une procédure (A). D'autre part, la preuve risquerait d'être difficile à rapporter pour le consommateur mais aussi à être analysée pertinemment par les juges (B).

#### **A. Les biais cognitifs des acteurs judiciaires eux-mêmes**

173. Si ceux qui exercent le droit et le font respecter sont eux-mêmes sujets à des biais cognitifs, une première question doit se poser. Est-ce que cette sujétion empêche de détecter et corriger les biais cognitifs des autres ? Comble de l'ironie, en général, le biais de tâche aveugle à l'égard des préjugés permet de répondre négativement à cette question<sup>126</sup>. Malgré tout, il faudrait connaître ces

---

<sup>125</sup> A.Alemanno et A-L.Sibony, « Nudge and the Law. A European Perspective », Oxford : Hart Publishing, 2015.

<sup>126</sup> H.Lauren Min, E.McCormick, C.Morewedge et I.Scopelliti, « Bias Blind Spot: Structure, Measurement, and Consequences », Management Science, 10, 2015, p.2468-2486



biais (1), afin de préparer des solutions permettant de limiter ou d'éviter le plus possible les troubles des personnes chargées de réguler les pratiques utilisant des biais (2).

### 1. Les biais cognitifs en cause

174. Premièrement, la présence de biais chez les détenteurs du pouvoir judiciaire a été démontrée concernant le biais d'ancrage, à la fois en procédure pénale et civile. D'abord, en procédure pénale, deux expériences peuvent être évoquées<sup>127</sup>. L'une concerne la situation dans laquelle le juge écoute pour la première fois un témoin ou entend en dernier la défense, et comment l'ordre de parole l'influence. L'autre expérience a été menée cette fois quant à la prise en compte de la réquisition du ministère public pour une peine d'emprisonnement. Les résultats montrent que pour une même affaire, il y avait jusque dix-huit mois d'écart selon que le procureur demandait une courte peine ou une peine plus longue. Ensuite en procédure civile, une expérience visait l'octroi des dommages et intérêts. On remarque que le montant accordé est adapté par rapport à la somme demandée, alors qu'un juge pouvait penser en accorder une autre en l'absence de demande d'un montant précis<sup>128</sup>. De même, comme cela a été abordé au début des développements (voir supra, point 52), le recours à un expert, bien que parfois indispensable, peut conduire le juge à développer un biais d'autorité, c'est-à-dire qu'il n'essayera pas de remettre en cause le résultat donné. Enfin, un juge pourrait être affecté par le biais de confirmation, et donc écarter les informations qui contredisent sa pensée. Deuxièmement, les acteurs chargés de représenter les parties sont également concernés par les biais cognitifs. Ainsi, les avocats sont parfois sujets au biais de confirmation et d'optimisme lorsqu'ils évaluent et construisent des dossiers<sup>129</sup>. Sans que des études aient été réalisées à ce sujet, on peut sans doute faire une analogie avec les associations de défense des consommateurs et les représentants des professionnels. Dès lors qu'il s'agit de juger ou défendre une personne ou une cause, même en essayant d'être impartial, les biais cognitifs naissent.

### 2. L'intelligence artificielle, le remède envisagé

175. Face à ces biais, un début de solution a déjà été pensé. En effet, l'intelligence artificielle pourrait être un moyen de se débarrasser de quelques biais cognitifs liés aux probabilités et à la

---

<sup>127</sup> J.Goldszlagier, « L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire », Les cahiers de la justice, 4, 2015.

<sup>128</sup> J.Robbennolt et C.Studebaker, « Anchoring in the Courtroom : The Effects of Caps on Punitive Damages », Law & Hum. Behav., 23, 1999, p.353

<sup>129</sup> R.Korobkin et T.Ulen, « Law and behavioural science : removing the rationality assumption from law and economics », California Law Review, 1998, p.1075

mémoire. L'idée peut paraître nouvelle, mais en réalité elle est déjà utilisée à d'autres fins. Par exemple, c'est bien elle qui permet le fonctionnement des moteurs de recherche juridiques, et ceux qui s'intéressent au droit seront certainement d'accord pour affirmer qu'ils sont précieux. Cependant, on ne peut pas nier que la machine risque de conserver une part des failles de ses créateurs. Non seulement les seules erreurs qu'elle peut corriger sont celles qu'on lui apprend, mais elle risque aussi d'en commettre si les informations qui lui sont transmises ne sont pas complètes et objectives<sup>130</sup>. Or c'est là toute la problématique liée aux biais cognitifs. Par conséquent, même si cela est discuté, il semblerait que l'intelligence artificielle puisse avoir d'autres utilités en droit.

176. D'une part, elle pourrait servir d'outil à un avocat, et à toute organisation pouvant défendre les intérêts de ceux qu'elle représente<sup>131</sup>. Elle serait un moyen simple et rapide de connaître les statistiques, les chances qu'une affaire soit un succès. Deux gains seraient alors à prendre en considération. D'abord, très peu iraient devant un tribunal s'ils pensent être sûrs de ne pas obtenir gain de cause. Certes, perdre un procès n'est pas forcément inutile. Pour une association, il peut être un moyen d'occuper le terrain médiatique, et ainsi d'alerter consommateurs et pouvoirs publics. Toutefois en l'absence de raison suffisante, avocats et associations éviteront ainsi de perdre du temps et de l'argent. Inversement, l'intelligence artificielle pourrait aussi indiquer qu'une affaire a plus de chances de succès que ce qu'il n'y paraissait. Enfin, même sans parler de succès ou de perte, la machine peut indiquer la probabilité qu'un argument soit reçu favorablement par un juge.

177. D'autre part, avoir à disposition ce genre de données pourrait servir de base à un magistrat qui souhaiterait connaître la moyenne des dommages et intérêts accordés dans un type de contentieux en particulier. Outre la réduction des erreurs et des mécontentements, il gagnerait un peu de temps dans ses recherches. Une des critiques émises contre l'intelligence artificielle concerne le seul fait de regarder les statistiques. Le juge serait tenté de ne pas procéder à un revirement de jurisprudence, ou de ne pas allouer un montant différent, alors qu'il l'aurait peut-être fait s'il ne les avait pas regardées. Pour répondre à cette critique, le juge a déjà quelques référentiels dans son esprit, sans pour autant cultiver une culture du précédent. A ceci près qu'ils ne sont pas toujours exacts. Enfin, les magistrats seraient sans nul doute soulagés si cette intelligence permettait de désengorger un peu leurs tribunaux, en aiguillant ceux qui intentent les procès ou bien qui agissent comme

---

<sup>130</sup> B.Dondero, « L'intelligence artificielle est-elle à l'abri des biais cognitifs ? », Le blog du professeur Bruno Dondero, 19 juin 2017.

<sup>131</sup> D.Iweins, « La justice prédictive, nouvel allié des professionnels du droit ? », Gaz. Pal., 3 janvier 2017, p.5.

représentants. En conclusion, l'apport de l'intelligence artificielle réside essentiellement en la réduction des biais, sans jamais totalement remplacer l'humain.

## B. La preuve des biais cognitifs

178. La preuve des biais semble difficile à établir en cas de contentieux, que ce soit pendant un procès ou un processus de règlement amiable des litiges (1). Ensuite, même si le consommateur réussit à le faire, il faudra que les magistrats se sentent suffisamment familiers et intéressés par cet aspect comportemental, psychologique, pour qu'ils osent se prononcer dessus alors que, fondamentalement, cela ne relevait pas de leurs compétences (2).

### 1. L'apport de la preuve par le consommateur

179. D'abord, quand bien même le consommateur a conscience de son erreur de pensée, sera-t-il lui-même capable d'affirmer qu'il a développé tel biais ? Et surtout, de prouver que le professionnel a favorisé son apparition, faisant ainsi de lui une victime d'une pratique trompeuse ou déloyale ? Premièrement, les associations de défense des consommateurs pourraient avoir un rôle à jouer. En effet, avec leurs propres connaissances, elles aideraient ces consommateurs à se rendre compte qu'ils ont développé un biais lorsqu'ils ont réfléchi avant d'acheter par exemple. Puis, elles pourraient identifier les biais utilisés dans la pratique commerciale. Ces deux appuis permettraient de palier au moins les difficultés préalables à tout contentieux.

180. En revanche, au stade même du procès, on ne pourrait pas exiger une expertise par un psychologue à chaque fois qu'un litige porte sur tout ou partie de l'usage de biais cognitifs ayant conduit à une pratique commerciale illicite. En effet, les juges risquent de développer un biais d'autorité<sup>132</sup>, et le recours à une expertise a un coût, dont la charge est souvent plus lourde pour un consommateur. Un professionnel a souvent plus de moyens financiers qu'un particulier. Certes, une expertise judiciaire peut être remboursée grâce aux dépens prévus à l'article 695 du code de procédure civile. Si elle est amiable alors il reste la possibilité prévue à l'article 700 du même code. Toujours est-il qu'il faut avancer la somme et cela pourrait donc constituer un nouveau frein à l'effectivité de l'équilibre recherché entre consommateur et professionnel.

---

<sup>132</sup> voir supra, point 173.

181. Ensuite, il faudrait prouver que le biais cognitif déclenché chez le consommateur, par une pratique misant sur ce biais, l'a bien été par ladite pratique. Le juge ou le législateur pourrait-il alors créer des présomptions simples, au moins pour établir le lien entre le biais apparu chez le consommateur et la pratique du professionnel utilisant ce même biais ? Ne lui resterait alors qu'à identifier le ou les biais concernés. Enfin, la dernière étape consisterait à prouver que le consommateur moyen est vulnérable aux biais invoqués. Ce travail reviendra aux avocats et/ou aux associations de défense des consommateurs. Quant au professionnel, il sera lui aussi évidemment en mesure de contester l'usage des biais au sein de sa pratique, ou la vulnérabilité du consommateur moyen. Néanmoins, il devra garder à l'esprit qu'en droit des pratiques commerciales peu importe qu'il ait eu ou non l'intention de tromper le consommateur. Sa bonne foi pourrait seulement être récompensée par une diminution des sanctions, qu'elles soit financière et/ou réputationnelle. En conclusion, la présomption permettrait d'affirmer que sans le ou les biais, la décision du consommateur aurait été sensiblement différente.

## 2. La réception de la preuve par les juges

182. Pour finir, un ultime obstacle pourrait se dresser sur la route d'un consommateur. Avec ou sans expert et/ou présomption, il reviendra au seul juge ou autorité administrative compétente d'apprécier le rôle, voire la simple présence, des biais cognitifs dans le raisonnement du consommateur. Puis il devra déterminer si ce sont bien ces biais cognitifs qui l'ont conduit à prendre une décision qu'il n'aurait pas prise sans la pratique litigieuse. Outre les éventuels biais des personnes qui décideront de l'issue du litige, c'est peut-être l'état de leurs connaissances sur les biais cognitifs ou leur réticence qui pourrait être gênante. En effet, les biais cognitifs sont d'une grande diversité, un peu compliqués à comprendre et à analyser pour un profane. Certes, scientifique et juriste n'ont pas des modes de raisonnement si éloignés les uns des autres, mais les autres sciences sociales et les sciences comportementales ne font pas encore partie de ses préoccupations principales. Par conséquent, les acteurs de la régulation seraient sans doute plus intéressés et audacieux si une intervention de l'Union européenne allait en ce sens. Enfin, une formation initiale en psychologie cognitive est indispensable pour tous ces acteurs, même si elle est générale et brève. Et dans l'idéal, une formation continue les aiderait à se tenir à jour des éventuelles avancées scientifiques, commerciales ou juridiques dans le sujet si interdisciplinaire qu'est la prise en compte des biais cognitifs au sein du droit des pratiques commerciales.

## **§2. Les aspects extra-judiciaires de l'optimisation**

183. Si des difficultés sont rencontrées au stade du procès, la modération dans l'usage des biais cognitifs peut également se faire par d'autres moyens. En effet, les juges ne sont pas les seuls à veiller au respect du droit des pratiques commerciales. Différentes organisations sont également chargées de cette mission. Et même si elles ne sont pas invulnérables aux biais cognitifs, elles présentent l'avantage d'être composées de nombreuses personnes. Multiplier les points de vue est un moyen efficace de réduire les effets de certains biais, si l'on repense à l'expérience de N.Sommet et de F.Butera (voir supra, point 32). Aussi, il serait possible de demander à des organismes de droit souple, existants ou non, d'endosser le rôle des régulateurs ou de vigie (A). Enfin, il sera indispensable d'obtenir l'appui des autorités déjà créées (B).

### **A. L'appui sur des organismes de droit souple**

184. Tout d'abord, il convient de définir ce qu'est exactement le droit souple. Selon une étude du Conseil d'Etat rendue en 2013<sup>133</sup>, il regroupe l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives. Ils « ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou obligations pour leurs destinataires ; ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit ». Inspiré de la soft law, de nombreux organismes chargés de veiller à la régulation de sujets différents y ont recours.

185. Pour commencer, il serait possible de faire appel à des organismes relatifs au numérique, tels que le Conseil national du numérique. Il est composé de chercheurs, de journalistes, d'avocats, de chefs d'entreprises et de représentants des décideurs. Ce Conseil consultatif organise des débats y compris avec les citoyens puis élabore des avis et recommandations qui sont entendus par le Gouvernement. Il a déjà par exemple donné son avis sur la régulation des plateformes, la neutralité du net et la protection des données personnelles. Même si cela ne concerne pas à proprement parler les usages abusifs des biais cognitifs, le numérique est un domaine dans lequel il prolifèrent. Déjà à ce stade, on peut penser qu'en l'absence de régulation, les biais cognitifs sont un véritable obstacle à la neutralité du net et une menace pour la protection des données personnelles.

---

<sup>133</sup> Conseil d'Etat, « Le droit souple », étude annuelle, 2 octobre 2013.

De même, obtenir l'appui de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) serait indispensable. Cette autorité est elle-même composée de représentants de tous les acteurs et sujets de la publicité. Sa participation à la connaissance et reconnaissance des biais cognitifs au sein des pratiques commerciales serait très pertinente car la publicité, quelque soit son support, utilise les biais cognitifs pour donner envie d'acheter. D'ailleurs, les publicitaires sont devenus des experts quand il s'agit de créer des envies là où il n'en existait pas, ou du moins d'en augmenter l'intensité. En témoigne par exemple le recours aux messages subliminaux, c'est-à-dire qui passent en-dessous de la conscience. Ils sont « invisibles », et pourtant ils sont plutôt efficaces. Plus précisément, le professeur en psychologie sociale Ahmed Channouf explique que « si les images subliminales ne permettent pas de produire des comportements nouveaux, elles peuvent en revanche activer des besoins existants »<sup>134</sup>. De plus, cet appui serait le bienvenu parce que l'ARPP a démontré que mélanger des règles de droit dur et de droit mou est efficace. En effet, ses recommandations bénéficient souvent d'un taux de conformité élevé, en général au moins 90% chaque année.

186. Néanmoins, afin de remédier au gouffre qui sépare encore droit et psychologie, la création d'un organisme indépendant, mixte et spécialiste pourrait être une seconde possibilité. Il accueillerait des juristes, des psychologues et plus largement des personnes issues du monde médical. En effet, le comportement du consommateur peut aussi relever de la neurologie et de l'addictologie. Des sociologues devraient également participer aux recherches et aux débats puisqu'il existe des biais cognitifs liés à la notion de groupe et aux critères sociaux, tel que le biais d'endogroupe. Dans l'idéal, il faudrait qu'il soit à la fois composé d'universitaires et de praticiens. Cela permettrait d'avoir un point de vue le plus complet possible.

Cet organisme aurait plusieurs rôles, à l'instar de la plupart des organismes de droit mou. D'abord, il pourrait publier des articles afin d'informer au moins leurs confrères sur l'intérêt des biais cognitifs en droit des pratiques commerciales, ainsi que sur les zones grises de l'éventuelle législation créée. De plus, cet organisme pourrait alerter les professionnels ayant des pratiques trop intrusives sur le terrain psychologique, soit à leur demande après un audit, soit à sa propre initiative. Enfin, la procédure du « Name and shame » pourrait être envisagée. Elle consiste à dénoncer publiquement les personnes ou sociétés qui ne respectent pas soit le droit dur, soit le droit mou. Le but est de « couvrir de honte » ceux qui espéraient peut-être que leurs erreurs ou violations délibérées resteraient inaperçues. Toutefois, il n'est pas certain que le préjudice réputationnel,

---

<sup>134</sup> A.Channouf, « Les images subliminales », Presses universitaires de France, 2000, p.65-79.

comme voir son chiffre d'affaires diminuer par exemple, soit suffisant pour assurer un équilibre entre professionnels et consommateurs.

## B. L'appui sur des autorités

187. D'abord, des autorités sectorielles pourraient être mises à contribution. D'ailleurs, certaines se sont déjà saisies de la question. Les jeux d'argent comme les paris sont des terrains sur lesquels les biais liés aux mauvais calculs de probabilité sont encore plus susceptibles de se développer. Par conséquent, l'Autorité nationale des jeux (ANJ) pourrait être un acteur important de cette régulation, car elle oeuvre notamment pour la protection des consommateurs particuliers que sont certains amateurs de jeux de hasard. Elle pourrait rechercher s'il existe des professionnels qui ont des pratiques de nature à favoriser de manière excessive le développement des biais cognitifs, et le cas échéant en obtenir la cessation. En effet, l'ANJ peut obtenir le retrait d'une communication incitant à jouer de manière excessive, retirer des agréments ou avertir la police chargée des jeux.

188. De même, concernant le numérique, la CNIL a également un rôle conséquent à jouer au moins pour deux raisons. Premièrement, elle rédige des articles relatifs au versant numérique du droit, et son laboratoire d'innovation propose divers outils pour mieux aider les utilisateurs à se rendre compte des coulisses de l'internet. C'est le cas de Cookie Viz qui a été créé afin de visualiser les effets des cookies. De plus, la CNIL s'est déjà intéressée aux liens entre les biais cognitifs, la captation de l'attention et les dark patterns. C'est pourquoi elle pourrait être non seulement une actrice dans les éventuels travaux de recherche sur les biais et leurs effets dans les pratiques commerciales, mais aussi un précieux conseil pour les professionnels et les consommateurs. Deuxièmement, la CNIL dispose de moyens afin de faire respecter les règles qui seraient édictées. En effet, elle peut faire des contrôles, mettre en demeure des professionnels et les sanctionner. Elle a par exemple condamné Google à une amende d'un montant de cent millions d'euros le 7 décembre 2020<sup>135</sup>. En l'espèce, elle reprochait à la société de ne pas avoir respecté le consentement des utilisateurs à propos du choix de cookies non essentiels, car les cookies étaient acceptés de manière tacite.

189. Enfin à titre plus général, la DGCCRF pourrait être en mesure de se saisir de la question relative à l'usage abusif des biais cognitifs, usage qui peut conduire à la commission d'une pratique

---

<sup>135</sup> CNIL, « Cookies : sanction de 60 millions d'euros à l'encontre de Google LLC et de 40 millions d'euros à l'encontre de Google Ireland limited », 10 décembre 2020.

commerciale déloyale ou trompeuse. En effet, elle est chargée par l'Etat de lutter contre ces pratiques mais également contre les distorsions de concurrence. Elle peut faire des contrôles, prononcer des injonctions et des amendes. De plus, depuis février 2020, la DGCCRF est directement en contact avec les consommateurs qui estiment que leurs droits sont bafoués grâce à la création de la plateforme SignalConso. Grâce à elle, un consommateur est en mesure de faire remonter ce qu'il pense être une violation des règles en vigueur, ce qui peut permettre à la répression des fraudes d'entrer en action si elle estime que cela est nécessaire. Il est encore un peu tôt pour affirmer si les actions des consommateurs ont été une véritable aide pour la DGCCRF dans sa mission, mais on relève environ soixante mille signalement en une année<sup>136</sup>. Consommateurs comme professionnels peuvent y trouver un intérêt car la plateforme permet aussi de les mettre en relation, et de régler leur litige à l'amiable. Enfin, dans son rapport d'activité de l'année 2020, la DGCCRF mentionne brièvement les dark patterns et les biais cognitifs, tout en indiquant qu'elle sera très attentive au développement de ces techniques<sup>137</sup>.

190. En conclusion, en l'état actuel, la prise en compte des biais cognitifs est effectivement imparfaite par le droit des pratiques commerciales. D'une part, les régimes des pratiques déloyales et trompeuses contient suffisamment de dispositions prêtes à améliorer cette prise en compte, que ce soit au stade de l'analyse de la pratique, du référentiel qu'est le consommateur moyen ou de l'altération substantielle de son comportement. D'autre part, la connaissance et la maîtrise des biais cognitifs au sein des pratiques commerciales est déséquilibrée entre les acteurs. En effet, s'il est incontestable que les professionnels savent utiliser les biais cognitifs, à défaut d'en avoir toujours conscience, c'est moins vrai pour les consommateurs, les juristes et plus généralement les acteurs en charge de créer ou d'appliquer le droit. On peut donc dire que les biais cognitifs sont surexploités par les professionnels et sous-exploités par les régulateurs.

---

<sup>136</sup> Ministère de l'économie, des finances et de la relance, « La plateforme SignalConso a un an ! », 29 mars 2021.

<sup>137</sup> DGCCRF, « Bilan d'activité 2020 », p.57.



## Conclusion

191. Finalement, il est indéniable que les biais peuvent être aussi puissants qu'indétectables ou sous-estimés lorsqu'ils entrent en jeu. Or, le droit des pratiques commerciales tente de faire la balance entre les intérêts des professionnels et des consommateurs. Ces derniers sont nombreux à ne pas être conscients de leurs capacités cognitives, et encore moins de la manière dont elles peuvent être influencées, tandis que les professionnels le savent en général. Ainsi, le consommateur moyen, représentatif de la majorité, mérite une protection contre des intrusions. Toutefois, conformément à la vision équilibrée souhaitée par l'Union européenne, cela ne se fera pas à n'importe quel prix. En informant un consommateur ou un consommateur potentiel, c'est aussi un moyen d'éviter de le déresponsabiliser, et de légitimer par exemple les « cliqueurs compulsifs » qui ne prêtent aucune attention à ce qu'ils font grâce à internet.

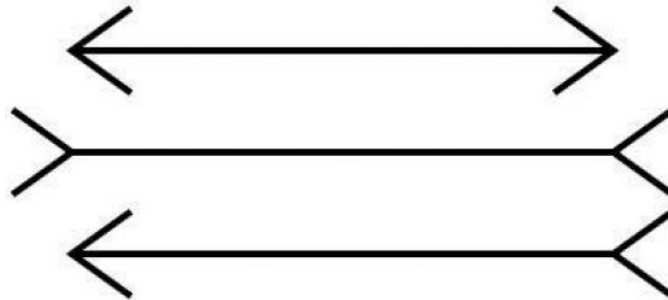
Pour autant, est-ce qu'une meilleure prévention ou régulation de l'usage des biais cognitifs garantira un consentement libre et éclairé du consommateur, et par extension une concurrence loyale si l'on se fie à la directive 2005/29 ? La réponse n'est ni aussi tranchée, ni ferme car les consommateurs et les pratiques évoluent rapidement. Certes, l'expansion du numérique n'y est pas pour rien, mais les préoccupations sociétales sont également responsables. Sans dire que la surconsommation arrive à son terme, il reste que les consommateurs sont de plus en plus prêts à changer leurs habitudes, quitte à payer un peu plus cher. En témoignent par exemple l'engouement pour les « produits bio », la mise sous les projecteurs des circuits courts, d'où le problème du faux Made in France, et les appels au boycott des entreprises accordant un salaire de misère. Par conséquent, les biais cognitifs ne sont ni le remède à tous les maux, ni le meilleur moyen de prédire l'avenir quant aux relations commerciales. En revanche, mettre à jour le droit de l'Union européenne sur les questions psychologiques et plus généralement comportementales sera sans nul doute un nouvel outil qui aidera à protéger le consommateur tout en assainissant la concurrence.

Enfin, même si les biais cognitifs pourraient devenir une préoccupation sérieuse du droit des pratiques commerciales, d'autres aspects devraient être étudiés. Mentionnée à quelques reprises dans ces développements, l'attention, aussi bien sa sollicitation permanente que son détournement, est également une question complexe, sous-estimée et pourtant indissociable des pratiques commerciales. Le scroll était un bon exemple. Attirer, c'est gagner une chance de faire consommer. Et bien que ne concernant pas les mêmes fonctions du cerveau, la déconcentration est liée aux biais cognitifs car elle est un facteur augmentant les risques de leur apparition. La limiter serait donc un moyen d'atténuer ces erreurs de raisonnement, et ainsi de préserver la liberté du consommateur.



## II. Illusion de Muller-Lyer

Source : <http://illusions-optique-tpe.e-monsite.com/pages/les-illusions-geometriques.html>



## III. Eye-tracking - exemple

Source : <https://www.lunaweb.fr/blog/eye-tracking-parcours-achat-ecommerce/>



#### IV. Effet de leurre - exemple

Dans cette option, la branche servant de leurre est la boisson du milieu, et la branche dont on espère augmenter les ventes est la boisson la plus grande et la plus coûteuse.

Source : D.Ghrenassia, « Comment la psychologie du pricing influence nos choix », Creative Copywriting, 14 avril 2020.



#### V. Effet gratuit - reconnaissance des consommateurs

Source : page humoristique Dahk'Man, sur le réseau social Facebook.

The screenshot shows a Facebook post by Dahk'Man. The post compares two pricing options:

25€	29,99€
Livraison: 4,99€	Livraison: 0€

Below the pricing comparison are two side-by-side images of Oprah Winfrey. In the left image, she is looking thoughtful with her hand near her face. In the right image, she is looking thoughtful with her hand near her chin.


The right side of the screenshot shows the Facebook interface with the post's details: 7,3K likes, 1,8 K commentaires, and 832 partages. The post has 12 réponses. The most relevant comment reads: "Tellement illogique de ne pas vouloir payer le port ! Résultat des courses, on a un service de ... avec des livreurs qui sont mal payés et on se plaint". Other comments include "La psychologie inversée" and "t moi quand je commande et que j'monte le panier pour avoir la livraison gratuite".

## VI. Exemples de messages de relance

Sources: application Droops, et M.Chakir, « 13 excellents e-mails de relance de paniers abandonnés (Et ce que vous pouvez en apprendre) », blog Shopify, 18 novembre 2015.



✕



**On joue ensemble ?**

Ce chiot est triste que vous ne soyez pas abonné à Premium.


**FAITES-LUI SA FÊTE !**

I'm forgetful too. It's all good. But let's look on the bright side. It's time to turn this party up to 11 and head right back to your shopping cart to complete that checkout. Easy as pie.

**chubbies**  
AMERICAN MADE SHORTS

**Please, allow me to transport you back to your internet shopping cart.**

**I'd be happy to.**



Looks like you left some shorts in your shopping cart on our site.

Allow me to provide the service of taking you directly back to your shopping cart.

Free of charge.

Feel free to click literally any link in this email. They all go back to your shopping cart. Even the guy casually taking in the sights in the image above. Clicking him will also take you to your cart.

**Teleport To Your Cart**

Word up, enjoy the rest of the day. Crush it.  
Preston 'pants are for work' Rutherford and The Chubsters

## VII. Made in France

Source : C.Sicard, « Made in France : 9 exemples pour ne plus vous faire avoir par les emballages de produits alimentaires en supermarché », Business Insider France, 23 octobre 2019.



## VIII. Exemples de bannières - choix des cookies

Sources : <https://www.magimix.fr> et <https://www.20minutes.fr>

RECETTES

### magimix

#### Paramètres des cookies

Le site Magimix utilise des cookies.

En cliquant sur « Accepter tous les cookies », vous acceptez l'utilisation de cookies essentiels au fonctionnement du site, à des fins de personnalisation, de statistiques et de publicités ciblées, incluant des cookies de tiers. Vous pouvez aussi sélectionner les cookies que vous souhaitez accepter.

Cookies nécessaires uniquement

Autoriser la sélection

Autoriser tous les cookies

Nécessaires Préférences Statistiques MarketingAfficher les détails ▼

**Vous nous brisez le coeur** 🥺  
**Vous avez refusé nos cookies...** 💔

Notre parti-pris depuis 20 ans : rendre l'info accessible à tous, en continu, vérifiée et 100% gratuite. Cela est rendu possible par les revenus liés à la publicité. En acceptant les cookies, vous nous permettez de rémunérer le travail de nos collaborateurs et de nos journalistes.

❤️ **J'accepte certains cookies publicitaires**

ACCEPTER

❤️ ❤️ **Je vous aime beaucoup**

TOUT ACCEPTER

❤️ ❤️ ❤️ **Je vous aime passionnément**

TOUT ACCEPTER ET  
CRÉER UN COMPTE

## **Bibliographie**

### **Traité et manuels**

N.Sauphanor-Brouillaud, C.Aubert de Vincelles, G.Brunaux et L.Usunier, « *Les contrats de consommation, règles communes* », LGDJ, 2e édition, 2018.

### **Thèses et ouvrages spéciaux**

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

D.Ariely, « *C'est (vraiment ?) moi qui décide* » Flammarion, 2008.

S.Barratier, « *Le biais cognitif de cadrage en médecine générale : Revue de la littérature pour des actes de prévention, de dépistage et de traitement* », thèse sous la direction de S.Erpeldinger, université de Lyon 1, 2018

P.Briggs, L.Fishwick, P.Richard Harris et E.Silence, « *Trust and mistrust of online health sites* », CHI2004 Conference on Human Factors in Computing Systems, Vienne, 2004.

J.Caire et S.Conchon, « *Influence 2.0 : comprendre les opérations d'influence dans un monde hyperconnecté* », Congrès Lambda Mu 21 maîtrise des risques et transformation numérique : opportunités et menaces, Reims, octobre 2018.

A.Channouf, « *Les images subliminales* », Presses universitaires de France, 2000, p.65-79.

J.Chauvey et I.Georgescu, « *Les heuristiques du jugement en contrôle de gestion: le cas des décisions rapides* », 38e congrès de l'Association francophone de comptabilité, université de Poitiers, 2017.

Commission européenne, « *Document de travail des services de la commission - Orientations pour la mise en oeuvre et l'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales* », 3 décembre 2009.

Commission européenne, « *Behavioural study on the transparency of online platforms* », 2014.

Commission européenne, « *Consumer vulnerability across key markets in the European Union* », février 2016.

Conseil d'analyse économique, « *La protection du consommateur : rationalité et régulation* », rapport n°101, 2012.

Conseil d'Etat, « *Le droit souple* », étude annuelle, 2 octobre 2013.

J.-F. Cordeau, « *Normes écologiques et normes rationnelles : de Hume à la psychologie du raisonnement* », mémoire sous la co-direction de D. Perinetti et P. Poirier, université du Québec à Montréal, 2011.

J.-P. Desclès et D. Wolton, « *Sciences cognitives* », Programme de recherche sur les sciences de la communication, CNRS, octobre 1989.

DGCCRF, « *Bilan d'activité 2020* », mars 2021, p.57.

G. Gigerenzer et R. Selten, « *Bounded rationality : The adaptative toolbox* », The MIT press, 2002

P. Heurtebise, « *Les diligences professionnelles* », mémoire sous la direction de M. Depincé, université de Montpellier I, 2014.

F. Jacquet et E. Trevisan, « *Psychologie des prix : le pricing comportemental* », De Boeck, 2015.

Q. Ju, « *Utilisation de l'eye-tracking pour l'interaction mobile dans un environnement réel augmenté* », thèse sous la co-direction de S. Derrode et R. Chalon, Université de Lyon, 2019.

D. Kahneman, « *Système 1 / Système 2 : Les deux vitesses de la pensée* », Flammarion, 2012.

E. Kredens et B. Fontar, « *Les jeunes et internet : de quoi avons-nous peur ?* », synthèse d'étude pour Fréquence école, 2010.

A. Krupicka, « *De la compréhension du biais de statu quo pour accompagner le changement : vers une mobilité des préférences* », congrès de l'Association française de marketing, Strasbourg, 2018.

J. Monzée, « *Ce que le cerveau a dans la tête : Perception, apparences et personnalité* », Liber, 2011, p.145-172.

J.F. le Ny, « *Biais* », Grand dictionnaire de la psychologie, Larousse, 1999.



CN.Parkinson, « *Parkinson's law* », The Riverside Press, 1957.

R.Thaler et C.Sunstein, « *Nudge : Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* », Yale University Press, 2008.

### Articles

Académie royale des sciences de Suède, « Richard H. Thaler. Intégrer économie et psychologie », Revue française d'économie, 4, p.3-56.

A.Alemanno, G.Helleringer et A-Lise Sibony, « Brève introduction à l'analyse comportementale du droit », Recueil Dalloz Sirey, 16, 2016, p.911-914.

K.Annette, Y.Martinet et Y.Moine, « Les repentis des applis », reportage Envoyé spécial, 10 septembre 2020.

D.Ariely, « The Secret to Kicking Procrastination: Reward Yourself », disponible sur la chaîne YouTube Big think, 24 avril 2012.

Autorité des marchés financiers, « Un nouveau document d'informations clés pour les investisseurs », 2 février 2018.

R.Bagalini, « Économie comportementale et biais cognitifs », 16 novembre 2018.

L.Bairati et E.Grasso, « Lire ou regarder ? Les couleurs dans l'étiquetage alimentaire et l'information du consommateur », Contrats, conc. consom, 10, octobre 2019.

D.Bauer, « Affaire Helvet Immo : les prêts toxiques qui ont broyé des vies », LPA, 101, 20 mai 2020, p.3.

R.Baumeister, E.Bratslavsky, M.Muraven et D.Tice , « Ego depletion. Is the active self a limited resource ? », Journal of Personality and Social Psychology, 5, mai 1998.

O.Ben-Shahar, « The myth of the "opportunity to read" in contract law », European review of contract law, 2009, p.1-28.

B.Benson, « Cognitive Biases », consulté le 30 novembre 2020. Disponible sur : <https://busterbenson.com/piles/cognitive-biases/>

L.Bergeruc, « La prise en compte du biais statistique : l'effet des sicav actions disparues sur la performance globale », *Management & Avenir*, 2, 2004, p.141-156.

A.Biard, « Ce que l'économie comportementale peut apporter aux juristes : illustrations européennes », *RTD eur.*, octobre-décembre 2015, p.715.

A.Binet, « La science du témoignage », *L'année psychologique*, 1904, p.128-136.

M.Boujelbene Abbas, A.Bouri et Y.Boujelbene, « Le biais de l'excès de confiance : explication des anomalies du marché financier, cas du marché français », *LaRSG*, 2009, p.25-33

E.Braun, « Les "dark patterns" : comment les technologies nous manipulent », *Le Figaro*, 3 juillet 2018.

H.Brignull, « Dark Patterns: inside the interfaces designed to trick you », *The Verge*, 29 août 2013.

G.Bronner, « La théorie des perspectives démasque l'irrationalité humaine », *Pour la science*, 2017.

R.Cally, « Psychologie du consommateur : comment le marketing influence-t-il nos décisions d'achat », *Le Journal des psychologues*, 287, 2011.

R.Cally, « Psychologie du consommateur | L'utilisation de l'humour dans la publicité », *Epsys revista de psicología y humanidades*, 8 mai 2020.

D.Calvillo et T.Smelter, « An initial accuracy focus reduces the effect of prior exposure on perceived accuracy of news headlines », *Cognitive Research: Principles and Implications*, 55, 2020.

J.Carbonnier, « Études de psychologie juridique », *Annales de l'Université de Poitiers*, deuxième série, 1949, p.1-18.

M.Carey, K.Carey, J.Henson et S.Maisto « Associations among health behaviors and time perspective in young adults : model testing with boot-strapping replication », *Journal of Behavioral Medicine*, 2, p.127-137.

CNIL, « La forme des choix », *Cahiers IP*, 6, 2019.

CNIL, « Cookies : sanction de 60 millions d'euros à l'encontre de Google LLC et de 40 millions d'euros à l'encontre de Google Ireland limited », 10 décembre 2020.

CNIL, « Publicité ciblée », consulté le 1er mai 2021.

Cordis, « Des chercheurs de l'UE présentent des stratégies pour renforcer l'analyse de renseignements », 29 janvier 2015.

O.Corneille, P.Gomez, C.O.C.Werle, « The pitfall of nutrition facts label fluency: easier-to-process nutrition information enhances purchase intentions for unhealthy food products », *Marketing Letters*, 28, 2017, p.15-27.

M.Cozić, « Economie "sans esprit" et données cognitives », *Revue de philosophie économique*, 13, 2012, p.127-153.

F.D'Onghia, P.Delhomme et N.Dubois, « Effets du cadrage et de la présence d'une image dans les messages de prévention sur l'intention comportementale en faveur du respect des limitations de vitesse », *Les cahiers internationaux de psychologie*, 2007, p.17-34.

B.Deffains et S.Ferey, « Les fonctions cognitives du droit dans la pensée de Cass Sunstein », *Revue économique*, 65, 2014.

S.DellaVigna et U.Malmendier, « Paying not to go to the gym », *American economic review*, 2006.

C.Deluzarche, « 5 biais cognitifs qui affectent les joueurs de casino », *Futura santé*, 2020.

O.Desbiey, « Comment les technologies nous influencent - et pourquoi les neurosciences sont utiles ? », *CNIL*, 7 septembre 2016.

DGCCRF, « Contrôle des allégations nutritionnelles et de santé », 12 décembre 2018.

DGCCRF, « Le Made in France : le nouveau critère d'achat privilégié des Français », 2020.

DGCCRF, « L'étiquetage de vos produits cosmétiques », 15 avril 2020.

C.Domenech, « L'UFC-Que Choisir attaque en justice Lastminute pour tromperie », *Capital*, 27 janvier 2020.

B.Dondero, « L'intelligence artificielle est-elle à l'abri des biais cognitifs ? », *Le blog du professeur Bruno Dondero*, 19 juin 2017.

B.El-Baze, A.Gavaudan, F.Pascuttini, H.Pigeon, C.Védie, E.Villard, « Trente ans de progrès en psychiatrie », *L'information psychiatrique*, 88, 2012, p.751-758.

FloodSanDiego, « The Marshmallow Experiment - Instant Gratification », YouTube, 29 avril 2010.

L.Fraisse, « Pain au chocolat ou chocolatine : dans une fac de Toulouse, on vote avec ses mégots de cigarettes », Actu Toulouse, 25 novembre 2018.

S.Fraser et J.Freedman, « Compliance without pressure: the foot-in-the-door technique », Journal of personality and social psychology, 1966.

C.Frith, « Imagerie cérébrale et maladies psychiatriques (schizophrénie) », Médecine / Sciences, 15, 1999, p.483-489.

W.Gaissmaier et G.Gigerenzer, « Heuristic Decision Making », Annual review of psychology, 2011.

S.Ganassali, « L'effet halo, un biais potentiel dans les méthodes de catégorisation des attributs de la satisfaction », Décisions Marketing, 50, 2008.

N.Georgieff, « Neurosciences et psychiatrie : intégration ou grand écart ? », L'information psychiatrique, 2009, p.249-438.

E.Glaeser, « Paternalism and Psychology », University of Chicago Law Review, 2006, p.134-135.

J.Goldszlagier, « L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire », Les cahiers de la justice, 4, 2015.

H.Guillaud, « Design de nos vulnérabilités : la Silicon Valley est-elle à la recherche d'une conscience ? », Internetactu, 9 novembre 2016.

H.Guillaud, « Attention à l'attention », Internetactu, 4 avril 2018.

H.Guillaud, « Legal by design : des icônes pour rendre le droit lisible par les humains et les machines », Internetactu, 7 février 2019.

E.Hary, « Dark patterns : quelle grille de lecture pour les réguler ? », CNIL, 2 septembre 2019.

J.Hernandez, « Biais de confirmation : pouvez-vous le contrer ? », Futura Santé, 2 février 2021.

Institut de la gestion publique et du développement économique, « Pour une nouvelle relation de confiance : l'utilisateur, boussole du service public ? », Action publique, recherche & pratiques, 2019.

D.Iweins, « La justice prédictive, nouvel allié des professionnels du droit ? », Gaz. Pal., 1, 3 janvier 2017, p.5.

D.Kahneman et A.Tversky, « Judgment under uncertainty : heuristics and biases », Science, 185, 1974, p.1124-1131.

D.Kahneman et A.Tversky, « Prospect theory : An analysis of decision under risk », Econometrica, 2, 1979, p.263-292.

D.Kahneman et A.Tversky, « The Framing of Decisions and the Psychology of Choice », Science, 211, 1981.

D.Kahneman et C.Morewedge, « Associative processes in intuitive judgment », Trends in cognitive sciences, 2010, p.435-440.

R.Korobkin et T.Ulen, « Law and behavioural science : removing the rationality assumption from law and economics », California Law Review, 1998, p.1075.

H.Lauren Min, E.McCormick, C.Morewedge et I.Scopelliti, « Bias Blind Spot: Structure, Measurement, and Consequences », Management Science, 10, 2015, p.2468-2486.

P.Le Hyaric, « Eloge du journal », L'Humanité, 15 juin 2011.

C.Leclère, « Les nudges : un outil pour les politiques publiques ? », Idées économiques et sociales, 188, 2017, p.41.

G.Loiseau, « Réflexion sur l'autorégulation des plateformes numériques », Comm. com. électr., janvier 2020.

F.Loose et B.Diadou-Martin, « C'est mauvais pour la santé, mais j'en bois quand même ! », Revue Française du Marketing, 254, 2015, p.55.

A.Loukil « Assurance emprunteur : est-il facile de faire jouer la concurrence dans votre banque ? », Capital, 2 juillet 2020.

F.Mandelaire, « "Nudges", "Sludges" : buzzwords ou réalité ? », Institute of NeuroCognitivism, 10 septembre 2020.

J.Marie-Leconte, « Le "nudge", manipulation douce pour temps de crise », France TV info, 8 avril 2021.

L.Martin, N.Schwartz et F.Strack, « Priming and communication : Social determinants of information use in judgments of life satisfaction », *European Journal of Social Psychology*, p.429.

F.Martinez, « L'individu face au risque : l'apport de Kahneman et Tversky », *Idées économiques et sociales*, 161, 2010, p.15.

S.Milgram, « Issues in the study of obedience: a reply to Baumrind », *American psychologist*, 1964.

Ministère de l'économie, des finances et de la relance, « Qu'est-ce que le financement participatif ? », 12 nov. 2020.

Ministère de l'économie, des finances et de la relance, « La plateforme SignalConso a un an ! », 29 mars 2021.

J.Monahan, S.Murphy, and R.Zajonc, « Additivity of nonconscious affect: Combined effects of priming and exposure », *Journal of Personality and Social Psychology*, 1995, p.589-602.

C.Morewedge, « Debiasing decisions : Improved decision making with a single training intervention », *Behavioral and Brain Sciences*, 2015, p.129-140.

M.Nizon, « Le syndrome FOMO », 6 octobre 2016. Disponible sur : <https://www.michelnizon.com/>

E.Oddon, « Pourquoi le RGPD est une aubaine pour les programmes de fidélité », *JDN*, 4 mai 2018.

S.Perrissol et A.Somat, « L'exposition sélective : bilan et perspectives », *L'année psychologique*, 2009, p.551-581.

T.Pettigrew, « The Ultimate Attribution Error : Extending Allport's Cognitive Analysis of Prejudice », *Personality and Social Psychology Bulletin*, 4, 1979.

J.Robbennolt et C.Studebaker, « Anchoring in the Courtroom : The Effects of Caps on Punitive Damages », *Law & Human Behavior*, 23, 1999, p.353.

A-L.Sibony, « European Consumer Protection through the Behavioral Lens », *European Law Journal*, mai 2017.

S.Singh, « Impact of color on marketing », *Management Decision*, 44, 2006, p.783-789.

D.Tennerel, « L'influence des biais cognitifs aux paris sportifs », Parieur-pro, 2017.

F.Terré, « Carbonnier avait raison ... A propos de la psychologie juridique », Psycho-Droit, 2016, p.13.

F.Trécourt, « Biais cognitifs : alliés ou ennemis ? », Capital, 20 juin 2018.

A.Tricot, « Surcharge cognitive », Encyclopædia Universalis, consultée le 30 avril 2021.

P.Wagner-Egger, « Les canons de la rationalité : essai de classification des points de vue dans le débat sur les biais cognitifs et la rationalité humaine », L'année psychologique, 2011, p.191-224.

E.O.Wilson, « What Is Human Nature ? Paleolithic Emotions, Medieval Institutions, God-Like Technology », interview pour Big Think, 3 octobre 2017.

C.Zeitoun, « Les salaires moindres des femmes ? C'est l'arbre qui cache la forêt ! », CNRS Le journal, 2016.

## Index

### **A.**

Allégations :

- alimentaire : 70
- Made in France : 123, 191
- santé : 71

### **C.**

Cognition :

- épuisement du moi : 21, 27, 92, 125
- heuristique : 19
- jeux correctifs : 30, 166
- sciences cognitives : 7, 143
- surcharge : 23, 27, 156

### **D.**

Design :

- dark pattern : 141, 189
- nudge : 8, 168
- privacy by design / default : 137, 141
- web design : 48, 143, 161

Diligence professionnelle :

- arrêt Deroo-Blanquart : 128, 148
- codes de bonne conduite : 127, 157, 161

Directives :

- directive 2005/29 : 11, 107, 121, 127, 131, 146, 157, 170, 191
- directive 2011/83/UE : 117
- Omnibus : 135

### **J.**

Jeux :

- de hasard : 50, 115, 187
- vidéos : 77, 105

### **M.**

Marketing :

- arrêt TofuTown : 122
- couleur : 49, 81, 136, 141
- langage : 63, 125, 136, 1443
- récompense : 78, 108

### **N.**

Numérique :

- arrêt Planet49 : 137
- bannière : 75, 90, 96, 121, 135
- cookies : 91, 102, 136, 141, 188
- données personnelles : 77, 105, 186
- précochage : 117, 122, 137
- RGPD : 135, 141, 160

### **P.**

Publicité : 11, 79, 101, 147, 161

- ciblée : 91, 102
- influenceur : 82
- jouable : 77
- subliminale : 185

Prix :

- arrêt Kelkoo : 149
- arrêt Canal Digital Danmark : 126
- arrêt Netquattro : 150
- effet de leurre : 45, 86
- limité dans le temps : 75, 114, 150



## **Table des matières**

Avant-propos - Remerciements .....	2
Liste des principales abréviations.....	3
Sommaire.....	4
Introduction .....	5
§1. Présentation des biais cognitifs .....	7
§2. L'intérêt du droit des pratiques commerciales.....	9
TITRE 1 : LA PLACE DES BIAIS COGNITIFS DANS LES PRATIQUES COMMERCIALES...	11
CHAPITRE 1 : LES BIAIS COGNITIFS EN PSYCHOLOGIE .....	11
Section 1 : L'étude inachevée des biais cognitifs.....	11
§1. Les débats sur les causes des biais cognitifs .....	12
A. La paresse naturelle du cerveau .....	12
B. La nécessité d'agir vite .....	13
§2. Les débats sur le débiaisement .....	16
A. Un débiaisement partiel envisageable .....	16
B. Le redressement cognitif à titre subsidiaire .....	18
Section 2 : Le classement possible des biais cognitifs.....	19
§1. Les biais relatifs à l'instinct immédiat .....	19
A. Influencer un jugement .....	19
B. Jouer sur l'envie.....	22
§2. Les biais relatifs aux capacités de réflexion.....	24
A. Les failles de la mémoire.....	24
B. Les erreurs de calculs.....	26
CHAPITRE 2 : L'USAGE DES BIAIS COGNITIFS DANS LES PRATIQUES COMMERCIALES.....	30
Section 1 : L'usage des biais cognitifs pour attirer le consommateur .....	30
§1. Un environnement rassurant.....	30
A. L'importance de la présentation.....	30
1. Soigner les apparences.....	31
2. Faciliter la consommation.....	32
B. Le recours à la notion de pouvoir .....	33
1. Le pouvoir des autorités de contrôle.....	33
2. Le pouvoir de rester libre.....	34
§2. Un environnement attractif.....	35

A. Proposer des récompenses immédiates et éphémères.....	35
B. Influencer indirectement les envies .....	37
1. L'absence d'autrui.....	37
2. L'introduction d'autrui .....	38
Section 2 : L'usage des biais cognitifs pour neutraliser la réflexion du consommateur .....	39
§1. Décourager les raisonnements en amont.....	40
A. Les pratiques tarifaires attrayantes incalculables .....	40
B. La longue quête pour l'obtention d'informations supplémentaires .....	41
1. Dissuader les recherches préalables.....	42
2. Faire abandonner les recherches préalables.....	43
§2. Conserver le client en aval .....	44
A. Un changement complexifié.....	44
1. Faire hésiter avant de changer ou renoncer.....	45
2. Faire abandonner le changement .....	45
B. Des habitudes ciblées.....	46
1. La publicité récurrente .....	46
2. Les récompenses futures.....	47
<b>TITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE DES BIAIS COGNITIFS DANS LE DROIT DES PRATIQUES COMMERCIALES.....</b>	<b>49</b>
<b>CHAPITRE 1 : UNE PRISE EN COMPTE IMPARFAITE DES BIAIS COGNITIFS.....</b>	<b>49</b>
Section 1 : Les biais cognitifs, critère d'appréciation de la pratique du professionnel.....	50
§1. Les pratiques trompeuses réputées interdites .....	50
A. La prise en compte des biais dans les pratiques irréfragablement déloyales.....	51
1. Les pratiques pour pallier des décisions trop immédiates .....	51
2. Les pratiques pour palier les failles d'un raisonnement.....	52
B. Le rôle limité des biais dans l'appréciation de ces pratiques.....	53
§2. Les pratiques sans présomption d'illégalité .....	53
A. Les pratiques trompeuses.....	54
1. L'action trompeuse.....	54
2. L'omission trompeuse .....	56
B. Les pratiques déloyales .....	58
Section 2 : Les biais cognitifs, critère d'appréciation du comportement du consommateur ....	60
§1. Les biais cognitifs, critère d'affinement du consommateur raisonnablement attentif et avisé.....	60

A. Un consommateur moyen difficile à cerner.....	60
1. La compréhension difficile par le législateur.....	61
2. La compréhension difficile par les juges .....	62
B. Une meilleure compréhension du consommateur moyen avec les biais cognitifs.....	63
1. L'intérêt croissant d'une meilleure étude du consommateur moyen .....	64
a. L'Union européenne .....	64
b. La France.....	65
2. Le cas particulier des consommateurs vulnérables .....	66
§2. Les biais cognitifs, critère dans l'analyse de la prise de décision commerciale .....	67
A. Une analyse encore imparfaite sans les biais.....	68
B. Une meilleure analyse avec les biais cognitifs .....	69
<b>CHAPITRE 2 : UNE POSSIBLE OPTIMISATION DE LA PRISE EN COMPTE DES BIAIS</b>	
<b>COGNITIFS.....</b>	<b>72</b>
Section 1 : Les actions auprès des sujets de la régulation.....	72
§1. Les actions auprès des professionnels .....	72
A. Les conseils.....	72
1. Un long travail à venir .....	73
2. Des réticences à dépasser.....	74
B. Les outils .....	75
§2. Les actions auprès des consommateurs .....	76
A. La pédagogie.....	76
B. L'usage de certains biais pour combattre d'autres biais.....	78
1. Les interrogations générales autour du nudge .....	78
2. Les interrogations propres au droit des pratiques commerciales autour du nudge .....	79
Section 2 : Des actions auprès des acteurs de la régulation .....	80
§1. Les aspects judiciaires de l'optimisation.....	80
A. Les biais cognitifs des acteurs judiciaires eux-mêmes .....	80
1. Les biais cognitifs en cause.....	81
2. L'intelligence artificielle, le remède envisagé .....	81
B. La preuve des biais cognitifs.....	83
1. L'apport de la preuve par le consommateur.....	83
2. La réception de la preuve par les juges .....	84
§2. Les aspects extra-judiciaires de l'optimisation .....	85
A. L'appui sur des organismes de droit souple.....	85

B. L'appui sur des autorités .....	87
Conclusion.....	89
Annexes .....	90
Bibliographie.....	95
Index.....	104
Table des matières .....	105