

Dark patterns ou le côté obscur du Nudge

Dario Hug :



Il existe de nombreuses techniques comportementales plus ou moins subtiles, manipulatrices ou bienveillantes qui permettent de diriger le comportement d'une personne.

Le terme de « nudge » (qu'on pourrait traduire par « coup de pouce ») a été popularisé dès 2008 par Richard Thaler et Cass Sunstein, à la suite de la sortie de leur [best-seller intitulé : « Nudge : Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness »](#). On parle généralement de nudges lorsque le but recherché est positif (ou bienveillant). Il peut s'agir de prévenir une erreur ou un biais cognitif chez la personne destinataire ou de l'inciter à adopter un comportement préservant ses intérêts, ceux d'autrui ou le « bien commun ».

Ces nudges font régulièrement intervenir le propre jugement de la personne visée, donc sans limiter son autonomie en tant que telle. Par exemple :

- Lors d'une opération de retrait à un distributeur de billets, le fait que l'automate demande à l'utilisatrice de reprendre sa carte avant de pouvoir retirer l'argent vise à éviter que celle-ci ne l'oublie.
- [Une étiquette au fond d'un urinoir représentant le dessin d'une mouche](#) pour inciter à une meilleure « visée » et garantir une meilleure propreté pour les prochains utilisateurs et réduire les frais de nettoyage.
- Un dos d'âne dans une zone routière limitée à 30km/h, qui ne rend pas impossible une conduite à une vitesse supérieure (mais bien plus inconfortable...) et qui incite à adopter une conduite plus respectueuse de la sécurité des autres usagers de la route et de l'environnement.

1.Nudge, je suis ta paire...

En revanche, certaines techniques sont conçues pour manipuler les destinataires à adopter un comportement exclusivement bénéfique pour les prestataires de produits. On les rencontre particulièrement dans le contexte numérique – un terrain favorable – où l'utilisateur n'est pas rarement confronté à des environnements décisionnels (*EntscheidungsUmgebungen*) qui ont ou cherchent à exercer une influence sur le processus de formation de sa volonté ([Weinzierl, 2020](#)).

Ces [dark patterns](#) (on parle aussi de [dark nudging](#)) – expression utilisée pour la première fois en 2010 par Harry Brignull – [décrivent](#) une interface utilisateur ou une expérience utilisateur conçue pour les tromper en exploitant leurs biais cognitifs et pour les pousser à entreprendre des actions qui ne sont pas dans leurs meilleurs intérêts et/ou qu'ils n'auraient vraisemblablement pas entreprises. Les buts des dark

patterns sont divers et peuvent être, notamment, d'obtenir le partage d'informations et de données privées de l'utilisateur, un achat de produit ou des [paiements supplémentaires cachés pour une assurance annulation au moyen d'une option présélectionnée par défaut](#), une souscription plus longue à un abonnement, un clic sur un lien publicitaire, l'enregistrement pour l'utilisation d'un logiciel qui ne le sera en réalité jamais, un détournement de l'attention de l'accès à des conditions contractuelles générales, [le consentement quant au fonctionnement de cookies](#) ou encore l'obtention d'un accord du destinataire à l'envoi de courriels non désirés.

Les dark patterns ne se focalisent pas tant sur un produit spécifique, mais observent plutôt l'environnement décisionnel de l'utilisateur. Le but est de le manipuler, singulièrement en exploitant ses anomalies comportementales (telles que des biais de confirmation et la prise de décision « automatique »), lesquelles sont souvent prédictibles ([Weinzierl, 2020](#)). Les dark patterns présentent une [typologie multiple](#) et ils peuvent même se combiner. Il reste relativement difficile d'évaluer l'étendue concrète de leur utilisation, laquelle dépend également de la définition choisie. Cela rend ardue une présentation uniforme et sans équivoque des interrogations juridiques que soulèvent les comportements rencontrés.

En droit, les dark patterns font principalement l'objet d'une attention particulière sous l'angle [du droit de la protection des données et du droit de protection de la sphère privée](#). Mais, qu'en est-il – et cela sans absolument aucune prétention à l'exhaustivité – dans l'univers du droit contractuel et de lutte contre la concurrence déloyale ?

2.Dark patterns, consentement et conclusion du contrat

La conclusion valable d'un contrat suppose un échange réciproque et concordant de manifestations de volonté entre les parties.

En présence d'un dark pattern, un enjeu important est de déterminer si la technique employée est suffisamment « flagrante » pour permettre de répondre à l'interrogation suivante : peut-on considérer que l'utilisateur – la « victime » – a valablement donné son consentement à la conclusion du contrat et/ou à l'intégration des conditions contractuelles générales (par exemple en cliquant sur un bouton « j'accepte »). A défaut, c'est-à-dire si le dark pattern influence l'utilisateur et le pousse à émettre une manifestation de volonté viciée (ne correspondant donc pas à sa représentation effective de la situation de fait ou à sa volonté interne, donc qu'il porte atteinte à son « autonomie interne ») l'on est face à un « pseudo-contrat ». Ce dernier ne devrait alors pas lier l'utilisateur, et celui-ci devrait également, le cas échéant, pouvoir le remettre en question sur la base des règles sur les vices du consentement, en particulier l'erreur ([art. 23 ss CO](#)). Toute la difficulté réside toutefois dans l'application pratique de ces aspects, que ce soit sous l'angle probatoire, de l'interprétation du contrat ou encore en raison du montant (généralement faible) de la valeur litigieuse qui n'incitera probablement pas l'utilisateur manipulé par un dark pattern à saisir les tribunaux.

Des devoirs d'information précontractuels, notamment ceux adoptés en faveur du consommateur, ne semblent pas nécessairement adaptés pour lutter efficacement contre les dark patterns. Dans sa conception positive, l'obligation d'information implique en effet la transmission d'une information déterminée à son bénéficiaire, le cas échéant au moyen d'une règle de forme spécifique en tant que vecteur de transmission. Or, un dark pattern utilise précisément souvent la (sur)information du

consommateur pour parvenir à ses fins. Quant à l'obligation d'information conçue négativement, si elle cherche certes à interdire une tromperie, elle ne permet pas toujours d'appréhender les situations où ce n'est pas tant l'information en elle-même qui est problématique, mais la manière dont des biais du consommateur sont exploités pour le pousser à adopter un comportement qui n'est pas dans son intérêt.

En revanche, des prescriptions « techniques » pour le commerce en ligne relatives aux différentes étapes conduisant à la conclusion du contrat ou permettant de détecter et de corriger des erreurs de saisie avant l'envoi d'une commande peuvent, dans une certaine mesure, aider à circonscrire l'usage de dark patterns (cf. [art. 3 al. 1 let. s LCD](#)). En quelque sorte, cela revient à imposer au fournisseur d'interface numérique un devoir de protection particulier de l'utilisateur et à lui reconnaître une position similaire – toutes proportions gardées – à celle d'un « garant » contre des pratiques obscures. Des règles protectrices exigeant l'obtention d'un consentement exprès du consommateur avant de lui imposer des paiements supplémentaires (cf. [art. 22 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs](#)) peuvent également être d'intérêt pour lutter contre le phénomène.

3. Dark patterns et pratiques commerciales déloyales

Un tour d'horizon succinct de la liste des pratiques commerciales déloyales figurant à [l'art. 3 LCD](#) permet de constater qu'aucune d'entre elles ne concerne spécifiquement la thématique des dark patterns. Mais, la description de certains comportements déloyaux dans la loi actuelle pourrait-elle être suffisamment souple pour y subsumer les principales techniques rencontrées ?

On pense tout d'abord à [l'art. 3 al. 1 let. b LCD](#). La règle concerne, en particulier, les indications inexactes ou fallacieuses au sujet de ses prestations, prix ou méthodes de vente. Par ailleurs, [l'art. 3 al. 1 let. h LCD](#) considère comme déloyal le fait d'entraver la liberté de décision de la clientèle en usant de méthodes de vente particulièrement agressives. Néanmoins, il est assez difficile d'envisager un dark pattern suffisamment coercitif de sorte à constituer un procédé « particulièrement » agressif, sa force obscure résidant surtout, et précisément, dans son caractère sournois et caché pour l'utilisateur. En cas de gravité particulière du dark pattern, par exemple lorsqu'il est opposé à une personne vulnérable, ce seuil pourrait néanmoins être atteint en cas de « [confirmshaming](#) » (i.e. la culpabilisation de l'utilisateur pour qu'il entreprenne une action déterminée, l'option de refus étant formulée de manière à faire honte à l'utilisateur). En rapport avec la publicité de masse et le spamming, [l'art. 3 al. 1 let. o LCD](#) pourrait éventuellement aussi entrer en considération. En tant que règle générale pour les pratiques commerciales déloyales, [l'art. 2 LCD](#) semble également pouvoir subsidiairement entrer en ligne de compte, étant rappelé que sa violation ne fait toutefois pas l'objet d'une sanction pénale ([art. 23 LCD](#)). Quant à l'obligation d'indiquer les prix pour des prestations de service, elle ne vaut que pour certains domaines définis à [l'art. 10 de l'Ordonnance sur l'indication des prix \(OIP\)](#).

En présence de dark patterns utilisés dans le contexte d'un contrat de consommation (B2C), on peut aussi s'interroger sur l'application de [l'art. 8 LCD](#) relatif au contrôle des conditions contractuelles générales abusives. Néanmoins, cette application suppose, au préalable, la conclusion d'un contrat valable, [l'art. 8 LCD](#) traitant plutôt de la substance de l'accord que des modalités de sa conclusion. Or, un dark pattern s'inscrit précisément plutôt dans le contexte de la conclusion d'un contrat avec l'utilisateur, soit « en amont ». Dans l'hypothèse où l'on retiendrait tout de même la conclusion valable d'un contrat et l'intégration de conditions générales, une autre question est celle de savoir si [l'art. 8 LCD](#) peut effectivement s'appliquer à une relation où la contre-prestation du consommateur n'est, le cas échéant,

pas pécuniaire, mais consiste dans le partage de données personnelles en échange de l'accès à un élément numérique. On peut tenter de chercher des éléments de réponse dans le contexte de la [Directive 93/13/CEE](#), dont l'[art. 8 LCD](#) s'inspire fortement. Cette question n'a cependant pas été directement tranchée par la Cour de Justice de l'Union européenne. Aussi, dans sa [Communication du 27 septembre 2019, fournissant des orientations sur l'interprétation de la Directive 93/13/CE sur les clauses abusives](#), la Commission européenne a-t-elle retenu que la Directive n'exigeait pas que le consommateur fournisse une contrepartie monétaire. Elle a également précisé que les contrats conclus entre des consommateurs et des fournisseurs de services de médias sociaux devaient être considérés comme couverts par la Directive, indépendamment du fait que les consommateurs soient tenus de payer certaines sommes d'argent ou que la contrepartie des services consiste en contenu généré par les consommateurs et en profilage.

4. Un nouvel épisode pour le droit des contrats et de lutte contre la concurrence déloyale ?

Dans le contexte d'un recours aux dark patterns qu'on peut légitimement supposer comme étant assez étendu ([Weinzierl, 2020](#)) et, plus largement, d'une algorithmisation croissante du processus de distribution et de vente en ligne aux utilisateurs, le « filet de sécurité » que constituent le droit des contrats et le droit de la lutte contre la concurrence déloyale peuvent avoir un rôle complémentaire à jouer par rapport à la législation de la protection des données. Face à un domaine très dynamique comme les technologies de l'information et de la communication (TIC), ainsi que les innovations – bonnes ou mauvaises – qu'elles génèrent, le fait de se fonder sur des règles générales existantes présente un double avantage : la flexibilité et une pratique potentiellement éprouvée. Le désavantage est que certains comportements ne sont pas toujours suffisamment appréhendés, ou ne le sont pas (encore) d'une façon optimale.

Tant sous l'angle contractuel que de la lutte contre la concurrence déloyale, les réponses aux questions et défis soulevés par les dark patterns (le cas échéant même personnalisés sur la base du Big Data, « *personalized dark patterns* »), ainsi que le recours aux algorithmes en général, n'en sont encore souvent qu'à leurs balbutiements. Du point de vue de la volonté « interne » de l'utilisateur, qu'en est-il par exemple lorsqu'un dark pattern s'adapte de manière dynamique à un degré de rationalité préalablement déterminé sur la base des habitudes de consommation en ligne de cet utilisateur ? La limite entre un comportement loyal et un qui ne l'est pas pourrait ici se déterminer selon le degré de distorsion de l'information des consommateurs et l'étendue de la manipulation de leur éventuelle situation de vulnérabilité. Aussi, une démarche ciblant des utilisateurs ayant préalablement pu être identifiés à travers leur comportement numérique comme traversant une situation de crise personnelle pour leur vendre des produits onéreux répondant prétendument à leurs « besoins », pourrait-elle être considérée comme agressive et déloyale ([Paterson et al., 2021](#)).

En définitive, la traduction en droit de la délicate délimitation entre la manipulation et la « simple » persuasion sera donc décisive. La capacité de l'environnement décisionnel en cause à diriger le comportement de l'utilisateur pourrait constituer un indice déterminant ([Weinzierl, 2020](#)) pour décider si, dans un cas concret, un pattern doit être considéré comme s'aventurant, ou non, du côté obscur de la Force contractuelle.