

## Théorie et pratiques des *nudges* : enjeux juridiques et politiques

Ce premier numéro de la revue *Nomopolis* se propose d'interroger au prisme du droit et de la science politique les enjeux propres à la théorie du *nudge* et aux pratiques qui en découlent.

Les *nudges* sont des « coups de pouce » utilisés en vue d'obtenir l'adoption d'un « bon » comportement. Qu'il s'agisse de mieux placer les aliments équilibrés dans les cantines scolaires pour qu'ils soient choisis en priorité, de peindre les escaliers dans le métro pour rendre leur usage plus ludique et donc plus fréquent, d'inscrire d'office les citoyens sur la liste des donateurs d'organe (et d'imposer des démarches administratives pour la radiation) ou d'utiliser la pression sociale en les informant sur le pourcentage de contribuables ayant déjà payé leurs impôts, le but est à chaque fois de mettre en œuvre une influence discrète pour orienter la décision.

S'inspirant notamment de la psychologie sociale et de l'économie comportementale, la théorie du *nudge* a été proposée par l'économiste Richard H. Thaler et le juriste Cass R. Sunstein [Thaler et Sunstein, 2008]. Elle est fondée sur l'idée que les choix individuels ne peuvent s'appuyer que sur une rationalité imparfaite du fait de biais cognitifs : les individus sont réputés être mal informés et peu cohérents, ils agissent selon des automatismes et prennent au quotidien des décisions qui nuisent à leurs intérêts ou à ceux de la collectivité. Dès lors, il serait utile et légitime d'utiliser des techniques d'incitation « douce » afin de produire un changement de comportement et de les conduire à faire les « bons » choix en matière de santé, de sécurité, d'environnement, etc.

Au cœur de cette idée réside la notion d'« architecture du choix » qui rend compte des procédures par lesquelles les options offertes aux individus sont aménagées et structurées de manière à orienter leur comportement dans une direction spécifique. Il s'agit selon les auteurs d'une incitation non-coercitive, qui laisse ouverte la possibilité d'un « mauvais » choix.

C'est en s'appuyant sur cette logique d'incitation non-coercitive que Thaler et Sunstein ont proposé le terme de « paternalisme libertarien » pour qualifier l'usage des *nudges*. Il s'agirait selon eux d'« *un type de paternalisme relativement modéré, doux et non-intrusif, du fait que les choix ne sont pas bloqués, clôturés ou significativement entravés* » [Thaler et Sunstein, 2008]. Cette approche permettrait « *tant aux institutions privées que publiques de pousser les gens dans des directions qui favorisent leur bien-être* » [Thaler et Sunstein, 2003]. Si l'on définit le paternalisme comme une intervention de l'État destinée à orienter les citoyens vers les « bons » choix ou vers un « bon » mode de vie (plus sain, plus écologique, plus solidaire...), alors les *nudges* en seraient la forme la moins invasive (donc « libertarienne »), source d'une « meilleure gouvernance ». Dans le contexte des débats politiques nord-américains, le but était de prendre une voie médiane entre les partisans d'une régulation étatique fondée sur la contrainte et les tenants du laisser-faire.

Cette théorie a suscité un certain engouement, amplifié par le Prix Nobel d'économie reçu par Thaler en 2017, et des applications diverses ont vu le jour. Au niveau des entreprises privées, les *nudges* ont par exemple été utilisés afin d'augmenter la productivité des salariés ou de prévenir les risques professionnels. Au niveau étatique, notamment en Angleterre et aux États-Unis, ils ont suscité des espoirs dans la lutte contre la fraude fiscale, en matière de santé publique [Quigley, 2013] ou en vue de la modernisation de l'action publique [Chevallier, 2018]. On a ainsi assisté à la prolifération de « *nudge units* » chargées de conseiller les candidats aux élections, les gouvernements ou les organisations internationales.

Cela soulève un certain nombre de questionnements que ce numéro souhaite aborder.

1. Les *nudges* s'apparentent à du droit « souple » [Emeric, 2017 ; Sée, 2018] dont les effets juridiques sont incertains. N'y a-t-il pas un risque que l'Etat finisse par préférer « gouverner nos conduites au lieu de légiférer » [Flückiger, 2018] ? Ainsi, l'absence d'un cadre légal soulève le problème de la possibilité d'un contrôle juridictionnel, par exemple en matière de responsabilité en cas de dommage causé ou d'éventuelles atteintes aux droits fondamentaux et aux libertés individuelles. Plus largement, ce sont les implications de l'usage des *nudges* pour les différentes branches du droit (droit de la consommation, droit fiscal, droit du travail, etc.) qui méritent d'être étudiées. Un nouveau champ de recherche s'ouvrirait ainsi à la croisée des sciences comportementales et juridiques [Sibony, Helleringer, Alemanno, 2016].
2. De même, cet usage comporte des enjeux de transparence. Dans quelles mesures les usagers, les ressortissants des politiques publiques ou les consommateurs sont-ils avertis qu'ils sont soumis à des « coups de pouce » cognitifs et comportementaux ? Malgré la volonté de Thaler de distinguer les bons et les mauvais *nudges* [Sunstein, 2015 ; Thaler, 2018 ; Hacker, 2018], ceux-ci soulèvent des interrogations relatives au consentement et au droit à l'information, et plus globalement à l'éthique des pratiques concernées.
3. De façon plus générale, l'usage des *nudges* s'inscrit, comme tout paternalisme, dans une logique du « faire-faire » qui établit une relation asymétrique [Donegani, 2011] entre des experts appelés à définir ce qui est le mieux pour les individus ou la collectivité, et le reste des citoyens, par exemple en matière de santé publique [Orobon, 2013]. Le statut juridique et politique de ces experts appelle une analyse, de même que le postulat de « bienveillance » des gouvernements implicite dans l'approche de Thaler et Sunstein. Qui définit le « bon comportement », et selon quels critères ? Le problème pourrait ainsi venir de la « faible envergure démocratique » du projet de gouvernement par les *nudges* [Bergeron, Castel, et al., 2018] et l'absence de débat public à leur propos [Dworkin, 2020].
4. Autre aspect, la notion de « paternalisme libertarien » ne fait pas consensus. S'ils ne sont pas coercitifs, les « coups de pouce » ont pu être décrits comme manipulateurs [Goodwin, 2012] et comme allant à l'encontre de l'autonomie des citoyens et de leur droit à faire de « mauvais choix », par exemple en ce qui concerne leur santé [Hurd, 2015]. Ils seraient plus contraignants que d'autres formes de paternalisme « doux », notamment celle défendue par Joel Feinberg dans le domaine du droit pénal [Feinberg, 1986]. De plus, l'architecture du choix réduirait les options à disposition des individus dans leur vie quotidienne. Non seulement les *nudges* ont-ils été accusés d'entraver la capacité de délibération individuelles [Citton, 2017], mais leur dimension discrète les rendrait particulièrement dangereux pour les libertés [Rebonato, 2013] et en ferait une nouvelle modalité du contrôle des populations. Ils marqueraient ainsi le passage d'une biopolitique à une « politique de l'esprit » [Peeters et Schuilenburg, 2017].
5. Enfin, c'est l'échelle d'utilisation et d'efficacité des *nudges* qui peut être interrogée. Leurs partisans défendent en général leur apport dans certaines circonstances (réguler des files d'attente, aider à maintenir la propreté dans un lieu public), mais Thaler et Sunstein postulent leur efficacité à une échelle plus large. Qu'en est-il par exemple de leur usage au niveau de l'Union Européenne [Sibony et Alemanno, 2015] ? Surtout, peut-on considérer qu'ils sont efficaces pour des problèmes plus globaux tels que la

crise environnementale, ou au contraire leur niveau d'intervention est-il trop limité du fait de leur cécité aux antagonismes socio-politiques [Schlag, 2010] ?

## Bibliographie :

Bergeron Henri, Castel Patrick, Dubuisson-Quellier Sophie, Lazarus Jeanne, Nouguez Étienne, Pilmis Olivier, *Le Biais comportementaliste*, Paris, Presses de Sciences po, 2018.

Chevallier Jacques, « Les Nudges dans la modernisation de l'action publique », in Bozzo-Rey Malik, Brunon-Ernst Anne, (dir.), *Nudges et normativités : Généalogies, concepts et applications*, Paris, Hermann, 2018, p. 227-238.

Citton Yves, « Le court-circuitage néolibéral des volontés & des attentions », *Multitudes*, vol. 3, n° 68, 2017, p. 21-34

Donegani Jean-Marie, « Le paternalisme, maladie sénile du libéralisme ? », *Raisons politiques* vol. 4, n° 44, 2011, p. 5-13.

Dworkin Gerald, « Paternalism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2020), Edward N. Zalta (ed.) : <https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/paternalism>

Emeric Nicolas. « Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexion sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 79, n° 2, 2017, p. 5-38.

Feinberg, Joel, *Harm to Self, The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 3, Oxford, Oxford University Press, 1986.

Flückiger Alexandre, « Gouverner par des « coups de pouce » (nudges) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », *Cahier du Droit*, vol. 59, n° 1, 2018, p. 199-227.

Goodwin Tom, « Why We Should Reject 'Nudge' », *Politics*, vol. 32, n° 2, 2012, p. 85-92.

Hacker Philipp, « Nudging and Autonomy. A Philosophical and Legal Appraisal », in Micklitz Hans-W., Sibony Anne-Lise, Esposito Fabrizio (dir.), *Research Methods in Consumer Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 77-118.

Hurd Heidi, « Fudging Nudging: Why 'Libertarian Paternalism' is the Contradiction It Claims It's Not » *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, vol. 14, 2016, p. 703-734.

Orobon Frédéric, « Le « paternalisme libéral », oxymore ou avenir de l'État-providence ? », *Esprit*, n° 7, juillet 2013, p. 16-29

Peeters Rick., & Schuilenburg Marc., « The birth of mindpolitics : Understanding nudging in public health policy », *Social Theory & Health*, n° 2, 2017, p. 138-159.

Quigley Muireann, « Nudging for health: on public policy and designing choice architecture », *Medical Law Review*, n° 4, Autumn 2013, . 588–621.

Rebonato Riccardo, « A Critical Assessment of Libertarian Paternalism », *Journal of Consumer Policy*, vol. 37, n° 3, 2014, p. 357–396.

Schlag Pierre, « Nudge, Choice Architecture, and Libertarian Paternalism », *Michigan Law Review*, vol. 108, n° 6, 2010, p. 913-924

Sée Arnaud, « Le droit administratif à l'épreuve des nudges », in Bottini Fabien (dir.), *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Paris, Mare & Martin, 2019, p. 153-166.

Sibony Anne-Lise et Alemanno Alberto (dir.), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

Sibony Anne-Lise, Geneviève Helleringer, et Alberto Alemanno (dir.), « L'analyse comportementale du droit. Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », *Revue internationale de droit économique*, t. XXX, n° 3, 2016, p. 315-338.

Sustein, Cass R., *Choosing Not to Choose: Understanding the Value of Choice*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Thaler Richard H., et Sustein, Cass R., « Libertarian Paternalism », *The American Economic Review*, vol. 93, n° 2, 2003, p. 175-179.

Thaler Richard H., et Sustein, Cass R., *Nudge : Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008.

Thaler Richard H., « Nudge, not sludge », *Science*, vol. 361, n° 6401, 2018, p. 431.

Le comité de lecture examinera tous les articles portant sur ces questions à partir des différentes branches du droit et de la science politique.

- Les auteurs intéressés peuvent envoyer leurs propositions d'articles (une page) d'ici le **5 mars 2023** à l'adresse : [contact.nomopolis@gmail.com](mailto:contact.nomopolis@gmail.com)
- Les propositions seront évaluées par le Comité de rédaction qui rendra un premier avis.
- Les articles définitifs devront ensuite respecter les [modalités de soumission](#) et être envoyés avant le **1er mai 2023**.
- Les articles peuvent être en français ou en anglais.