



Berne, le 14 juin 2024

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

Rapport du Conseil fédéral
en exécution du postulat 22.3190 Michaud
Gigon du 16 mars 2022

Table des matières

Synthèse.....	4
1 Contexte	5
2 Procédure	5
3 Résultats.....	5
3.1 Développement du droit et de la pratique : grands axes	5
4 Réponses aux questions du postulat	6
4.1 Identification des interfaces truquées.....	6
4.2 Différences selon le type de plateforme	6
4.3 Impact sur les consommateurs	8
4.4 Restrictions possibles	9
5 <i>Dark patterns</i>.....	9
5.1 Définition	9
5.2 Caractéristiques et délimitations	11
5.2.1 Conception numérique	11
5.2.2 Influence (exploitation des connaissances issues de la psychologie comportementale).....	11
5.2.3 Au bénéfice du fournisseur.....	13
5.2.4 Les consommateurs en tant que destinataires ?	13
5.2.5 Intentionnalité	14
5.2.6 Conclusion.....	14
5.3 Types de <i>dark patterns</i>	14
5.3.1 Introduction.....	14
5.3.2 Paramètres par défaut.....	14
5.3.3 Mises en évidence graphique (cadrage)	15
5.3.4 Formulations ambiguës	15
5.3.5 Appât et substitution.....	16
5.3.6 Publicités déguisées.....	16
5.3.7 Preuve sociale	16
5.3.8 Coûts cachés.....	16
5.3.9 Impossibilité de comparer les prix	17
5.3.10 Compte à rebours.....	17
5.3.11 Piège à cafards	17
5.3.12 Harcèlement	17
5.3.13 Achat surprise	18
5.3.14 Abonnement ou prolongation d'abonnement involontaire, inscription obligatoire	18
5.3.15 Culpabilisation	18

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

5.3.16	Ludification	18
5.3.17	Digression : <i>dark patterns</i> et jeux vidéo	18
5.4	Catégorisation	19
5.4.1	Champs d'application	19
5.4.2	Moyens	20
6	Analyse	20
6.1	Droit en vigueur	20
6.1.1	Dispositions constitutionnelles	20
6.1.2	Loi fédérale contre la concurrence déloyale.....	21
6.1.3	Droit de la protection des données.....	26
6.1.4	Droit des contrats	30
6.1.5	Vue d'ensemble.....	35
6.2	Effets sur les consommateurs suisses	41
6.3	Solutions possibles	41
6.3.1	Règles de l'UE.....	41
6.3.2	Solutions envisageables en Suisse.....	44
7	Recommandations.....	48

Synthèse

Le présent rapport donne suite au postulat 22.3190 Michaud Gigon « *Dark patterns*. Documenter la nébuleuse » du 16 mars 2022. Le postulat charge le Conseil fédéral de documenter le recours aux interfaces truquées (*dark patterns*) et d'identifier un éventuel besoin d'adapter la législation en vigueur.

Un patron (*pattern*) est une technique permettant de résoudre les problèmes récurrents en génie logiciel. L'utilisation de patrons permet d'augmenter la stabilité et la sécurité du logiciel et d'améliorer sa convivialité. À l'inverse, les interfaces truquées visent à influencer le comportement des utilisateurs.

Ces procédés manipulatoires sont très complexes et évoluent en fonction des nouvelles possibilités techniques. On ne peut donc pas les définir de manière exhaustive, mais seulement les identifier au moyen de leurs caractéristiques essentielles (cf. ch. 5). Celles-ci sont les suivantes : (i) conception numérique (ii) manipulation du consommateur ou de l'utilisateur par l'utilisation de connaissances issues de la psychologie comportementale (iii) influence procurant un avantage à celui qui propose l'interface.

Le rapport examine le droit en vigueur, les conséquences possibles pour les consommateurs et les développements internationaux. Sur cette base, les approches suivantes ont notamment été analysées pour la Suisse :

- adaptation du droit d'intenter action de la Confédération (modification de l'art. 10, al. 3, de la loi fédérale du 19 décembre 1986 [LCD])
- création d'une disposition spéciale dans la LCD
- extension du droit de révocation

Conformément au mandat du postulat, le rapport se concentre sur la présentation de la situation juridique actuelle concernant les interfaces truquées. Il en résume les conclusions principales et présente les approches envisageables pour la Suisse.

Le rapport ne met en évidence aucune nécessité d'agir à l'heure actuelle. On ne peut pas encore mesurer l'impact que les développements juridiques internationaux auront sur la Suisse. L'efficacité des mesures prises par l'Union européenne doit tout d'abord être évaluée. Il convient donc de continuer à suivre attentivement l'évolution dans ce domaine, y compris au niveau international, afin de pouvoir réagir à temps si nécessaire.

1 Contexte

Le présent rapport donne suite au postulat 22,319 0 Michaud Gigon « *Dark patterns*. Documenter la nébuleuse »¹ du 16 mars 2022, dont la teneur est la suivante :

« Le Conseil fédéral est chargé de présenter un rapport concernant le recours, sur Internet, aux pratiques numériques appelées "*Dark patterns*". Le rapport répertoriera et documentera l'usage des *Dark patterns* sur les sites Internet, les plateformes en ligne ainsi que les applications. Il répondra par ailleurs notamment aux questions suivantes : ces pratiques et leur cumul au sein d'un même site/une même plateforme sont-elles appréhendées par la législation en vigueur ? Varient-elles selon le type de plateforme ? Quel est leur impact sur le libre choix des consommateurs ? Quelle est la situation au sein des plateformes basées en Suisse ? Comment peut-on limiter le recours à de telles pratiques ?

Il se focalisera sur les sites et les plateformes de vente en ligne, de divertissement et de streaming ainsi que sur les jeux vidéo en téléchargement gratuit proposant des achats intégrés. »

2 Procédure

Les bases, notamment la notion d'« interfaces truquées » et l'analyse juridique proposée par le présent rapport ont été élaborées pour l'essentiel par le Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL, Laurent Thévenin et son équipe, en particulier Stephanie Volz) de l'Université de Zurich et complétées par l'Office fédéral de la santé publique, le Bureau fédéral de la consommation, l'Office fédéral de la justice, la Chancellerie fédérale (ChF) et le Secrétariat d'État à l'économie (SECO). Le secteur Transformation numérique et gouvernance de l'informatique de la ChF a réuni leurs contributions dans le présent rapport et finalisé ce dernier avec les services mentionnés.

3 Résultats

L'analyse montre que le cadre juridique actuel couvre de nombreuses interfaces truquées (cf. ch. 5.1) et indique des options de développement envisageables (cf. ch. 6.3). Le Conseil fédéral apprécie l'analyse juridique et les solutions envisageables, dans leurs grandes lignes, sans formuler de jugement de valeur sur l'ensemble des possibilités et des recommandations (cf. ch. 7).

3.1 Développement du droit et de la pratique : grands axes

Selon l'analyse juridique, les approches suivantes sont envisageables pour la Suisse (cf. ch. 6.3.) :

¹ [www.parlament.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > 22.3190](https://www.parlament.ch/fr/travail-parlementaire/recherche-curia-vista/22.3190)

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

- adaptation du droit d'intenter action de la Confédération (modification de l'art. 10, al. 3, de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale [LCD]²)
- création d'une disposition spéciale dans la LCD
- extension du droit de révocation

4 Réponses aux questions du postulat

4.1 Identification des interfaces truquées

Ces pratiques et leur cumul au sein d'un même site/d'une même plateforme sont-elles appréhendées par la législation en vigueur ?

Le droit suisse connaît des normes applicables aux interfaces truquées dans différents domaines, notamment la LCD, la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD)³ et le droit des contrats. La fréquence de l'utilisation de ces interfaces n'a pas été systématiquement relevée jusqu'ici en Suisse. Il n'est donc pas possible d'évaluer de manière définitive leur impact éventuel.

L'Union européenne (UE) réglemente les interfaces truquées (par ex. règlement sur les services numériques⁴, directive sur les pratiques commerciales déloyales⁵, règlement général sur la protection des données [RGPD]⁶, règlement sur les marchés numériques⁷). La Confédération suit attentivement ces développements et leur impact sur la Suisse.

4.2 Différences selon le type de plateforme

[Ces pratiques] Varient-elles selon le type de plateforme ?

² [RS 241](#)

³ [RS 235.1](#)

⁴ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), JO L 277 du 27.10.2022, p. 1

⁵ 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 (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), JO L 149 du 11.6.2005, p. 22

⁶ 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 (règlement général sur la protection des données), JO L 119 du 4.5.2016, p. 1

⁷ Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques), JO L 265 du 12.10.2022, p. 1

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

Sous l'angle juridique, l'identification des interfaces truquées ne varie pas selon le type de plateforme. Celles-ci sont utilisées sous de nombreuses formes sur tous les types de plateformes. Certaines formes dépendent du modèle économique de la plateforme.

4.3 Impact sur les consommateurs

Quel est leur [de ces pratiques] impact sur le libre choix des consommateurs ?

La diffusion et l'impact éventuel des interfaces truquées n'a pas fait l'objet de beaucoup de recherches jusqu'ici. La Fédération romande des consommateurs (FRC) et Public Eye⁸ ont analysé une sélection de boutiques en ligne. Les plateformes chinoises, suivies par Amazon (États-Unis) et La Redoute (France), sont les plus grands utilisateurs d'interfaces truquées. Selon les auteurs de l'enquête, les pendants en ligne des chaînes de magasins physiques, telles que Zara, Globus, Manor et H&M, semblent avoir moins recours à ces pratiques.

Un rapport de l'UE de 2022⁹ montre que près de 97 % des sites et des applications les plus populaires dans l'UE utilisent des interfaces truquées (par ex. : paramètres par défaut, harcèlement et piège à cafards, obstruction, conception des cookies, cf. ch. 6.2). Selon un document de travail de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)¹⁰, les *dark patterns* peuvent influencer le processus de décision du consommateur. La présélection des choix est considérée comme une forme légère bien qu'elle puisse être plus efficace que des formes plus agressives, telles que le harcèlement. Selon leurs caractéristiques, les interfaces truquées peuvent affecter l'autonomie des consommateurs ou leur faire perdre de l'argent (par ex. : abonnements cachés). Elles peuvent aussi favoriser des comportements d'achat problématiques et la dépendance aux jeux vidéo ou d'argent. Les interfaces truquées sont potentiellement plus douteuses que les pratiques analogiques, car l'espace numérique offre de nouvelles possibilités techniques (par ex. : portée). Les entreprises en ligne peuvent par exemple optimiser rapidement et à moindre coût leur interface utilisateur (cf. ch. 5.1.) et acquérir ainsi, notamment par des expériences répétées, des connaissances sur la manière de tromper leurs clients. L'impact effectif des différentes formes d'interfaces truquées n'a pas encore été étudié de manière systématique. Il est donc nécessaire de disposer de données de meilleure qualité pour pouvoir en déduire des approches politiques.

Quelle est la situation sur les plateformes sises en Suisse ?

Les interfaces truquées sont présentes partout. Le droit suisse s'applique aux plateformes sises en Suisse. Certaines normes sont aussi applicables aux plateformes sises à l'étranger. La LPD s'applique aux faits qui déploient des effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 3 LPD ; pour les prétentions de droit privé, cf. art. 3, al. 2, LPD et 139 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé¹¹). La LPD peut donc s'appliquer aux plateformes sises à l'étranger lorsqu'elles traitent des données personnelles de personnes en Suisse. En cas de comportement pertinent sur le plan pénal, les art. 3 ss du code pénal (CP)¹² et le droit suisse s'appliquent si le lieu d'exécution ou du résultat est en Suisse. En outre, les entreprises sises en Suisse peuvent également être soumises au droit de l'UE si celui-ci prévoit un effet extraterritorial. L'utilisation d'interfaces truquées par des

⁹ L'enquête est disponible à l'adresse : <https://www.publiceye.ch/de/themen/mode/dark-patterns-im-onlinehandel-heizen-den-mode-ueberkonsum-an>.

¹⁰ Office des publications de l'Union européenne > op.europa.eu > [Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment](#) (Dark patterns and manipulative personalisation : final report)

¹¹ OCDE (2022) > <https://doi.org/10.1787/44f5e846-en> > Documents de travail économie numérique > Dark commercial patterns > n° 336 > OCDE Publications, Paris

¹¹ [RS 291](#)

¹² [RS 311.0](#)

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

plateformes sises en Suisse n'a fait l'objet que de peu de recherches empiriques. Il n'est donc pas possible d'apporter une réponse définitive à cette question.

4.4 Restrictions possibles

Comment peut-on limiter le recours à de telles pratiques ?

Le droit en vigueur couvre une grande partie des interfaces truquées utilisées aujourd'hui (cf. ch. 4.1). Les approches suivantes ont été examinées pour la Suisse, afin de mieux cerner la question :

- adaptation du droit d'intenter action de la Confédération (modification de l'art. 10, al. 3, LCD)
- création d'une disposition spéciale dans la LCD
- extension du droit de révocation

5 Dark patterns

5.1 Définition

Un patron (*pattern*) est une technique permettant de résoudre les problèmes récurrents en génie logiciel. L'utilisation de patrons permet d'augmenter la stabilité et la sécurité et d'améliorer la convivialité du logiciel. Les *dark patterns* ou interfaces truquées visent par contre à influencer le comportement des utilisateurs¹³.

Il n'existe pas, à ce jour, de définition (ni de traduction) unique des *dark patterns*, Il s'agit d'un terme générique qui recouvre un ensemble de procédés. L'absence d'une définition communément admise est probablement (aussi) due au fait que ce terme désigne des pratiques et des configurations qui ne cessent de se développer et d'évoluer. Effets visuels fondés sur un jeu de couleurs (boutons des applications), présélections cachées, fausse urgence sont quelques-unes des pratiques courantes (cf. ch. 5.3). Le terme *dark patterns* a été inventé par *Harry Brignull*, un spécialiste du *design* d'interfaces utilisateur. Selon lui, ces interfaces truquées visent à faire faire à l'utilisateur quelque chose qu'il ne veut pas vraiment faire¹⁴.

Les législateurs européens ne définissent pas non plus les interfaces truquées de manière uniforme. Aux termes du consid. 67 du règlement sur les services numériques, il s'agit de « pratiques qui ont pour objectif ou pour effet d'altérer ou d'entraver sensiblement la capacité des destinataires du service de

¹³ BROCKMANN CHRISTIAN/GOLOMBECK MARIUS/NEUMANN THORBEN/RASKE CHRISTIAN/TÜBBEN STEFAN, Evaluation des Problembewusstseins in Bezug auf den Einsatz von *Dark patterns*: Eine qualitative Analyse, disponible à l'adresse : www.researchgate.net/publication/335110906_Evaluation_des_Problembewusstseins_in_Bezug_auf_de_n_Einsatz_von_Dark_Patterns_Eine_qualitative_Analyse

¹⁴ Il utilise aujourd'hui le terme *Deceptive Patterns*, cf. BRIGNULL HARRY, disponible à l'adresse : www.deceptive.designbp.

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

prendre une décision ou de faire un choix, de manière autonome et éclairée »¹⁵. Selon le règlement 2023/2854 (règlement sur les données)¹⁶, les « interfaces trompeuses sont des techniques de conception qui poussent les consommateurs à prendre des décisions ayant des conséquences négatives pour eux ou qui les induisent en erreur à cette fin » (consid. 38). Les lignes directrices du Comité européen de la protection des données (EDPB) consacrées aux interfaces trompeuses (*deceptive design patterns*) présentes sur les réseaux sociaux les définissent comme des interfaces utilisateur ou des expériences utilisateur sur les plateformes des réseaux sociaux qui incitent [l'utilisateur], à prendre des décisions non intentionnelles, non voulues et potentiellement préjudiciables concernant le traitement de ses données personnelles¹⁷.

Certains proposent d'élargir encore la définition et d'y inclure tous les comportements qui, au sens large, portent atteinte à l'autonomie des utilisateurs. Cette approche permettrait de prendre en compte les pratiques visant à faire rester les utilisateurs plus longtemps sur une plateforme ou un site Internet, telles que le « défilement infini » (chargement automatique du contenu de la page lorsque l'utilisateur atteint le bas de celle-ci), la « lecture automatique » (lancement automatique d'une vidéo) ou la fonctionnalité « tirer pour actualiser » (rafraîchissement permanent lors du défilement. Ces pratiques sont toutefois des modèles qui ne sont pas forcément contraires à l'intention effective de l'utilisateur et qui n'ont pas d'impact direct sur ses décisions. Elles visent essentiellement à inciter l'utilisateur à passer le plus de temps possible sur la plateforme ou le site Internet, ce qui peut favoriser la « technodépendance »¹⁸.

Certains auteurs relèvent que le terme *dark* est ambigu, voire raciste en anglais, et proposent d'utiliser *deceptive design* (*design* trompeur), *dishonest design* (*design* malhonnête) ou *manipulative design* (*design* manipulateur)¹⁹. Les termes « *design* trompeur » et « *design* manipulateur » seraient en fait plus adéquats, car ils expriment mieux l'intention de tromper et de manipuler l'utilisateur. Le présent rapport utilise néanmoins le terme de *dark patterns*, car il s'est établi et est également utilisé dans le postulat auquel le présent rapport donne suite.

¹⁶ Règlement (UE) 2023/2854 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2023 concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données et modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive (UE) 2020/1828 (règlement sur les données), JO L 2023/2854, 22.12.2023

¹⁷ Lignes directrices de l'EDPB, version 2, disponible à l'adresse : edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_03-2022_guidelines_on_deceptive_design_patterns_in_social_media_platform_interfaces_v2_en_0.pdf, ch. 3, p. 9, cf. DREGELIES MAX, Der Schutz vor *Dark patterns* im DSA, MMR 2023, p. 243 ss, 245

¹⁸ KOLLMER TIM/ECKHARDT ANDREAS, *Dark patterns* - Conceptualization and Future Research Directions, Business & Information Systems Engineering 65(3), «DOI:10.1007/s12599-022-00783-7», p. 201 ss

¹⁹ BRIGNULL HARRY, «<https://www.deceptive.design/>»; MATHUR ARUNESH/ACAR GUNES/FRIEDMAN MICHAEL J./LUCERINI ELENA/MAYER JONATHAN/CHETTY MARSHINI/NARAYANAN ARVIND *Dark patterns* at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction, CSCW, article 81 (novembre 2019), p. 32, disponible à l'adresse: <https://doi.org/10.1145/33591>

5.2 Caractéristiques et délimitations

Les définitions proposées ont ceci de commun qu'elles se réfèrent à des configurations dans lesquelles il y a une interaction avec des utilisateurs et qu'en raison de celle-ci, les utilisateurs prennent une décision qui ne correspond pas à leur intention réelle et qui a (potentiellement) des conséquences négatives pour eux²⁰. Ces définitions permettent d'identifier des caractéristiques communes consubstantielles aux *dark patterns*.

5.2.1 Conception numérique

Bien que le monde analogique connaisse de nombreux moyens d'influencer le comportement humain, les *dark patterns* ne se réfèrent qu'aux interfaces numériques. La conception de *designs*, d'interfaces et d'infrastructures numériques offre de nouvelles options qui sont souvent obscures pour l'utilisateur, lequel n'est donc pas en mesure de réagir adéquatement. En raison du grand nombre d'utilisateurs, l'efficacité des conceptions numériques peut être facilement vérifiée et améliorée rapidement, à peu de frais presque et à tout moment²¹. Les *designs* numériques permettent en outre de personnaliser les contenus au point de permettre de manipuler de manière ciblée certains utilisateurs en agissant sur leurs faiblesses personnelles (*personalized dark patterns*)²². Cette manipulation peut être automatisée au moyen d'algorithmes autoapprenants. Les tentatives de manipulation personnalisées sont particulièrement problématiques en termes de dommages potentiels pour les utilisateurs, car elles peuvent être extraordinairement efficaces et difficilement identifiables par des tiers, étant donné que tous les utilisateurs voient des interfaces et des contenus différents. Il est donc pratiquement impossible de savoir quel contenu personnalisé a été présenté à une personne à un moment donné et sur la base de quels critères ou données²³.

Les *dark patterns* apparaissent donc dans le contexte numérique, dans lequel ils présentent une dangerosité potentielle particulière²⁴.

5.2.2 Influence (exploitation des connaissances issues de la psychologie comportementale)

Les *dark patterns* visent à influencer le comportement de l'utilisateur. L'influence est toutefois une notion très large. Toute interaction avec d'autres personnes ou avec une interface utilisateur peut, en théorie, influencer le comportement. Au demeurant, l'objectif même du secteur publicitaire est d'influencer le

²⁰ KÜHLING JÜRGEN/SAUERBORN CORNELIUS, Rechtsgutachten über die Rechtlichen Rahmenbedingungen sogenannter « *Dark patterns* », avis de droit du 14 février 2022 commandé par l'association Bundesverbandes E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V., p. 14, disponible à l'adresse : https://bevvh.org/fileadmin/content/04_politik/Europa/Kuehling-Gutachten-BEVH-Dark-pattern-22-02-16-final.pdf

²¹ GERTZ MICHAEL/MARTINI MARIO/SEELIGER PAUL/TIMKO CHRISTINA, *Dark patterns* – eine interdisziplinäre Analyse, LTZ 2023, p. 3 à 5; MAST TOBIAS, in: Mast Tobias/Kettemann Matthias C./Dreyer Stephan/Schulz Wolfgang (éd.), *Digital Services Act / Digital Markets Act (DSA / DMA)*, Munich 2024; DSA 25, ch. 1 ; WEINZIERL QUIRIN, *Dark patterns* als Herausforderung für das Recht Rechtlicher Schutz vor der Ausnutzung von Verhaltensanomalien, NVwZ – Extra 15/2020, p. 1 à 3

²² WEINZIERL (nbp 22), p. 3; GERTZ MICHAEL/MARTINI MARIO/SEELIGER PAUL/TIMKO CHRISTINA (nbp 22), p. 5

²³ MARTINI MARIO/DREWS CHRISTIAN/SEELIGER PAUL/WEINZIERL QUIRIN, *Dark patterns* -Phänomenologie und Antworten der Rechtsordnung, ZfDR 2021, p. 47 ss

²⁴ MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (nbp 22), p. 50 ; autre avis KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 16

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

comportement (de consommation) des gens. En conséquence, la simple influence quotidienne et omniprésente sur le comportement ne peut suffire à établir l'existence d'un *dark pattern*²⁵.

Celui-ci se caractérise par l'exploitation de connaissances issues de la psychologie comportementale, en particulier l'exploitation des faiblesses humaines²⁶. La théorie économique néoclassique repose sur l'hypothèse que l'homme est rationnel dans ses choix²⁷ et fonde ses décisions sur une analyse rationnelle des coûts et des avantages (*homo oeconomicus*). On sait aujourd'hui que les gens n'agissent pas toujours de manière rationnelle, mais qu'ils ont recours à des raccourcis cognitifs (heuristiques de jugement), c'est-à-dire à des processus de décision abrégés dans lesquels des relations complexes sont (fortement) simplifiées, en particulier lorsque le temps est compté. Il est possible de prédire, dans une certaine mesure, l'impact de ces heuristiques sur la prise de décision et les distorsions qu'elles produisent par rapport au comportement rationnel (biais)²⁸.

On connaît par exemple le « choix par défaut », biais consistant à reprendre des paramètres par défaut bien qu'ils puissent être modifiés²⁹. Le « biais de *statu quo* », selon lequel les gens préfèrent le maintien de la situation actuelle au changement, lui est apparenté. L'« heuristique de probabilité » est un biais très courant, qui consiste à estimer la probabilité d'un événement en fonction d'informations immédiatement disponibles en mémoire au lieu d'en chercher de nouvelles³⁰. L'« aversion à la perte », qui fait que les gens préfèrent éviter les pertes plutôt qu'obtenir des gains, est une autre anomalie comportementale souvent exploitée ; il en va de même du « biais d'optimisme », qui amène une personne à croire qu'elle est moins exposée à un événement négatif que d'autres³¹. Ceux qui font usage de *dark patterns* exploitent ces connaissances issues de la psychologie comportementale pour inciter l'utilisateur à prendre la décision qu'eux-mêmes souhaitent, mais qui lui est potentiellement préjudiciable³².

L'influence incite les personnes concernées à agir d'une manière qui leur nuit ou qui n'est pas à leur avantage ou dans leur intérêt, et qui aurait été différente s'ils n'avaient pas été influencés³³. Cette condition préalable à l'existence de *dark patterns* permet également de les distinguer du *nudging* (coup de pouce) qui est une technique de persuasion douce visant à influencer ou à encourager le comportement des individus, en les incitant à prendre des décisions positives, à moyen ou à long terme,

²⁵ KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 14

²⁶ DREGELIES (nbp 18), p. 243 ; KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 16

²⁷ Selon cette théorie, la rationalité est bien définie et dit essentiellement que les gens peuvent évaluer toutes les options d'action selon un ordre de priorité en fonction de leurs préférences. Ils doivent pouvoir le faire sans contradiction.

²⁸ WEINZIERL (nbp 22), p. 2

²⁹ DENG MICHAEL, Digitale Manipulation und Privatautonomie, ZfDR 2022, p. 229 ss, p. 233

³⁰ WEINZIERL (nbp 22), p. 2

³¹ WEINZIERL (nbp 22), p. 3 ; DANIEL KAHNEMAN DANIEL/JACK L. KNETSCH JACK/THALER RICHARD H., Anomalies : The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, 5 Journal of Economic Perspectives 1991, p. 193 à 195

³² KÜHLING JÜRGEN/SAUERBORN CORNELIUS, «*Dark patterns*» unter der DSGVO und dem DSA – Neue Herausforderungen für die digitale Rechtsordnung, Klassifikation und datenschutzrechtliche Steuerungsvorgaben, CR 2022, p. 227

³³ GERTZ/MARTINI/SEELIGER/TIMKO (nbp 22), 4 ; LUGURI JAMIE/STRAHILEVITZ LIOR JACOB, Shining a light on *dark patterns*, Journal of Legal Analysis 13 (2021), p. 43 ss, p. 61 ; BOGENSTAHL CHRISTOPH, Dark Pattern – Mechanismen (be)trügerischen Internetdesigins, Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim deutschen Bundestag 2019, (DOI : 10.5445/IR/1000133932), p. 1 ss

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

pour eux-mêmes et la société³⁴. L'application de ce critère n'est toutefois pas anodine, car il peut être difficile d'identifier les intérêts d'un individu donné. Elle doit donc être évaluée en fonction du destinataire moyen et de ses intérêts. Cette approche est établie depuis longtemps dans de nombreux domaines juridiques, par exemple en droit de la concurrence (LCD), où l'appréciation du caractère trompeur d'une indication s'effectue objectivement du point de vue du destinataire moyen, sur la base de l'expérience, de la compétence et de l'attention moyennes (cf. ch. 6.1.2.1)³⁵. Malgré l'individualisation croissante que l'on observe surtout dans le contexte commercial, cette approche permet aux tribunaux et aux autorités de définir un critère pertinent qui permet de mesurer et d'évaluer un comportement sur le plan juridique.

5.2.3 Au bénéfice du fournisseur

Les difficultés d'évaluation des inconvénients subis par les utilisateurs pourraient être relativisées si l'on ne se fondait pas sur ces inconvénients, mais sur les avantages procurés aux fournisseurs. Le critère serait alors que le fournisseur exploite son pouvoir de conception à son propre avantage (ou à celui de tiers), sans tenir compte des intérêts (supposés) des utilisateurs³⁶. Les avantages pour les fournisseurs peuvent être de différente nature et ne doivent pas forcément être importants. L'avantage global résulte généralement de la somme de nombreux petits avantages. On peut par exemple penser à la possibilité de collecter une plus grande quantité de données sur les utilisateurs lorsque ceux-ci restent plus longtemps sur une plateforme³⁷.

5.2.4 Les consommateurs en tant que destinataires ?

Certains auteurs estiment que les destinataires des *dark patterns* doivent être des consommateurs³⁸. La raison invoquée est que les personnes agissant dans le contexte commercial font preuve d'une plus grande diligence et sont donc moins susceptibles d'agir de manière irrationnelle³⁹. Cette approche est toutefois inutilement restrictive. Les destinataires des *dark patterns* peuvent être toutes les personnes physiques dont les faiblesses sont exploitées, indépendamment des motifs de leurs actions. Toute restriction de la définition entraînerait des problèmes de délimitation et exclurait une (petite) partie des personnes concernées d'une éventuelle protection contre les *dark patterns*. L'abandon de ce critère ne doit cependant pas faire oublier que jusqu'à présent, ce sont surtout les consommateurs qui sont concernés par les *dark patterns*.

³⁴ DREGELIES (nbp 18), p. 243; KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 16

³⁵ ATF 136 III 23, consid. 9.1

³⁶ MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (nbp 22), p. 47 ; KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 16

³⁷ DENG (nbp 30), p. 235

³⁸ KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 14

³⁹ KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 14 avec d'autres références

5.2.5 Intentionnalité

Le fait que l'influence soit intentionnelle ou non n'a pas d'importance. Même les modèles de *design* qui sont choisis sans intention de manipulation ou en raison de contraintes techniques peuvent être qualifiés de *dark patterns* (concernant l'intention dans le domaine de la LCD, cf. ch. 6.1.2)⁴⁰.

5.2.6 Conclusion

En conclusion, on peut dire que les *dark patterns* sont un phénomène complexe, susceptible d'évoluer en fonction des nouvelles possibilités techniques. Il n'est donc ni possible ni judicieux de les définir de manière définitive. Ils peuvent toutefois être décrits au moyen de leurs caractéristiques essentielles, ce qui permet de les circonscrire. Ces caractéristiques sont : (i) le *design* numérique (ii) l'influence sur les utilisateurs par l'exploitation des connaissances issues de la psychologie comportementale (iii) l'avantage que l'influence procure celui qui propose le *design*.

5.3 Types de *dark patterns*

5.3.1 Introduction

Il existe différents types de *dark patterns*. Il n'existe toutefois pas de typologie ou de terminologie consolidée. Au surplus, les différents types ne peuvent pas toujours être clairement distingués les uns des autres ; au contraire, ils se recoupent parfois ou sont combinés. La recherche propose plusieurs classifications⁴¹. Les *dark patterns* les plus courants sont brièvement présentés ci-après, sans prétention à l'exhaustivité, car il faut s'attendre à ce que l'évolution des technologies et des applications en fasse apparaître de nouveaux.

5.3.2 Paramètres par défaut

Les *dark patterns* peuvent être inclus dans les paramètres par défaut. Les présélections d'offres ou les réglages par défaut sont des paramètres d'une application, d'un logiciel ou d'un site Internet qui sont définis avant la première utilisation. Une sélection (modifiable) peut être cochée par défaut, alors qu'elle n'est pas forcément dans l'intérêt de l'utilisateur⁴². En effet, le fournisseur définit les paramètres par défaut en fonction de ses intérêts, sachant que l'utilisateur a tendance à les laisser tels quels (*biais par défaut*).

⁴⁰ MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (nbp 22), p. 53 ; rapport OCDE (nbp 11), p. 14 ; autre avis BOGENSTAHL (nbp 28), p. 1

⁴¹ Commission européenne, Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: *Dark patterns* and manipulative personalisation: final report (« EU Study »), 2022, disponible à l'adresse : « <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/606365bc-d58b-11ec-a95f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-257599418> », p. 30 ; MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (nbp 22), p. 51 ; LEISER MARC R./CARUANA MIREILLE M., *Dark patterns: Light to be Found in Europe's Consumer Protection Regime*, EuCML 2021, p. 237 ss, 240

⁴² JANICKI THOMAS/SCHULTZ MELANIE, *Dark Pattern from the other side: zur datenschutzrechtlichen (Un-) Zulässigkeit des Einsatzes von Designelementen*, DSRITB 2021, p. 13 s. MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (nbp 22), p. 55

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

Les paramètres par défaut sont notamment pertinents dans le contexte de la protection des données. Ils visent à inciter les utilisateurs à autoriser le traitement de plus de données personnelles qu'ils ne le souhaitent. Le principe de la protection des données par défaut, consacré par la législation suisse et celle de l'UE, vise à éviter cette pratique à l'avenir⁴³.

5.3.3 Mises en évidence graphique (cadrage)

De manière générale, on entend par cadrage la manière dont un produit ou une information sont présentés. Dans le contexte des *dark patterns*, le cadrage désigne les pratiques qui visent à inciter l'utilisateur à réagir ou à prendre la décision souhaitée par le fournisseur au moyen de mots, de graphiques ou d'éléments visuels ciblés⁴⁴. Couleurs, polices de taille différente ou placements ciblés permettent par exemple de dissimuler certaines informations et d'en mettre d'autres en évidence ou de suggérer une hiérarchie⁴⁵. Ces méthodes ne sont pas interdites par principe. La question qui se pose est celle du degré d'influence admissible.

Le cadrage s'est surtout fait connaître par les bannières de cookies, qui informent les utilisateurs de l'utilisation de cookies et demandent leur consentement. Dans ce type de bannières, l'option de réponse avantageuse pour le fournisseur (« J'accepte ») est parfois surlignée en couleur, tandis que l'option vraisemblablement plus avantageuse pour l'utilisateur (« Je refuse ») est grisée et donc moins lisible⁴⁶. Il suffit parfois que la couleur choisie attire davantage le regard de l'utilisateur pour qu'il choisisse l'option avantageuse pour le fournisseur. Une autre possibilité de suggestion visuelle consiste à présenter l'option de consentement sous la forme d'un bouton, sur lequel il est facile de cliquer, tandis que la possibilité d'effectuer un choix différencié parmi plusieurs types de cookies est présentée sous la forme d'un lien⁴⁷.

5.3.4 Formulations ambiguës

Les *dark patterns* recourent parfois à des formulations ambiguës, qui peuvent prêter à confusion. Le recours à la (double) négation inattendue peut amener l'utilisateur à faire un choix qu'il ne souhaite pas⁴⁸, qui pourrait se présenter sous la forme d'une case à cocher du genre « Je ne souhaite pas recevoir la newsletter. »

Des formulations ambiguës peuvent apparaître dans les conditions générales ou dans la présentation d'informations, par exemple dans la politique de confidentialité. Les noms de boutons trompeurs font partie de cette catégorie. Lorsqu'une bannière de cookies contient les boutons « Accepter les cookies » et « Afficher les finalités », l'utilisateur peut être (sciemment) amené à penser qu'il n'a pas le choix, alors

⁴³ Cf. ch. 6.1.3.2.1.

⁴⁴ RAUE BENJAMIN, in: Hofmann Franz/Raue Benjamin (éd.), Digital Services Act – Gesetz über digitale Dienste, Baden-Baden, 2023, art. 25, ch. 26

⁴⁵ DREGELIES (nbp 18), p. 243

⁴⁶ KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 5, cf. l'arrêt du tribunal régional de Rostock qui a jugé que le bouton grisé « Accepter uniquement les cookies nécessaires » à côté du bouton « Accepter tous les cookies » était inadmissible, tribunal régional de Rostock, arrêt du 15.9.2020 – 3 O 762/19, K&R 2021, p. 210 à 212

⁴⁷ MÖLLER CARL CHRISTOPH, *Dark patterns* in Consent-Bannern, VuR 2022, p. 449 ss, p. 456

⁴⁸ MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (nbp 22), p. 52

qu'en cliquant sur le bouton « Afficher les finalités », il aurait la possibilité d'activer ou de désactiver le traitement de données pour certaines finalités⁴⁹.

5.3.5 Appât et substitution

Les *dark patterns* peuvent aussi prendre la forme de conceptions trompeuses. La pratique d'appât et de substitution consiste à leurrer l'utilisateur qui croit faire quelque chose, alors que c'est autre chose qui se produit. Le remplacement du bouton « X » (bouton de fermeture) en est un exemple typique. Les utilisateurs sont habitués à ce qu'un clic sur le « X » en haut à droite d'une bannière entraîne la fermeture de la bannière ou l'interruption de l'interaction. Lorsqu'un clic déclenche, contre toute attente, une acceptation ou un consentement au sens de la législation sur la protection des données, il s'agit d'une forme d'appât et de substitution⁵⁰. Ce leurre peut également prendre la forme du « prix d'appel » : un produit est proposé à un prix d'occasion, mais lorsque l'utilisateur essaye de l'acheter, le produit n'est plus disponible et on lui en propose un plus cher⁵¹.

5.3.6 Publicités déguisées

Les publicités déguisées, connues dans le monde analogique, apparaissent aussi en ligne. Il s'agit d'annonces publicitaires qui se présentent de manière inhabituelle, par exemple sous la forme d'un article d'information, ou semblent faire partie du processus de navigation⁵². Il s'agit souvent de faux boutons, particulièrement fréquents sur les sites de téléchargement, qui redirigent l'internaute vers un autre site.

5.3.7 Preuve sociale

Cette pratique utilise des avis de clients ou des témoignages positifs (ambigus) d'anciens utilisateurs pour inciter de nouveaux utilisateurs à acheter un produit ou à s'affilier⁵³. Elle incite l'utilisateur à fonder sa décision sur l'avis de quelqu'un d'autre, sans chercher d'autres informations. La pratique de la preuve sociale n'est toutefois problématique que si les avis des autres utilisateurs ne correspondent pas à la vérité⁵⁴.

5.3.8 Coûts cachés

Ce type de *dark pattern* consiste à dissimuler des coûts. Les coûts réels ou les frais annexes sont soit cachés, soit n'apparaissent qu'à la fin du processus d'achat. Comme l'utilisateur ne veut pas perdre le temps qu'il a consacré à la commande, il renonce le plus souvent à interrompre le processus à ce stade⁵⁵. Cette pratique existe également en ce qui concerne la monnaie virtuelle des jeux en ligne.

⁴⁹ JANICKI/SCHULTZ (nbp 43), p. 22

⁵⁰ KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 19; MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (nbp 22), p. 55; MÖLLER (nbp 47), p. 456; JANICKI/SCHULTZ (nbp 43), p. 22

⁵¹ Rapport OCDE (nbp 11), p. 53

⁵² KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 19; LEISER/CARUANA (nbp 42), p. 242

⁵³ Rapport OCDE, (nbp 11), p. 11

⁵⁴ Cf. LUGURI JAMIE/STRAHILEVITZ (nbp 34), p. 43 ss, 100

⁵⁵ DENG (nbp 30), p. 235

5.3.9 Impossibilité de comparer les prix

Les pratiques qui empêchent la comparaison des prix avec ceux d'autres fournisseurs sont peu répandues en Suisse à l'heure actuelle. Elles visent à inciter l'utilisateur à opter pour une offre excessivement chère. La littérature cite en exemple les achats qui ne sont possibles qu'en devises étrangères ou en cryptomonnaies⁵⁶.

5.3.10 Compte à rebours

La pratique du compte à rebours crée un sentiment d'urgence en suggérant qu'un produit ou un service pourrait ne plus être disponible et qu'il faut donc se décider rapidement, ce qui conduit l'utilisateur à agir de manière impulsive. Elle est typique des plateformes de réservation qui utilisent des formulations telles que « plus qu'une chambre disponible dans cette catégorie sur notre site » ou « trois personnes regardent cette offre en ce moment », souvent combinées avec une limitation dans le temps (par ex. « offre valable jusqu'à demain »). Elle est aussi courante sur les plateformes proposant des jeux vidéo à télécharger gratuitement. Les joueurs sont incités à acheter des avantages ou des éléments esthétiques, qui sont proposés en paquet pour une période limitée. Un compte à rebours, sur lequel il faut cliquer pour continuer à jouer, montre la durée de validité de l'offre. Cette pratique constitue un *dark pattern* si elle s'appuie sur des informations inexactes⁵⁷. Si celles-ci sont correctes, il faut déterminer en l'espèce si le compte à rebours exerce une influence induue sur le libre arbitre.

5.3.11 Piège à cafards

Le piège à cafards consiste à piéger l'utilisateur : ce dernier peut par exemple conclure un contrat en deux ou trois clics, alors qu'il ne peut le résilier que par téléphone ou par écrit⁵⁸. Elle ne s'applique pas toujours à la conclusion du contrat lui-même, mais parfois à la désactivation extrêmement laborieuse d'offres payantes (par ex. abonnement Premium). Le piège à cafards est également utilisé pour le consentement au traitement des données : le consentement est relativement simple à donner, alors que le refus ou la révocation sont beaucoup plus difficiles. L'entrave à l'exercice de droits (par ex. au droit de révocation ou d'opposition) entre également dans cette catégorie.

5.3.12 Harcèlement

En langage courant, le terme signifie soumettre sans répit à des attaques réitérées. Dans le contexte des *dark patterns*, on entend par là des demandes répétées et parfois agressives d'effectuer une certaine action⁵⁹. Elles peuvent se manifester par des fenêtres *pop-up* qui invitent l'utilisateur de manière réitérée à souscrire une offre payante plutôt qu'à utiliser le service gratuit. L'utilisateur ne peut alors choisir qu'entre « oui » et « plus tard »⁶⁰. Les demandes réitérées d'indiquer une adresse électronique ou d'activer les notifications relèvent également du harcèlement. Dans les jeux en ligne gratuits, les joueurs doivent parfois cliquer sur plusieurs fenêtres pour continuer à jouer. Les comptes à rebours, les

⁵⁶ MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (nbp 22), p. 47

⁵⁷ LUGURI/STRAHILEVITZ (nbp 34), p. 100

⁵⁸ DENG (nbp 30), p. 233 ; exemple tiré de LUGURI/STRAHILEVITZ (nbp 34), p. 49

⁵⁹ DENG (nbp 30), p. 234 ; JANICKI/SCHULTZ (nbp 38), p. 5 ; rapport OCDE (nbp 11), p. 10

⁶⁰ LUGURI/STRAHILEVITZ (nbp 34), p. 50

offres spéciales et les options de jeu sont quelques-uns des contenus payants qu'il faut continuer de refuser pour jouer gratuitement.

5.3.13 Achat surprise

L'achat surprise, lorsqu'un produit se glisse dans le panier de l'utilisateur à son insu, fait également partie des *dark patterns*. Il n'est pas rare que des produits soient ajoutés au panier et que l'utilisateur doive les retirer avant de finaliser la commande. Cette pratique, qui mise sur l'apathie de l'utilisateur, peut être assimilée aux paramètres par défaut.

5.3.14 Abonnement ou prolongation d'abonnement involontaire, inscription obligatoire

Les procédés qui poussent l'utilisateur à conclure un contrat de manière non souhaitée ou inattendue ou à le prolonger contre son gré relèvent aussi des *dark patterns*. Leur finalité n'est pas tant la conclusion ou la prolongation du contrat, en particulier lorsque celui-ci n'a pas de conséquences financières, que la collecte de données. Cette catégorie comprend les procédés qui poussent l'utilisateur à s'inscrire ou à ouvrir un compte client et ceux qui visent à collecter un maximum de données personnelles. Le premier cas est fréquent dans le commerce électronique : le client doit s'inscrire auprès de l'exploitant de la boutique en ligne pour effectuer un achat. Le deuxième cas se rencontre dans de nombreuses applications, qui demandent l'accès à des données ou à des fonctionnalités du smartphone (par ex. carnet d'adresses ou localisation), alors que celles-ci ne sont pas nécessaires à leur fonctionnement.

5.3.15 Culpabilisation

Cette forme de *dark patterns* consiste à exercer une pression morale ou émotionnelle sur l'utilisateur, en suscitant des peurs ou un sentiment de culpabilité, pour qu'il choisisse une option plutôt qu'une autre, par exemple pour qu'il contracte une assurance ou opte pour un service plus cher. Le site joue sur les mots pour pointer du doigt la mauvaise décision de l'utilisateur au moyen de formulations telles que « non, je préfère assurer moi-même tous les risques », s'il refuse de contracter l'assurance. Il en va de même lorsqu'un internaute refuse le pistage et qu'il reçoit un message l'avertissant qu'il ne peut pas accéder à tous les contenus d'un site Internet.

5.3.16 Ludification

La ludification se présente sous différentes formes. Par exemple, après la phase initiale gratuite d'un jeu, l'utilisateur est incité à procéder à un achat intégré ou à poursuivre le jeu. La ludification désigne aussi l'introduction d'éléments ludiques, qui réduisent la conscience du risque chez l'utilisateur⁶¹, dans des applications étrangères à l'univers du jeu, telles qu'une application de trading.

5.3.17 Digression : *dark patterns* et jeux vidéo

L'univers du jeu vidéo n'est pas épargné par les *dark patterns*. Typiquement, après la phase initiale gratuite d'un jeu, l'utilisateur est incité à procéder à un achat intégré ou à poursuivre le jeu (cf. ch.

⁶¹

DENGA (nbp 30), p. 234

5.3.10 concernant le compte à rebours et 5.3.12 concernant le harcèlement). Le rapport en exécution du postulat 23.3004 « Protection face aux fonctionnalités supplémentaires des jeux vidéo (microtransactions) »⁶² approfondira notamment la question des achats intégrés.

5.4 Catégorisation

5.4.1 Champs d'application

Les *dark patterns* se manifestent principalement dans deux domaines.

- (1) Commerce en ligne : tous les actes juridiques ou presque, des achats hebdomadaires à la prise de rendez-vous pour des soins cosmétiques, en passant par la réservation de vols, peuvent être conclus ou préparés au moyen d'interfaces numériques : la volonté est manifestée par voie électronique. D'un point de vue juridique, l'action visée par les *dark patterns* correspond à la conclusion d'un contrat. Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté (art. 1, al. 1, du code des obligations [CO]⁶³). Les parties doivent s'être mises d'accord sur tous les points essentiels (*essentialia negotii* : art. 2, al. 1, CO). Pour cela, il faut que les parties agissent avec la volonté de s'engager (volonté de produire des effets juridiques, de contracter et de tenir ses engagements) et qu'elles veuillent attribuer à leur comportement un caractère juridiquement contraignant⁶⁴. Dans le domaine numérique en particulier, il peut arriver que les utilisateurs n'aient pas la volonté de s'engager, car ils ne sont pas conscients qu'un seul clic peut constituer une manifestation de la volonté contraignante et conduire à la conclusion d'un contrat⁶⁵. Si la volonté de s'engager peut généralement être présumée dans le cas d'un achat en ligne, il n'en va pas de même lors de l'inscription à un réseau social ou de l'utilisation d'un moteur de recherche. On postule communément que l'inscription de l'utilisateur établit une relation contractuelle, en tout cas lorsque l'inscription se conclut par une action, tel qu'un clic sur un bouton ou l'acceptation des conditions générales⁶⁶. Cette interprétation est toutefois contestée⁶⁷.
- (2) De nombreux modèles d'affaires numériques se fondent sur la fourniture de services en échange de la mise à disposition de données (« service contre données »)⁶⁸. Les *dark patterns* utilisés dans ce contexte visent à ce que les utilisateurs mettent à la disposition du fournisseur le plus grand nombre possible de données et/ou acceptent le plus grand nombre possible de

⁶² www.parlement.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > 23.3004

⁶³ [RS 220](#)

⁶⁴ HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht – Allgemeiner Teil und besonderer Teil*, 3^e éd., Zurich 2019, ch. 52; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (éd.), *Obligationenrecht I*, Art. 1- 529 OR, Basler Kommentar, 7^e éd., Bâle 2020, art. 1, ch. 12 ss ; MÜLLER CHRISTOPH, in : Hausheer Heinz, *Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1-109 OR (ohne Art. 62-67 OR), Berner Kommentar, Berne 2023, art. 1, ch. 15 ss

⁶⁵ WEBER ROLF H., *E-Commerce und Recht*, Zurich 2010, p. 339

⁶⁶ Le règlement sur les services numériques mentionne explicitement les « conditions générales qui régissent la relation contractuelle » entre le fournisseur du service et le destinataire du service (art. 3, let. u, du règlement).

⁶⁷ Réserve, par ex. pour les moteurs de recherche WEBER (nbp 66), p. 391 avec d'autres références

⁶⁸ DENG (nbp 30), p. 242

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

traitements de données. Les bannières de cookies jouant sur des moyens graphiques sont sans doute l'exemple le plus courant. Les *dark patterns* visent souvent à inciter l'utilisateur à fournir plus de données personnelles qu'il ne le souhaite. C'est ce qu'on appelle la technique Zuckerberg. La mise à disposition n'est pas un acte juridique au sens propre, mais une action qui peut être décrite comme un acte matériel⁶⁹.

Les fournisseurs lient parfois les deux champs d'application, notamment en collectant le plus possible de données sur les clients dans le commerce en ligne.

5.4.2 Moyens

On peut classer les *dark patterns* dans différentes catégories, en fonction des moyens qu'ils utilisent.

- (1) Le premier groupe induit l'utilisateur en erreur ou le trompe pour l'influencer, ce qui l'empêche de former ou d'exprimer sa volonté en toute connaissance de cause. Les formulations ambiguës, l'appât et la substitution, l'achat surprise et les publicités déguisées font partie de ce groupe. Il en va de même du compte à rebours, de la preuve sociale, des coûts cachés et de l'impossibilité de comparer les prix, en fonction de la forme concrète de ces pratiques (cf. ch. 6.1.2).
- (2) Le deuxième groupe utilise la pression ou la contrainte. L'utilisateur doit soit surmonter une série d'embûches pour pouvoir faire quelque chose, soit opter pour la solution simple. Bien qu'il soit conscient de ce qui se passe, il se laisse influencer par lassitude. Les paramètres par défaut, les mises en évidence graphiques, les pièges à cafards, le harcèlement, l'achat surprise, la conclusion de contrats ou d'enregistrements involontaires, la culpabilisation et la ludification, de même que le compte à rebours, la preuve sociale, les coûts cachés et l'impossibilité de comparer les prix, en fonction de la forme concrète de ces pratiques, font partie de ce groupe (cf. ch. 6.1.2).

Les différents moyens, tels que le compte à rebours, la preuve sociale, les coûts cachés et l'impossibilité de comparer les prix fondés sur des informations fausses ou trompeuses, peuvent être combinés pour exercer une pression sur l'utilisateur.

6 Analyse

6.1 Droit en vigueur

Le présent chapitre présente les dispositions du droit en vigueur pertinentes pour les *dark patterns*. Il appert que l'utilisateur dispose déjà de normes lui permettant d'agir contre ces pratiques.

6.1.1 Dispositions constitutionnelles

Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État (art. 5, al. 1, Cst.). Les dispositions, existantes ou nouvelles, doivent respecter les droits fondamentaux, toute restriction de ceux-ci doit respecter les

⁶⁹ Cf. Denga (nbp 30), p. 242

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

conditions prévues à l'art. 36 Cst. Les droits fondamentaux sont en premier lieu des libertés qui protègent contre les ingérences de l'État ; en vertu de l'art. 35, al. 1, Cst., les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique. En outre, l'art 35, al 3, Cst., établit que les autorités doivent veiller à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux.

L'influence exercée au moyen des *dark patterns* porte atteinte à l'autonomie privée de l'utilisateur. Celle-ci repose sur les droits fondamentaux à la dignité humaine (art. 7 Cst.), à la liberté personnelle (art. 10, al. 2, Cst.) et à la protection de la sphère privée (art. 13, al. 2, Cst. : protection contre l'emploi abusif des données personnelles), dans la mesure où des données personnelles sont concernées. Chacun est libre de régler ses relations contractuelles sans ingérence de l'État (liberté du contrat)⁷⁰. Toute ingérence de l'État dans ce domaine, à l'instar des restrictions des droits fondamentaux, doit respecter les conditions prévues à l'art. 36 Cst.

Les fournisseurs sont quant à eux protégés par l'art. 27 Cst. (liberté économique), qui leur garantit le libre accès à une activité économique et son libre exercice⁷¹. En principe, la liberté économique protège donc l'utilisation de *dark patterns*. Tous les opérateurs économiques sont toutefois tenus de respecter la loi. Or, celui qui utilise des *dark patterns* peut s'en écarter et l'enfreindre (cf. ch. 6.1). Des pratiques telles que la dissimulation des prix ou la conclusion ou la prolongation involontaire de contrats ont pour conséquence que l'utilisateur ne peut pas choisir son partenaire contractuel en toute connaissance de cause (par ex. le prix correct) ou ne peut pas le choisir librement parce qu'il est déjà lié au fournisseur qui utilise des *dark patterns*. La concurrence peut être faussée par des pratiques déloyales lorsque toutes les entreprises ne respectent pas les mêmes règles.

6.1.2 Loi fédérale contre la concurrence déloyale

La LCD poursuit un objectif global et a un champ d'application extrêmement large. Son article de but établit qu'elle vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée (art. 1 LCD). Cette formulation ne renvoie pas à deux types de concurrence, l'une loyale et l'autre non faussée. Elle indique toutefois deux approches de l'évaluation d'un comportement : l'approche traditionnelle de la morale des affaires, qui repose essentiellement sur l'appréciation des tribunaux, et l'approche fonctionnelle, qui s'appuie sur des fondements économiques et évalue un comportement en fonction de sa contribution au fonctionnement de la concurrence⁷².

La LCD contient une clause générale (art. 2) et une série de faits constitutifs spéciaux (art. 3 à 8). Aux termes de l'art. 2 LCD, est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Les faits constitutifs spéciaux concrétisent la clause générale. À la différence de celle-ci, formulée de manière très ouverte, ils englobent certains comportements inadmissibles sur la base d'éléments constitutifs clairement définis.

Les comportements s'apprécient toujours du point de vue du destinataire moyen : celui-ci est induit en erreur lorsque des indications suscitent en lui, compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce,

⁷⁰ UHLMANN FELIX, in: Waldmann Bernhard/Besler Eva Maria (éd.), Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basler Kommentar, Bâle 2015, art. 27, ch. 10 ss

⁷¹ BSK BV-UHLMANN (nbp 71), art. 27, ch. 3 ss

⁷² Cf. THOUVENIN FLORENT, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, dissert. Zurich 2005, p. 77 ss.

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

des idées sur les caractéristiques d'une offre qui ne correspondent pas à la réalité ou créent la confusion⁷³. Il suffit qu'il y ait un risque abstrait de tromperie : l'indication doit objectivement être de nature à induire en erreur, mais que le résultat, à savoir une tromperie effective, se produise ou non n'est pas pertinent⁷⁴. Le Tribunal fédéral postule que le destinataire ou le consommateur est moyennement informé et attentif : une indication est jugée susceptible d'induire en erreur du point de vue du destinataire moyen, sur la base de son expérience, de ses connaissances et de son attention moyennes⁷⁵.

6.1.2.1 Champ d'application

La LCD s'applique aux actes de concurrence déloyale, c'est-à-dire aux actes qui visent objectivement à influencer les conditions de concurrence et qui n'apparaissent pas dans un contexte totalement différent⁷⁶. Elle ne s'applique pas aux actes purement privés. Les *dark patterns* sont presque toujours utilisés dans un contexte commercial et entrent donc souvent dans le champ d'application de la LCD.

6.1.2.2 Inclusion des *dark patterns* dans le champ d'application de la LCD

La LCD prévoit plusieurs faits constitutifs permettant d'inclure les *dark patterns* dans son champ d'application.

6.1.2.2.1 Indications inexactes ou fallacieuses (art. 3, al. 1, let. b, LCD)

L'interdiction générale de donner des indications fallacieuses est un élément clef de la LCD. En vertu de cette interdiction, agit de façon déloyale celui qui, notamment, donne des indications inexactes ou fallacieuses sur lui-même, son entreprise, sa raison de commerce, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix, ses stocks, ses méthodes de vente ou ses affaires ou qui, par de telles allégations, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents (art. 3, al. 1, let. b, LCD). La norme vise à promouvoir la vérité et la clarté en matière de concurrence et à garantir la transparence du marché⁷⁷. Elle ne s'applique qu'en présence d'une déclaration objectivement vérifiable⁷⁸. Celle-ci doit être inexacte ou fallacieuse. La disposition énumère une série de caractéristiques auxquelles l'indication peut se rapporter.

⁷³ BERGER MATHIS, in : Hilty Reto M./Arpagaus Reto (éd.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, Bâle 2013, art. 3, al. 1, let. b, ch. 82 ; KUONEN NICOLAS, in: Martenet Vincent/Pichonnaz Pascal (éd.), Loi contre la concurrence déloyale, Commentaire romand, Bâle 2017, art. 3, al. 1, let. b, ch. 17 ss ; JUNG PETER, in : Jung Peter (éd.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar, 3e éd., Berne 2023, art. 3, al. 1, let. b, ch. 60

⁷⁴ BSK UWG- BERGER (nbp 74), art. 3, al. 1, let. b, ch. 52 ; SHK-UWG JUNG (nbp 74), art. 3, al. 1, let. b, ch. 3, ATF 136 III 23, consid. 9.1 s.

⁷⁵ ATF 136 III 23, consid. 9.1 s.

⁷⁶ ATF120 II 76, consid. 3.a

⁷⁷ Message du 18 mai 1983 à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF **1983** II 1037 1041 ; BSK UWG-BERGER (nbp 74), art. 3, al. 1, let. b, ch. 3 ; BLATTMANN ANDREAS, in: Heizmann Reto/Loacker Leander (éd.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), DIKE Kommentar, Zurich 2013, art. 3, al. 1, let. b, ch. 5 ss ; SHK UWG-JUNG (nbp 74), art. 3, al. 1, let. b, ch. 1 ; CR LCD-KUONEN (nbp 74), art. 3, al. 1, let. b, ch. 2

⁷⁸ DIKE UWG-BLATTMANN (nbp 78), art. 3, al. 1, let. b, ch. 12 ; SHK UWG-JUNG (nbp 74), art. 3, al. 1, let. b, ch. 26

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

L'art. 3, al. 1, let. b, LCD permet d'inclure différents types de *dark patterns*, en fonction du cas d'espèce, notamment le cadrage, les formulations prêtant à confusion, l'appât et la substitution, la publicité déguisée et l'achat surprise. Le Tribunal fédéral a établi que les comptes à rebours, par exemple, peuvent tomber sous le coup de la loi s'ils sont inexacts ou fallacieux⁷⁹.

La pratique de la preuve sociale peut elle aussi entrer dans le champ d'application de l'art. 3, al. 1, let. b, LCD lorsque les indications fournies sont inexactes ou fallacieuses. Il en va de même des coûts cachés et de l'impossibilité de comparer les prix, en fonction du cas d'espèce. Lorsque les informations concernant les coûts ne sont pas fallacieuses, mais simplement difficiles à obtenir sans effort de la part de l'utilisateur, elles ne visent pas forcément à induire en erreur. Il en va autrement lorsque les indications sont susceptibles d'induire l'utilisateur en erreur sur les coûts ou de l'empêcher de comparer les prix.

6.1.2.2.2 Méthodes de vente agressives (art. 3, al. 1, let. h, LCD)

Conformément à l'art. 3, al. 1, let. h, LCD, celui qui entrave la liberté de décision de la clientèle en usant de méthodes de vente particulièrement agressives agit de manière déloyale. Le caractère particulièrement agressif doit être évalué dans le cas d'espèce. Le harcèlement, la contrainte, la surprise, la coercition et les incitations aléatoires peuvent revêtir un caractère particulièrement agressif⁸⁰, encore faut-il qu'ils portent atteinte au libre arbitre du client. C'est notamment le cas lorsque la décision de conclure un acte juridique ne résulte pas du libre arbitre, mais est la conséquence d'un harcèlement ou d'une contrainte⁸¹.

Toutes les formes de *dark patterns* visant à la conclusion d'un contrat par la contrainte ou la pression, telles que le harcèlement et la culpabilisation, portent atteinte au libre arbitre de la personne concernée et entrent donc dans le champ d'application de l'art. 3, al. 1, let. h, LCD. Le message relatif à la LCD mentionne comme exemple de méthode de vente particulièrement agressive « faire miroiter une occasion de vente apparemment unique »⁸², ce qui est caractéristique du compte à rebours. Les éléments constitutifs de l'art. 3, al. 1, let. h, LCD peuvent, dans certaines circonstances, englober les comptes à rebours qui contiennent des informations correctes.

6.1.2.2.3 Obligations d'informer dans le commerce électronique (art. 3, al. 1, let. s, LCD)

La LCD impose des obligations de transparence particulières aux opérateurs du commerce électronique. Quiconque propose des marchandises, des œuvres ou des prestations au moyen du commerce électronique doit indiquer de manière claire et complète son identité et son adresse de contact (art. 3, al. 1, let. s, ch. 1, LCD). Il doit indiquer les différentes étapes techniques conduisant à la conclusion d'un contrat ; l'utilisateur doit donc être conscient du moment où une commande payante est

⁷⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_314/2021 du 27 octobre 2021, consid. 5.2.3 et 7.1

⁸⁰ HEIZMANN RETO, in: Oesch Matthias/Weber Rolf H./Zäch Roger (éd.), Wettbewerbsrecht II, Orell Füssli Kommentar, 2e éd., Zurich 2021, art. 3, al. 1, let. h, ch. 6 ; CR LCD-KUONEN (nbp 74), art. 3, al. 1, let. h, ch. 38 ss ; SHK UWG-OETIKER/SINGH (nbp 74), art. 3, al. 1, let. h, ch. 12 avec d'autres références

⁸¹ OFK-HEIZMANN (nbp 81), art. 3, al. 1, let. h, ch. 7 ; STREULI-YOUSSEF MAGDA, in : Streuli-Youssef Magda (éd.), Lauterkeitsrecht, SIWR V/1, 3e éd., Bâle 2020, ch. 234 ; SHK-OETIKER/SINGH (nbp 74), art. 3, al. 1, let. h, ch. 11.

⁸² Message LCD, FF 1983 II 1037 1101

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

effectuée (art. 3, al. 1, let. s, ch. 2, LCD). L'opérateur doit fournir les outils techniques appropriés permettant de détecter et de corriger les erreurs de saisie avant l'envoi d'une commande (art. 3, al. 1, let. s, ch. 3, LCD) et confirmer sans délai la commande du client par courrier électronique (art. 3, al. 1, let. s, ch. 4, LCD). Certains *dark patterns*, tels que les formulations trompeuses et le panier surprise, peuvent ne pas être conformes à l'art. 3, al. 1, let. s, LCD. Mais là encore, l'évaluation ne peut se faire qu'au cas par cas, car elle dépend de la forme concrète de l'interaction.

6.1.2.2.4 Inobservation des règles en matière d'indication des prix

La LCD et l'ordonnance du 11 décembre sur l'indication des prix (OIP)⁸³ fixent des règles en matière d'indication des prix. En particulier, pour les marchandises offertes au consommateur et les prestations de services énumérées dans l'OIP, le prix à payer effectivement en francs suisses (prix de détail) doit être indiqué à tout moment ; les suppléments non optionnels de tous genres doivent être inclus dans le prix de détail. Les *dark patterns* qui empêchent l'indication correcte des prix ne sont pas conformes à l'art. 16 LCD et aux règles de l'OIP. Le but de cette ordonnance est d'assurer une indication claire des prix, permettant de les comparer et d'éviter que l'acheteur ne soit induit en erreur (art. 1 OIP).

6.1.2.2.5 Clause générale (art. 2 LCD)

En vertu de la clause générale (art. 2 LCD, les comportements qui ne relèvent pas d'un fait constitutif spécial peuvent être illicites s'ils constituent une pratique commerciale trompeuse ou contreviennent de toute autre manière aux règles de la bonne foi. La formulation délibérément ouverte de la clause générale permet de trancher les cas où la concurrence paraît déloyale, mais qui ne tombent pas sous le coup de faits constitutifs spéciaux⁸⁴.

La doctrine et la pratique ont créé des cas de figure pour concrétiser la clause générale. Les principaux sont notamment les pratiques qui visent à entraver les concurrents et celles qui visent à influencer les clients⁸⁵. Les pratiques visant à influencer les clients comprennent la publicité clandestine et les violations du principe de séparation, selon lequel les contenus publicitaires doivent être séparés des contenus éditoriaux⁸⁶. Les publicités déguisées contreviennent à ce principe. La mise en place et l'exploitation d'incitations aléatoires, notamment l'exploitation de l'envie de jouer, telles qu'elles sont utilisées dans la ludification, constituent également un cas de figure reconnu de l'art. 2 LCD⁸⁷.

Les *dark patterns* qui ne relèvent pas d'un cas de figure reconnu de l'art. 2 LCD peuvent être couverts par la clause générale si les tribunaux en reconnaissent le besoin. Dans l'intérêt du bon fonctionnement de la concurrence, on peut argumenter qu'il est contraire aux règles de la bonne foi qu'il soit beaucoup plus facile de conclure un contrat que de le résilier.

⁸³ [RS 942.211](#)

⁸⁴ ATF 133 III 431, consid. 4.1

⁸⁵ BSK UWG-HILTY, (nbp 74), art. 2, ch. 65, avec d'autres références

⁸⁶ SHK UWG-JUNG (nbp 74), art. 2, ch. 42 ; KAISER/NOTH, SIWR V/1 (nbp 82), ch. 260 : VOLZ STEPHANIE, Trennungsgebot und Internet – Ein medienrechtliches Prinzip in Zeiten der Medienkonvergenz, diss. Zurich, 2010, p. 67 s., avec d'autres références

⁸⁷ SHK UWG-JUNG (nbp 74), art. 2, ch. 51

6.1.2.3 Conséquences juridiques

Les moyens du droit civil et du droit pénal s'appliquent à la mise en œuvre des dispositions de la LCD. L'art. 9 LCD ouvre droit à la suppression ou à la cessation de l'atteinte, à la constatation du caractère illicite de celle-ci, à la réparation du dommage et du tort moral, à la remise du gain réalisé indûment et à la publication du jugement. Il n'est pas nécessaire que l'atteinte soit intentionnelle. Toutefois, quiconque, intentionnellement, se rend coupable d'un des actes mentionnés à l'art. 3, al. 1, LCD est punissable en vertu du droit pénal (art. 23 LCD). Le dol éventuel suffit : l'auteur est punissable s'il sait que son acte est problématique. Selon la doctrine dominante, il n'est pas nécessaire que l'acte exact soit connu⁸⁸.

Les actions prévues par le droit civil peuvent être intentées par les personnes et les entreprises dont les intérêts économiques sont menacés ou lésés par un acte de concurrence déloyale (art. 9 et 10 LCD). Ces actions peuvent également être intentées par la Confédération si elle le juge nécessaire à la protection de l'intérêt public (art. 10, al. 3, LCD). C'est notamment le cas lorsque les intérêts de plusieurs personnes, les intérêts d'un groupe de personnes appartenant à un secteur économique ou d'autres intérêts collectifs sont menacés ou subissent une atteinte (art. 10, al. 3, let. b, LCD) ou que la réputation de la Suisse à l'étranger est menacée ou subit une atteinte et que les personnes dont les intérêts économiques sont touchés résident à l'étranger (art. 10, al. 3, let. a, LCD). Quiconque a qualité pour intenter une action civile conformément aux art. 9 et 10 LCD peut au surplus porter plainte (art. 23, al. 2, LCD). Le SECO représente la Confédération dans les procédures civiles ou pénales⁸⁹.

Les condamnations civiles ou pénales n'ont toutefois pas d'effet direct sur les contrats éventuellement conclus en relation ou avec une infraction à la LCD ou en conséquence d'une telle infraction. Ces contrats subsistent, car l'utilisation de *dark patterns* n'a généralement pas d'incidence sur leur contenu, mais porte sur leur conclusion ou leur prolongation : ils ne sont donc pas nuls, mais peuvent être contestés⁹⁰.

6.1.2.4 Conclusion

La LCD en vigueur permet déjà d'agir contre la plupart des *dark patterns*. Il faut toutefois vérifier au cas par cas l'existence d'une infraction à la loi. D'une manière générale, on peut présumer que plus les *dark patterns* sont nombreux et combinés, plus l'infraction à la LCD est probable.

Le problème n'est pas tant l'absence de dispositions matérielles applicables aux *dark patterns*, mais plutôt que les personnes concernées ne recourent pas aux moyens de la LCD. Les particuliers sont rarement prêts à supporter les frais et les risques d'un procès civil. Toutefois, il leur serait tout à fait possible d'utiliser les moyens du droit pénal. Il leur suffirait de porter plainte : l'établissement des faits et la conduite de la procédure relèvent des autorités de poursuite pénale.

Dans la pratique, les preuves ne sont toutefois pas toujours faciles à apporter. Les sites Internet et donc les *dark patterns* peuvent être adaptés à tout moment. Lorsqu'il passe une commande en ligne, l'utilisateur devrait par exemple sauvegarder chaque étape de la commande pour être en mesure

⁸⁸ DIKE UWG-HEIMGARTNER (nbp 78), art. 23, ch. 12, SHK UWG-SCHAFFNER/SPITZ (nbp 74), art. 23, ch. 58, arrêt du Tribunal fédéral 6S 677/2001 du 16 mai 2002, consid. 5.b/aa

⁸⁹ Art. 1 de l'ordonnance du 12 octobre 2011 concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale, RS **241.3**

⁹⁰ OFK-HEIZMANN (nbp 81), art. 3, al. 1, let. q, ch. 26, avec d'autres références, SHK UWG-JUNG (nbp 74), introduction, ch. 15

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

d'apporter la preuve de l'utilisation de *dark patterns*. Les téléphones portables ne permettent généralement pas de visualiser l'ensemble d'un site, ce qui complique encore la sauvegarde de tous les contenus.

La question de la qualité pour agir du SECO revient souvent dans le contexte du droit de la Confédération d'intenter action⁹¹. En ce qui concerne les procédures pénales, les avocats de la partie adverse font régulièrement valoir devant le tribunal que le SECO n'est pas légitimé à agir, faute d'un nombre suffisant de recours. Le problème s'est posé dans l'une des rares procédures civiles : le Tribunal fédéral a nié la qualité pour agir du SECO lorsqu'une pratique déloyale ne fait l'objet que d'un petit nombre de plaintes. Il a fait valoir qu'il ne suffisait pas que l'offre Internet soit accessible à un grand nombre de personnes dans de nombreuses régions linguistiques du monde⁹². Cette pratique s'oppose toutefois à une partie de la doctrine, qui estime que le nombre de plaintes ne saurait être un critère déterminant pour déterminer la qualité pour agir⁹³. Selon elle, il suffit que plusieurs acteurs du marché soient potentiellement concernés pour fonder la capacité d'ester en justice⁹⁴. *De lege lata*, le SECO ne peut donc agir contre les *dark patterns* que s'il reçoit un nombre suffisant de plaintes.

6.1.3 Droit de la protection des données

La discussion sur les *dark patterns* est souvent menée sous l'angle du droit de la protection des données⁹⁵, probablement parce que ces pratiques sont souvent utilisées en relation avec le consentement (par ex. bannières de cookies). Le traitement des données personnelles est réglé par la LPD.

La LPD est formulée de manière technologiquement neutre : elle ne mentionne aucune forme particulière de technologie et peut ainsi s'adapter aux évolutions technologiques⁹⁶. Elle ne couvre donc pas seulement le traitement de données au moyen des *dark patterns* existants, mais également dans la perspective de *designs* encore inconnus, auxquels elle restera applicable.

6.1.3.1 Champ d'application

La LPD s'applique au traitement de données personnelles, c'est-à-dire aux informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable (art. 5, let. a, LPD). Une personne est identifiée si les données permettent d'identifier directement une personne physique déterminée, elle est identifiable si le lien avec elle peut être établi par la corrélation d'informations supplémentaires. Les données

⁹¹ Cf. postulat 23.3598 Müller-Altermatt du 31 mai 2023 « Améliorer l'efficacité de la loi fédérale contre la concurrence déloyale », www.parlement.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > 23.3598.

⁹² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_235/2020 du 1^{er} décembre 2020, consid. 4.2, 4.3, 4.4 et 4.5

⁹³ DIKE UWG-DOMEJ (nbp 78), art. 10, ch. 45 s.; SHK UWG-SPITZ (nbp 74), art. 10, ch. 38a

⁹⁴ DIKE UWG-DOMEJ (nbp 78), art. 10, ch. 46

⁹⁵ Par ex. « Guidelines 03/2022 on deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them » de l'EDPB (nbp 18), JANICKI/SCHULTZ (nbp 43), p. 13 ss; KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 228 ss; MÖLLER (nbp 48), p. 449 ss

⁹⁶ Message du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF **2017** 6565 6594

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

complètement anonymisées, c'est-à-dire les données qui ont été collectées sans lien avec une personne ou dont ce lien a été supprimé, ne sont pas des données personnelles⁹⁷.

6.1.3.2 Inclusion des *dark patterns* dans le champ d'application de la LPD

6.1.3.2.1 Principes du traitement des données

En Suisse, les personnes privées peuvent traiter des données, pour autant que le droit de la protection des données soit respecté (cf. ch. 6.1.3.2.2), en particulier les principes suivants : tout traitement de données personnelles doit être licite (art. 6, al. 1, LPD) et doit être conforme aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité (art. 6, al. 2, LPD), les données ne peuvent être collectées que pour des finalités déterminées (art. 6, al. 3, LPD) et doivent être exactes (art. 6, al. 5, LPD). Les principes de la protection des données dès la conception (le traitement des données doit être conçu dès l'origine de telle manière qu'il respecte les principes de la protection des données ; art. 7, al. 1 et 2, LPD) et par défaut (des paramètres par défaut appropriés doivent garantir que le traitement des données personnelles est limité au minimum requis par la finalité poursuivie ; art. 7, al. 3, LPD). Le principe de sécurité des données (art. 8 LPD) revêt une importance particulière dans le contexte numérique : les données personnelles doivent être protégées contre tout traitement non autorisé par des mesures techniques et organisationnelles appropriées.

Les art. 30 et 31 LPD s'appliquent au traitement de données personnelles par des personnes privées. Celui qui traite des données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées (art. 30, al. 1, LPD). Constitue notamment une atteinte à la personnalité le fait de traiter des données personnelles en violation des principes définis aux art. 6 et 8 LPD, le fait de traiter des données personnelles contre la manifestation expresse de la volonté de la personne concernée et le fait communiquer à des tiers des données sensibles (art. 30, al. 2, LPD, cf. ch. 3.1.3.2.2).

L'utilisation de *dark patterns* peut violer les principes du traitement des données à plusieurs égards. Elle peut notamment générer plus de données que celles qui sont nécessaires à la fourniture d'un service, ce qui est contraire au principe de la proportionnalité (art. 6, al. 2, LPD), en particulier dans son acception de principe de minimisation des données.

Elle peut aussi violer directement les principes du traitement des données. Est notamment pertinente ici la conformité du traitement des données aux principes de la transparence et de la bonne foi (art. 6, al. 2 et 3, LPD) et au principe de finalité (art. 6, al. 3, LPD). Les principes de transparence et de finalité exigent que les données personnelles ne soient collectées et traitées que pour des finalités reconnaissables pour la personne concernée⁹⁸. La LPD de 2020 étend en outre le devoir d'informer concernant la collecte de données personnelles (art. 19 LPD). Les *dark patterns* qui conduisent des personnes à communiquer des données à leur insu ou sans avoir connaissance du but du traitement de celles-ci sont, d'une manière générale, contraires à ces règles. C'est notamment le cas des

⁹⁷ SHK DSG-RUDIN BEAT, in: Baeriswyl Brun/Pärli Kurt/Blonski Dominika (éd.), Datenschutzgesetz (DSG), Stämpfli Handkommentar, 2^e éd., Berne 2023, art. 5, ch. 13 ; BSK DSG-BLECHTA GABOR/DAL MOLIN LUCA/WESIAK-SCHMIDT, in: Blechta Gabor/Vasella David, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz (éd.), Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2024, art. 5, ch. 35 ; CR LPD-MEIER PHILIPPE/TSCHUMY NICOLAS, in: Meier Philippe/Métille Sylvain, Loi fédérale sur la protection des données, Commentaire romand, Bâle 2023, art. 5, ch. 27

⁹⁸ SHK DSG-BAERISWYL, (nbp 98), art. 6, ch. 36 ; BSK DSG-BÜHLMANN/REINLE (nbp 98), art. 6, ch. 111 ss ; CR LPD-MEIER/TSCHUMY (nbp 98), art. 6, ch. 39, 41

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

paramètres par défaut, des mises en évidence graphiques, des formulations ambiguës et du harcèlement, qui peuvent tous viser à collecter plus de données que nécessaire, et souvent sans la transparence requise. Si les données collectées dans le cadre de la conclusion d'un contrat sont utilisées à d'autres fins, par exemple pour le marketing, le principe de finalité peut être violé.

Si par la révision de la LPD le législateur a édicté des normes qui ne concernent pas uniquement ou principalement les *dark patterns*, ces normes peuvent néanmoins s'appliquer à ces derniers. C'est notamment le cas des principes de protection des données dès la conception et par défaut prévus par la nouvelle LPD, lesquels s'opposent à l'utilisation de *dark patterns*, notamment de paramètres par défaut contraires à la protection des données (cf. ch. 5.3.2).

6.1.3.2.2 Motifs justificatifs

Une atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par le consentement de la personne concernée, par un intérêt privé ou public prépondérant ou par la loi (art. 31, al. 1, en relation avec l'art. 30, al. 2, LPD). L'utilisation de *dark patterns* peut être justifiée par des intérêts privés prépondérants (voir ch. 6.1.1 concernant la liberté économique). Toutefois, il faut toujours procéder à une pesée entre l'intérêt du responsable du traitement et celui de la personne concernée à ce que sa liberté de disposer de ses données soit préservée⁹⁹. La LPD mentionne quelques cas dans lesquels un intérêt privé prépondérant entre en considération (art. 31, al. 2, LPD). Il s'agit notamment du traitement de données en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat (art. 31, al. 2, let. a, LPD). Dans ce contexte, le traitement doit se limiter aux données personnelles nécessaires à la conclusion et à l'exécution du contrat¹⁰⁰. Or, les fournisseurs essaient souvent de collecter et de traiter plus de données personnelles qu'il n'est nécessaire pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat. Pour traiter des données en relation avec un contrat, ils doivent obtenir le consentement de la personne concernée.

Dans la pratique, le consentement ne sert de motif justificatif que lorsqu'il n'y en a pas d'autre, car obtenir ce consentement n'est pas toujours une solution praticable, notamment parce que la personne concernée refuse souvent de le donner et qu'il peut être révoqué à tout moment. Pour le fournisseur, le risque existe que les utilisateurs ne donnent pas tous leur consentement. Le consentement n'est valable que si la personne concernée exprime librement sa volonté concernant un ou plusieurs traitements déterminés et après avoir été dûment informée (art. 6, al. 6, LPD). Il peut en outre être révoqué à tout moment¹⁰¹. La libre expression de la volonté et l'information sont deux aspects cruciaux dans le contexte des *dark patterns*. Les formulations ambiguës dans les déclarations de protection des données, les paramètres par défaut à forte intensité de données et les pratiques d'appât et de substitution sont problématiques sous l'angle de l'information. Dans le cas des pratiques d'appât et de substitution, l'utilisateur n'est pas du tout conscient que ses actions entraînent un consentement, celui-ci n'est donc fondé ni sur une information adéquate ni sur la libre expression de la volonté de l'utilisateur. S'agissant de la libre expression de la volonté, on peut se demander quel degré d'influence permet encore de considérer que le consentement a été donné librement ; la question est particulièrement pertinente en

⁹⁹ Message LPD, FF **2017** 6565 6677

¹⁰⁰ ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzrecht, Zurich 2008, art. 13, ch. 39; CR LPD-BOILLAT/WERLY (nbp 98), art. 31, ch. 36; SHK DSG-PFAFFINGER (nbp 98), art. 31, ch. 54; BSK DSG-RAMPINI/HARASGAMA/HENSELER (nbp 93), art. 31, ch. 34

¹⁰¹ FASNACHT TOBIAS, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Zurich 2017, ch. 359; SHK DSG-BAERISWYL (nbp 98), art. 6, ch. 57; CR LPD-MEIER/TSCHUMY (nbp 98), art. 6, ch. 77; BSK DSG-BÜHLMANN/REINLE (nbp 93), art. 6, ch. 316

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

relation avec le cadrage, le piège à cafards, le harcèlement et la culpabilisation. Dans le cas transactions couplées, dans lesquelles l'accès à une prestation est subordonné au consentement au traitement des données, le consentement n'est pas réputé librement donné si son refus entraîne un désavantage pour la personne concernée qui est sans rapport avec le but du traitement ou disproportionné par rapport à celui-ci¹⁰². C'est notamment le cas lorsque l'utilisateur n'a pas d'autre choix¹⁰³. Lorsqu'un fournisseur de médias sociaux fait dépendre l'utilisation de ses services du consentement à de nombreux traitements de données, cette subordination peut être illicite du point de vue de la protection des données, par exemple en cas d'enregistrement obligatoire.

En vertu du droit européen, il doit être aussi simple de retirer que de donner son consentement. Ce principe pourrait s'appliquer en Suisse aussi¹⁰⁴. Des pratiques telles que le piège à cafards, dans la mesure où elles sont utilisées en relation avec le consentement à un traitement de données, seraient alors contraires à la LPD (voir ch. 6.1.3.4).

6.1.3.2.3 Droits de la personne concernée

La LPD ménage différents droits à la personne concernée, qui lui permettent d'agir contre le responsable du traitement. Parmi ceux-ci figurent les dispositions concernant le droit d'accès (art. 25 ss LPD), le droit à la remise ou à la transmission des données personnelles (art. 28 s. LPD), le droit à l'effacement (art. 32, al. 2, let. c, LPD) et le droit de révoquer son consentement (art. 30, al. 2, let. b, LPD).

Les *dark patterns* peuvent aussi viser à rendre l'exercice de ces droits plus difficile. C'est notamment le cas du piège à cafards, qui empêche en tout ou partie de supprimer des données personnelles. Il en va de même de certaines formes de cadrage qui, en raison de leur conception, empêchent de trouver facilement les informations nécessaires à l'exercice des droits.

6.1.3.3 Conséquences juridiques d'une violation de la LPD

Si une violation de la LPD entraîne une atteinte à la personnalité, la personne concernée peut exiger l'interdiction d'un traitement déterminé de données, l'interdiction de la communication de données personnelles à des tiers ou l'effacement ou la destruction de données personnelles (art. 32 LPD, en relation avec les art. 28 ss du code civil [CC]¹⁰⁵). Toute personne peut en outre dénoncer au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) un comportement contraire à la protection des données (art. 49, al. 1, LPD). Le PFPDT peut en outre ouvrir d'office une procédure d'enquête administrative et rendre des décisions (art. 49 ss LPD). La personne concernée n'a rien à entreprendre. Le PFPDT ouvre d'office ou sur dénonciation une enquête contre un organe fédéral ou une personne privée si des indices suffisants font penser qu'un traitement de données pourrait être

¹⁰² Message du 19 février 2003 relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et à l'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, FF 2003 1915 1939 ; ATF 138 I 331, consid. 7.4.1

¹⁰³ SCHWEIKARD CHRISTINE/VASELLA DAVID, Datenschutzerklärung und AGB, digma 2020, p. 88 ss et 91 ; BSK DSG-BÜHLMANN/REINLE (nbp 93), art. 6, ch. 310 ; CR LPD-MEIER/TSCHUMY (nbp 98), art. 6, ch. 90

¹⁰⁴ CR LPD-MEIER/TSCHUMY (nbp 98), art. 6, ch. 77 ; FASNACHT (nbp 102), ch. 359

¹⁰⁵ [RS 210](#)

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

contraire à des dispositions de protection des données (art. 49, al. 1, LPD). Si la personne concernée est l'auteur de la dénonciation, le PFPDT l'informe des suites données à celle-ci et du résultat d'une éventuelle enquête (art. 49, al. 4, LPD).

La LPD révisée prévoit aussi des sanctions pénales. Celles-ci s'appliquent notamment aux violations des obligations d'informer, de renseigner et de collaborer (art. 60 LPD) et aux violations des devoirs de diligence lorsque des données sont communiquées à l'étranger, que le traitement de données est confié à un sous-traitant et que les prescriptions en matière de sécurité des données ne sont pas respectées (art. 61 LPD). Dans le contexte de l'utilisation des *dark patterns*, l'art. 60 LPD pourrait être pertinent, en particulier en cas de violation de l'obligation d'informer.

6.1.3.4 Conclusion

Le droit de la protection des données vise à protéger les données à caractère personnel. Lorsque des *dark patterns* sont utilisés pour inciter les personnes à divulguer plus de données qu'elles ne l'entendaient (par ex. dans le cas de paramètres par défaut à forte intensité de données) ou à consentir à des traitements de données non souhaités (par ex. au moyen du cadrage), les dispositions de la LPD pourraient être violées. Par contre, s'ils sont utilisés pour inciter l'utilisateur à conclure ou à prolonger un contrat sans qu'il le veuille, les moyens du droit de la protection des données ne permettent pas d'annuler le contrat¹⁰⁶. Les droits que le PFPDT exerce sont toutefois un avantage offert par la LPD en cas de violation de la protection des données. Le PFPDT peut intervenir, d'office ou sur dénonciation de la part de la personne concernée ou de tiers, contre les pratiques contraires à la protection des données. Il ne peut toutefois ouvrir une enquête que s'il dispose d'indices suffisants d'une violation de la protection des données : en raison de l'opacité qui caractérise les *dark patterns*, il est à craindre que le PFPDT ne soit informé que des cas les plus flagrants.

6.1.4 Droit des contrats

6.1.4.1 Conclusion du contrat

Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté (art. 1 CO). L'échange des déclarations de volonté prend généralement la forme de la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager¹⁰⁷. Les déclarations doivent être concordantes et les parties doivent s'être mises d'accord sur tous les points essentiels du contrat. Si les parties veulent effectivement la même chose, il y a accord de fait, même si elles se servent d'expressions ou de dénominations (objectivement) inexactes (principe de la priorité de la volonté subjective)¹⁰⁸. Le principe de la priorité de la volonté subjective est complété par le principe de la confiance, selon lequel une déclaration de volonté doit être interprétée de la manière dont elle peut raisonnablement être comprise¹⁰⁹. Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond

¹⁰⁶ MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (nbp 22), p. 59

¹⁰⁷ HUGUENIN (nbp 65), ch. 201

¹⁰⁸ HUGUENIN (nbp 65), ch. 245 ss ; BK OR-MÜLLER (nbp 65), art. 1, ch. 137 ss

¹⁰⁹ HUGUENIN (nbp 65), ch. 249 ; BK OR-MÜLLER (nbp 65), art. 1, ch. 148 ss

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

pas à sa volonté intime. Il y a alors un accord de droit. Si les déclarations de volonté objectives et subjectives ne concordent pas, il y a désaccord patent et le contrat n'est pas conclu.

L'utilisation de *dark patterns* donne généralement lieu à des déclarations de volonté concordantes. Les *dark patterns* peuvent influencer la formation et la déclaration de la volonté de l'utilisateur : ce problème doit être réglé à la lumière des dispositions concernant les vices de consentement (cf. ch. 6.1.4.4).

6.1.4.2 Caractère illicite ou contraire aux mœurs

En vertu du principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent déterminer librement l'objet du contrat, dans les limites de la loi. Le contrat est nul s'il déroge au droit en vigueur et est contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité (art. 19 et 20 CO). Le contrat entaché de ces vices est irrémédiablement nul dès le début (*ex tunc*) et ne peut donc déployer d'effets¹¹⁰.

L'illicéité peut porter sur l'objet, la conclusion ou le but du contrat, mais pas sur les circonstances de la formation de la volonté¹¹¹. Les *dark patterns* agissent généralement sur la formation de la volonté, il sera donc extrêmement rare qu'ils aient un effet sur la licéité de l'objet du contrat, selon toute vraisemblance. S'ils sont utilisés pour inciter l'utilisateur à conclure un contrat portant par exemple sur l'achat de médicaments interdits, l'illicéité du contrat n'est pas la conséquence de l'utilisation de *dark patterns*, mais de l'objet du contrat.

Un contrat est contraire aux mœurs s'il porte atteinte aux normes générales de bienséance (morale prédominante) ou aux principes et critères éthiques de l'ordre juridique¹¹². L'objet du contrat doit être contraire aux mœurs ; la doctrine et la pratique ont développé plusieurs cas de figure dans ce contexte. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral a toujours, à une exception près, examiné les cas de disproportion entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation à la lumière de l'art. 21 CO (lésion)¹¹³. Les contrats par lesquels une personne porte atteinte à sa personnalité en s'engageant excessivement sont aussi nuls (art. 19, al. 2, CO)¹¹⁴. Les *dark patterns* ne devraient toutefois être qualifiés de contraires aux mœurs que dans des cas particulièrement graves, par exemple lorsqu'ils incitent quelqu'un à conclure un contrat de très longue durée non résiliable.

6.1.4.3 Lésion

En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut résilier (partiellement) le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. L'inexpérience se définit par l'incapacité de la partie lésée d'évaluer la portée du contrat par manque de connaissance ; la personne lésée se conduit avec légèreté si elle ne fait pas preuve de la prudence et de la réflexion

¹¹⁰ BSK OR-I-HUGUENIN/MEISE (nbp 65), art. 19/20, ch. 53, avec d'autres références ; CR CO-GUILLOD OLIVIER/STEFFEN GABRIELLE, in : Code des obligations I, Commentaire romand, 3e éd., Bâle 2021, art. 19/20, ch. 94 ; BK OR-KRAMER (65), art. 19 à 22, ch. 308 ss

¹¹¹ Cf. ch. 3.1.4.4.

¹¹² ATF 136 III 474, consid. 3. ; CR CO-GUILLOD/STEFFEN (nbp **Error! Bookmark not defined.**), art. 19/20, ch. 68 ; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN nbp 65), art. 19/20, ch. 32 avec d'autres références

¹¹³ BK OR-KRAMER (nbp 65), art. 19 à 22, ch. 202 ss. ; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN (nbp 65), art. 19/20, ch. 32 avec d'autres références

¹¹⁴ BSK OR I-MEISE/HUGUENIN (nbp 65), art. 19/20, ch. 3 ss. ; BK OR-KRAMER (nbp 65), art. 19 à 22, ch. 224 ss ; CR CO-GUILLOD/STEFFEN (nbp **Error! Bookmark not defined.**), art. 19/20, ch. 72 ss

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

requis par l'acte¹¹⁵. Encore faut-il que les faiblesses de la personne lésée soient sciemment exploitées.

Dans le contexte des *dark patterns*, on peut supposer que la lésion est souvent due à l'inexpérience et à la légèreté, en particulier lorsque des pratiques telles que la ludification et le piège à cafards sont mises en œuvre : le prix payé par l'utilisateur est disproportionné par rapport à la prestation promise. La pratique relative à l'art. 21 CO est toutefois relativement stricte, il est donc probable que l'invocation de cette disposition n'aboutisse que dans des cas exceptionnels.

6.1.4.4 Contestation

Les contrats sont également réputés conclus lorsqu'ils reposent sur un accord de droit (cf. ch. 6.1.4.1). Ils peuvent toutefois être contestés dans certaines circonstances, notamment lorsque la partie concernée n'a pas pu former ou déclarer librement sa volonté¹¹⁶.

6.1.4.4.1 Dol

Un contrat peut être contesté en cas de dol (art. 28 CO). La tromperie peut résulter d'affirmations inexacts ou de la dissimulation de faits vrais. La dissimulation de faits vrais constitue un dol seulement lorsque celui qui les occulte a un devoir d'information¹¹⁷. Elle peut résulter de la bonne foi et est admise, par exemple, lorsqu'il existe une asymétrie de pouvoir ou d'information entre les parties en raison de leur position différente¹¹⁸.

Si les *dark patterns*, qui utilisent la tromperie, aboutissent à un contrat, la partie trompée peut contester le contrat et le faire invalider conformément à l'art. 28 CO. C'est notamment le cas des *dark patterns* qui contiennent des formulations ambiguës et des pratiques telles que le cadrage ou l'appât et la substitution¹¹⁹.

6.1.4.4.2 Erreur de déclaration

Il y a erreur de déclaration (art. 24, al. 1, ch. 1 à 3, CO) lorsque la déclaration de volonté du déclarant ne correspond pas à sa volonté intime réelle. Si la volonté intime du déclarant a été formée sans erreur, elle n'a toutefois pas été communiquée correctement. Le contrat peut être contesté si l'erreur de déclaration est une erreur essentielle. Il convient de distinguer entre une erreur dans l'acte de déclaration et une erreur portant sur l'objet de la déclaration. La loi énumère différents cas dans lesquels le caractère essentiel est présumé. Il y a erreur de déclaration notamment lorsque le contrat voulu doit être qualifié, dans son contenu global, de substantiellement différent du contrat conclu (art. 24, al. 1, ch. 1, CO), y compris lorsque la personne n'entendait pas faire de déclaration¹²⁰. Dans le contexte des

¹¹⁵ BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, art. 21, ch. 12 s. ; HUGUENIN (nbp 65), ch. 450 ; CR CO-SCHMIDLIN/CAMPI (nbp **Error! Bookmark not defined.**), art. 21, ch. 11

¹¹⁶ HUGUENIN (nbp 65), ch. 445

¹¹⁷ BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (nbp 65), art. 28, ch. 8 ; BK OR-SCHMIDLIN (nbp 64), art. 23 à 31, ch. 28 ss

¹¹⁸ HUGUENIN (nbp 65), ch. 534 ; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (nbp 65), art. 8, ch. 9

¹¹⁹ Cf. aussi KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 35.

¹²⁰ BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (nbp 65), art. 24, ch.10

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

dark patterns, l'erreur de déclaration peut résulter de pratiques d'appât et de substitution, de cas particuliers de formulations induisant en erreur et de mises en évidence graphiques. En cas d'erreur de déclaration, la partie qui était dans l'erreur peut faire invalider le contrat (art. 23 CO).

6.1.4.4.3 Erreur de base (art. 24, al. 1, ch. 4, CO)

Une erreur dans la formation de la volonté n'entraîne pas l'annulabilité d'un contrat (simple erreur sur les motifs, art. 24, al. 2, CO), sauf si elle porte sur un fondement nécessaire du contrat : il s'agit alors d'une erreur essentielle (art. 24, al. 1, ch. 4, CO). L'erreur doit être essentielle des points de vue subjectif et objectif : celui qui se prévaut de son erreur doit s'être trompé sur un fait déterminé touchant, pour lui, à la base nécessaire du contrat (*conditio sine qua non*) (point de vue subjectif), qu'il pouvait considérer comme la base nécessaire du contrat en vertu du principe de la bonne foi en affaires (point de vue objectif)¹²¹.

La possibilité qu'une erreur essentielle soit due à l'utilisation de *dark patterns* doit être examinée au cas par cas. L'erreur de base peut, dans certaines circonstances, résulter de formulations induisant en erreur ou de certaines formes de mise en évidence graphique. La partie qui s'est trompée peut faire valoir que le contrat ne l'oblige pas (art. 23 CO).

6.1.4.5 Culpa in contrahendo

Avant même de conclure un contrat, les parties ont des obligations l'une envers l'autre. La violation d'une de ces obligations précontractuelles ou d'une autre obligation en relation avec le contrat, peut, exceptionnellement donner droit à des dommages-intérêts (*culpa in contrahendo*). Parmi les obligations susceptibles d'être violées figurent le devoir de négocier sérieusement, le devoir d'information, le devoir de considération et le devoir de protection des biens qui ne font pas partie du contrat¹²². Dans le contexte des *dark patterns*, la violation de l'obligation d'information ou de l'obligation de considération entre notamment en ligne de compte. Bien que les parties doivent en principe se procurer elles-mêmes les informations pertinentes, la partie qui a connaissance d'une erreur est tenue d'en informer l'autre partie. Il en découle une interdiction générale de la tromperie¹²³.

Si un dommage survient en raison de la violation d'une obligation précontractuelle, l'auteur, c'est-à-dire le fournisseur, doit réparer le dommage. La question de savoir si la résiliation du contrat peut également être exigée est controversée, mais la tendance est de rejeter cette possibilité¹²⁴.

6.1.4.6 Droit de révocation

Le droit suisse prévoit un droit de révocation en matière de démarchage à domicile ou de contrats semblables aux art 40a ss CO. Dans les cas où le consommateur risque typiquement d'être pris au

¹²¹ HUGUENIN (nbp 65), ch 511 ; CR CO-SCHMIDLIN/CAMPI (nbp 11 **Error! Bookmark not defined.**), art. 23/24 ch. 40, 44 ; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOLAKIS (nbp. 65), art. 24, ch 20 ss

¹²² HUGUENIN (nbp 65), ch. 1540 ss; LEHMANN PETER/HONSELL HEINRICH in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (éd.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 7^e éd., Bâle 2022, art. 2, ch. 17

¹²³ HUGUENIN (nbp 65), ch. 1544

¹²⁴ HUGUENIN (nbp 65), ch. 1562 ; autre avis SCHWENZER, INGEBORG/[FOUNTOLAKIS CHRISTIANA](#), Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8^e éd., Berne 2020., ch 47.14, pour le droit allemand : KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 36

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

dépourvu, il dispose d'un délai de réflexion de 14 jours pour révoquer le contrat (art. 40e CO). Le champ d'application matériel est réglé à l'art. 40b CO ; il comprend les offres faites à l'acquéreur à son lieu de travail, dans des locaux d'habitation ou dans leurs alentours immédiats, et dans les transports publics ou sur la voie publique. Sont également couvertes les offres faites lors d'une manifestation publicitaire liée à une excursion ou à une occasion de même genre, par téléphone ou par un moyen semblable de télécommunication vocale instantanée. Les caractéristiques essentielles du « démarchage à domicile » sont l'oralité et la simultanéité. La disposition exclut les offres qui ont été faites par écrit¹²⁵. Il serait possible d'étendre le droit de révocation aux transactions en ligne (cf. ch. 6.3.2).

De lege lata, le droit de révocation ne s'applique pas aux contrats conclus à distance ou via Internet. Le Parlement a rejeté à plusieurs reprises l'extension du droit de révocation au commerce à distance au cours des dernières années. La possibilité de créer un droit de révocation général pour les contrats conclus à distance a été longuement discutée dans le contexte de l'initiative parlementaire 06.441 Bonhôte « Pour une protection du consommateur contre les abus du démarchage téléphonique » ; le Parlement a en outre délibérément renoncé à prévoir un droit de révocation pour le commerce en ligne en 2014¹²⁶. Par ailleurs, la motion 22.3476 Masshardt « Droit de révocation des contrats commerciaux conclus en ligne » a été rejetée récemment¹²⁷.

6.1.4.7 Application des règles relatives aux conditions générales (CG)

Les *dark patterns* sont, dans une certaine mesure, comparables aux clauses ambiguës des conditions générales. Les CG sont aussi préformulées par une partie pour un grand nombre de contrats : la partie qui formule les CG fixe unilatéralement les droits et obligations, ce qui peut être problématique si la partie la plus faible n'a pas d'autre choix que les accepter. La doctrine et la jurisprudence ont développé différents niveaux de contrôle des CG pour éviter ce risque en préservant l'autonomie des parties. Les contrôles portent principalement sur l'accord (contrôle de la validité) et sur l'interprétation (contrôle du contenu)¹²⁸. Pour que les CG deviennent partie du contrat et qu'elles soient valides, celui qui s'en prévaut doit informer l'autre partie qu'elles font partie intégrante du contrat et l'autre partie doit pouvoir en prendre connaissance d'une manière acceptable¹²⁹. Selon la règle de l'insolite, les clauses avec lesquelles le cocontractant n'avait pas compté et ne devait pas compter au moment de la conclusion du contrat, parce qu'elles sont inhabituelles, ne s'appliquent pas, à moins que son attention n'ait été expressément attirée sur ces clauses¹³⁰. La règle de l'ambiguïté s'applique à l'interprétation : les clauses ambiguës sont interprétées en défaveur de leur auteur (*in dubio contra stipulatorem*)¹³¹.

Un contrôle ouvert du contenu n'est possible que pour les contrats conclus avec des consommateurs. En vertu de l'art. 8 LCD, les dispositions contractuelles qui, en contradiction avec les règles de la bonne

¹²⁵ BSK OR I-KOLLER-TUMLER (nbp. 65), art. 40b, ch. 8 s. ; CR CO-STAUDER (nbp 111), art. 40b, ch. 3

¹²⁶ Cf. rapport du 14 novembre 2013 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, FF **2014** 893 et 923 (Code des obligations [Révision du droit de révocation], projet), vote final FF **2015** 4409, RO **2015** 4107

¹²⁷ BO **2023** N 1164

¹²⁸ HUGUENIN (nbp 65), ch. 612c

¹²⁹ HUGUENIN (nbp 65), ch. 614 ss; CR CO-MORIN (nbp 111), art. 1, ch. 171

¹³⁰ HUGUENIN (nbp 65), ch. 619 ; CR CO-MORIN (nbp 111), art. 1, ch. 177 ; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT (nbp 65), art. 1, ch. 60

¹³¹ HUGUENIN (nbp 65), ch. 629 ; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT (nbp 65), art. 1, ch. 59; ATF 124 III 155, consid. 1

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat sont nulles.

Les règles relatives aux conditions générales ne sont applicables qu’aux « dispositions contractuelles ». Les formes de *dark patterns* décrites ici ne sont pas des clauses contractuelles spécifiques, mais affectent plutôt les circonstances de la conclusion du contrat. Les règles relatives aux CG ne sont donc pas applicables aux *dark patterns* (cf. ch. 6.3.2.6).

6.1.4.8 Conclusion

Si l'utilisation de *dark patterns* conduit à la conclusion non souhaitée d'un contrat ou d'un contrat dont le contenu n'est pas voulu, le contrat peut parfois être contesté. En règle générale, ce n'est toutefois le cas que lorsque les *dark patterns* induisent en erreur ou trompent. S'ils mettent œuvre d'autres moyens pour inciter une personne à conclure un contrat et à le maintenir, le contrat ne peut pas être contesté. Les dispositions relatives à la révocation des contrats et les règles de contrôle relatives aux CG ne sont pas applicables aux *dark patterns*. Même lorsque le droit des contrats permet d'agir, les moyens disponibles sont peu efficaces, notamment parce que le fournisseur est souvent à l'étranger et qu'il est difficile à contacter (adresse difficile à trouver, langue étrangère, etc.) et que les montants en jeu sont souvent trop faibles pour justifier l'effort nécessaire à leur récupération.

6.1.5 Vue d'ensemble

Le tableau ci-après répertorie différents types de *dark patterns*, sans prétendre à l'exhaustivité, les dispositions qu'ils pourraient enfreindre et les conséquences juridiques de ces infractions. Il appartiendra au tribunal saisi de juger en l'espèce, si l'utilisation de *dark patterns* (par ex. paramètres par défaut) viole effectivement les dispositions mentionnées (par ex. art. 6 et 7 LPD).

	Dispositions	Conséquences juridiques
Paramètres par défaut	Art. 6 LPD : violation des principes de la bonne foi de la proportionnalité, et de la finalité, par ex. absence de consentement, Art. 7 LPD : inobservation de la protection des données dès la conception et par défaut Art. 19 LPD : inobservation du devoir d'informer	Art. 32 LPD en relation avec les art. 28a et 28g à 28i CC : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et indemnité pour tort moral Art. 49 LPD : ouverture d'une enquête par le PFPDT, par ex. sur dénonciation
Mises en évidence graphiques	Art. 3, al. 1, let. b, LCD : induction en erreur Art. 7 LPD : inobservation de la protection des données dès la conception	Art. 9 LCD : actions en cessation, en suppression et en constatation, dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 23 LCD : plainte

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

	Art. 6 LPD : violation des principes de la bonne foi de la proportionnalité, et de la finalité, par ex. absence de consentement Art. 19 LPD : inobservation du devoir d'informer Art. 28 CO : dol Art. 24, al. 1, ch. 1 et 4, CO : erreur de déclaration et erreur de base	Art. 32 LPD en relation avec les art. 28a et 28g à 28/ CC : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et indemnité pour tort moral Art. 49 LPD : ouverture d'une enquête par le PFPDT, par ex. sur dénonciation Art. 60 LPD : plainte (violation intentionnelle) art. 28 CO : contestation du contrat Art. 24, al. 1, ch. 1, en relation avec l'art. 31 CO : contestation du contrat
Formulations ambiguës	Art. 3, al. 1, let. b, LCD : induction en erreur Art. 3, al. 1, let. b, LCD : inobservation des obligations d'informer Art. 6 LPD : violation des principes de la bonne foi de la proportionnalité, et de la finalité, par ex., absence de consentement Art. 19 LPD : inobservation du devoir d'informer Art. 28 CO : dol Art. 24, al. 1, ch. 1, CO : erreur de déclaration	Art. 9 LCD : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 23 LCD : plainte Art. 32 LPD en relation avec les art. 28a et 28g à 28/ CC : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et indemnité pour tort moral Art. 49 LPD : enquête du PFPDT, éventuellement sur dénonciation Art. 60 LPD : plainte (violation intentionnelle) Art. 28 CO : contestation du contrat Art. 24, al. 1, ch. 1 à 4, en relation avec l'art. 31 CO : contestation du contrat
Appât et substitution	Art. 3, al. 1, let. b, LCD : induction en erreur sur les marchandises, les prestations, les prix, etc.	Art. 9 LCD : actions en cessation, en suppression et en constatation, par. ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 23 LCD : plainte

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

	Art. 6 LPD : violation des principes de la bonne foi et de la transparence, absence de consentement Art. 19 LPD : inobservation du devoir d'informer Art. 28 CO : dol Art. 24, al. 1, ch. 1 et 4, CO : erreur de base	Action en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages et intérêts et réparation du tort moral Art. 49 LPD : ouverture d'une enquête par le PFPDT, par ex. sur dénonciation Art. 28 CO : contestation du contrat Art. 60 LPD : plainte (violation intentionnelle) Art. 24, al. 1, ch. 1, en relation avec l'art. 31 CO : contestation du contrat
Publicités déguisées	Art. 3, al. 1, let. b, LCD : induction en erreur sur le caractère (commercial) du contenu Art. 2 LCD : violation du principe de séparation ; violation du principe de la bonne foi dans les affaires Art. 28 CO : dol Art. 24, al. 1, ch. 4, CO : erreur de base	Art. 9 LCD : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 23 LCD : plainte (uniquement en relation avec les faits mentionnés à l'art. 3, al. 1, let. b, LCD) Art. 28 CO : contestation du contrat Art. 24, al. 1, ch. 4, en relation avec l'art. 31 CO : contestation du contrat
Preuve sociale	Art. 3, al. 1, let. b, LCD : induction en erreur concernant les œuvres et les prestations Art. 28 CO : dol Art. 24, al. 1, ch. 4, CO : erreur de base	Art. 9 LCD : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 23 LCD : plainte Art. 28 CO : contestation du contrat Art. 24, al. 1, ch. 1, en relation avec l'art. 31 CO : contestation du contrat
Coûts cachés	Art. 3, al. 1, let. c, LCD : induction en erreur concernant les prix	Art. 9 LCD : actions en cessation, en suppression et en constatation,

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

	Art. 3, al. 1, let. s, LCD : inobservation des obligations d'informer Art. 28 CO : dol Art. 24, al. 1, ch. 4, CO : erreur de base	par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 23 LCD : plainte Art. 28 CO : contestation du contrat Art. 24, al. 1, ch. 4, en relation avec l'art. 31 CO : contestation du contrat
Impossibilité de comparer les prix	Art. 3, al. 1, let. b, LCD : induction en erreur sur les prix Art. 16 LCD / OIP : violation de l'obligation d'indiquer les prix Art. 28 CO : dol Art. 24, al. 1, ch. 1, CO : erreur de base	Art. 9 LCD : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 23 et 24 LCD : plainte OIP : exécution par les polices cantonales du commerce (art. 20, al. 1, LCD) Art. 28 CO : contestation du contrat Art. 24, al. 1, ch. 4, en relation avec l'art. 31 CO : contestation du contrat
Compte à rebours	Art. 3, al. 1, let. b, LCD : induction en erreur sur les quantités disponibles Art. 3, al. 1, let. h LCD : méthodes de vente particulièrement agressives Art. 28 CO : dol Art. 24, al. 1, ch. 1, CO : erreur de base	Art. 9 LCD : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 23 LCD : plainte Art. 28 CO : contestation du contrat Art. 24, al. 1, ch. 4, en relation avec l'art. 31 CO : contestation du contrat
Piège à cafards	Art. 2 LCD : influence illicite sur les clients Art. 6 LCD : violation des principes de la bonne foi et de la transparence Art. 19 LPD : inobservation du devoir d'informer Entrave à l'exercice des droits de la personne concernée (par ex.	Art. 9 LCD : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 32 LCD en relation avec les art. 28a et 28g à 28/ CC : actions en cessation, en suppression et en

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

	opposition au traitement des données, art. 30, al. 2, LPD)	constatation, par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 49 LCD : ouverture d'une enquête par le PFPDT, par ex. sur dénonciation Art. 60 LPD : plainte (violation intentionnelle)
Harcèlement	Art. 3, al. 1, let. h, LCD : méthodes de vente particulièrement agressives Art. 2 LCD : influence illicite sur les clients (pression) Art. 6 LPD : violation du principe de la bonne foi, notamment absence de consentement Art. 7 LPD : inobservation de la protection des données dès la conception et par défaut Art. 19 LPD : inobservation du devoir d'informer	Art. 9 LCD : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 23 LCD : plainte (uniquement en relation avec les faits mentionnés à l'art. 3, al. 1, let. b, LCD) Art. 32 LCD en relation avec les art. 28a et 28g à 28i CC : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 49 LPD : ouverture d'une enquête par le PFPDT, par ex. sur dénonciation Art. 60 LPD : plainte (violation intentionnelle)
Achat surprise	Art. 3, al. 1, let. b, LCD : induction en erreur sur les œuvres, les prestations et les prix Art. 3, al. 1, let. s, LCD : inobservation des obligations d'informer Art. 28 CO : dol Art. 24, al. 1, ch. 4, CO : erreur de base	Art. 9 LCD : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 23 LCD : plainte Art. 28 CO : contestation du contrat Art. 24, al. 1, ch. 4, en relation avec l'art. 31 CO : contestation du contrat

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

Conclusion ou prolongation de contrat non souhaitée, inscription forcée	Art. 3, al. 1, let. h, LCD : méthodes de vente particulièrement agressives Art. 2 LCD : influence illicite sur les clients (pression) Art. 6 LPD : violation des principes de la bonne foi et de la proportionnalité, par ex., absence de consentement Entrave à l'exercice des droits de la personne concernée (par ex. opposition au traitement des données, art. 30, al. 2, LPD)	Art. 9 LCD : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 23 LCD : plainte (uniquement en relation avec les faits mentionnés à l'art. 3, al. 1, let. h, LCD) Art. 32 LCD en relation avec les art. 28a et 28g à 28/ CC : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 49 LPD : ouverture d'une enquête par le PFPDT, par ex. sur dénonciation
Culpabilisation	Art. 3, al. 1, let. h, LCD : méthodes de vente particulièrement agressives Art. 2 LCD : influence illicite sur les clients (pression) Art. 6 LPD : violation des principes de la bonne foi et de la transparence, par ex., absence de consentement Entrave à l'exercice des droits de la personne concernée (par ex. opposition au traitement des données, art. 30, al. 2, LPD)	Art. 9 LCD : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral Art. 23 LCD : plainte (uniquement en relation avec les faits mentionnés à l'art. 3, al. 1, let. h, LCD) Art. 32 LPD en relation avec les art. 28a et 28g à 28/ CC : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et indemnité pour tort moral Art. 49 LPD : ouverture d'une enquête par le PFPDT, par ex. sur dénonciation
Ludification	Art. 2 LCD : influence illicite sur les clients (pression)	Art. 9 LCD : actions en cessation, en suppression et en constatation, par ex. ; dommages-intérêts et réparation du tort moral

6.2 Effets sur les consommateurs suisses

La diffusion et l'impact éventuel des *dark patterns* n'ont fait l'objet que de peu de recherches jusqu'ici (cf. ch. 6.1.2)¹³². La FRC et Public Eye ont mené une analyse spécifique pour la Suisse portant sur l'utilisation de *dark patterns* par les boutiques About You, Aliexpress, Allylikes, Amazon, Asos, Bonprix, Galaxus, Globus, H&M, La Redoute, Manor, Shein, Wish, Zalando et Zara¹³³. L'enquête a révélé que toutes les plateformes analysées y ont recours, à des degrés variés. Les plateformes chinoises, suivies par Amazon (États-Unis) et La Redoute (France) sont les plus grands utilisateurs d'interfaces truquées. Les pendants en ligne des chaînes de magasins physiques telles que Zara, Globus ou Manor semblent avoir moins recours à ces différentes pratiques manipulatoires.

L'inscription forcée figure parmi les *dark patterns* les plus utilisés. Les pièges à cafards sont aussi courants. Alors que l'inscription se fait généralement facilement, supprimer un compte s'est avéré difficile voire impossible sur la version mobile du site Internet de nombreuses boutiques. Beaucoup d'entre elles recourent à des pratiques opaques, telles que l'enregistrement de cookies sur les smartphones ou les ordinateurs des utilisateurs à leur insu.

Un rapport de l'UE de 2022¹³⁴ a révélé que près de 97 % des sites Internet et des applications les plus utilisés recourent à des *dark patterns* (cf. ch. 4.3). Les plus fréquents sont les paramètres par défaut, le harcèlement, les pièges à cafards et les procédures de désinscription tortueuses. Le choix des cookies est un exemple typique de manipulation, presque toujours associée à d'autres pratiques, ce qui est caractéristique des *dark patterns*¹³⁵. Le rapport n'a pas révélé de différences entre les États membres en ce qui concerne les pratiques utilisées¹³⁶.

6.3 Solutions possibles

6.3.1 Règles de l'UE

6.3.1.1 Situation juridique actuelle

Les *dark patterns* en tant que pratiques manipulatoires font déjà l'objet de réglementations dans l'UE : la directive sur les pratiques commerciales déloyales (DPCD)¹³⁷ interdit les pratiques commerciales trompeuses et agressives (art. 6 et 8 DPCD). La Commission européenne a également publié en

¹³² Cf. par ex. les études. MATHUR ET AL., (nbp 20) et LUGURI/STRAHILEVITZ (nbp 34).

¹³³ L'étude est disponible à l'adresse www.frc.ch > Enquête mode en ligne « *Dark patterns*: quand les interfaces web nous manipulent » (nbp 9)

¹³⁴ Étude UE (nbp 10), p. 120

¹³⁵ Étude UE (nbp 10), p. 120

¹³⁶ Étude UE (nbp 10), p. 120

¹³⁷ 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, JO L 304 du 22.11.2011, p. 64

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

décembre 2021 une communication concernant l'interprétation et l'application de la DCPD, qui consacre un chapitre (ch. 4.2.7) aux « Pratiques fondées sur les données et interfaces truquées »¹³⁸. L'art. 22 de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs prévoit en outre une interdiction ponctuelle des paramètres par défaut si le consentement a été déduit au moyen de ces paramètres.

Le RGPD¹³⁹ contient également des dispositions applicables aux *dark patterns*, telles que l'interdiction des paramètres par défaut non respectueux de la vie privée (art. 25, par. 2, RGPD). Pour compléter la réglementation, le Comité européen de la protection des données (EBPD) a publié des lignes directrices sur l'utilisation des *dark patterns* dans les médias sociaux, qui présentent différentes pratiques et formulent des bonnes pratiques à l'intention des fournisseurs (cf. annexe des lignes directrices)¹⁴⁰.

Le règlement (UE) 2022/1925 (règlement sur les marchés numériques)¹⁴¹ contient des prescriptions sur la conception des interfaces. Il s'applique aux « contrôleurs d'accès » c'est-à-dire aux entreprises fournissant des services de plateforme essentiels qui ont un poids important sur le marché intérieur et qui jouissent d'une position solide et durable, dans leurs activités, ou jouiront, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche (art. 2 et 3 de la directive). Il est notamment interdit aux contrôleurs d'accès de réitérer leur demande de consentement pour la même finalité (harcèlement ; art. 5, par. 2, de la directive). Les utilisateurs doivent en outre pouvoir décider de manière autonome et par le biais d'options de sélection présentées de manière neutre s'ils souhaitent utiliser le service (art. 13, par. 6, de la directive).

Le règlement (UE) 2022/2065 (règlement sur les services numériques)¹⁴² interdit aux fournisseurs de plateformes en ligne de recourir à des interfaces trompeuses¹⁴³. Ils ne doivent pas concevoir, organiser ni exploiter leurs interfaces en ligne de façon à tromper ou à manipuler les destinataires de leur service ou de toute autre façon propre à altérer ou à entraver substantiellement la capacité des destinataires de leur service à prendre des décisions libres et éclairées (art. 25, par. 2, du règlement). Le respect de ces prescriptions dépend dans une large mesure des sanctions prévues en cas d'infraction. Or, il appartient aux États membres de régler les conséquences des infractions au règlement sur les services numériques, aussi les sanctions peuvent-elles varier.

¹³⁸ (Communication de la Commission — Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526 du 29.12.2021, p. 1

¹³⁹ 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 (règlement général sur la protection des données), JO L 119 du 4.5.2016, p. 1

¹⁴⁰ Cf. nbp 18.

¹⁴¹ Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques), JO. L 265 du 12.10.2022, p. 1

¹⁴² Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), JO L 277 du 27.10.2022, p. 1

¹⁴³ Pour la définition des plateformes concernées, cf. aussi <https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/policies/dsa-vlops> et https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act_fr

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

L'UE a également adopté un règlement concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données (règlement sur les données)¹⁴⁴. Il vise à faciliter l'accès aux données et leur utilisation. Aux termes du règlement, ni les tiers ni les détenteurs de données ne devraient rendre indûment difficile pour l'utilisateur le fait d'effectuer des choix ou d'exercer des droits, notamment en proposant des choix à l'utilisateur d'une manière qui n'est pas neutre, ou en contraignant, trompant ou manipulant l'utilisateur, ou en réduisant ou en compromettant l'autonomie, la prise de décision ou les choix de l'utilisateur, y compris au moyen d'une interface numérique utilisateur ou d'une partie de celle-ci. En vertu du consid. 38, il est interdit d'utiliser des *dark patterns* dans la conception des interfaces.

6.3.1.2 Règlementation prévue

Le règlement sur l'intelligence artificielle (IA)¹⁴⁵ contient lui aussi une disposition susceptible de s'appliquer aux *dark patterns*. Il ne s'applique toutefois que si les *dark patterns* reposent sur l'utilisation d'un système d'IA. Les pratiques en matière d'IA suivantes sont interdites : la mise sur le marché, la mise en service ou l'utilisation d'un système d'IA qui a recours à des techniques subliminales, au-dessous du seuil de conscience d'une personne, ou à des techniques délibérément manipulatrices ou trompeuses, avec pour objectif ou effet d'altérer substantiellement le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes en portant considérablement atteinte à leur capacité à prendre une décision éclairée, amenant ainsi la personne à prendre une décision qu'elle n'aurait pas prise autrement, d'une manière qui cause ou est raisonnablement susceptible de causer un préjudice important à cette personne, à une autre personne ou à un groupe de personnes (art. 5, par. 1, let. a). Est également interdite la mise sur le marché, la mise en service ou l'utilisation d'un système d'IA qui exploite les éventuelles vulnérabilités dues à l'âge, au handicap ou à la situation sociale ou économique spécifique d'une personne physique ou d'un groupe de personnes donné avec pour objectif ou effet d'altérer substantiellement le comportement de cette personne ou d'un membre de ce groupe d'une manière qui cause ou est raisonnablement susceptible de causer un préjudice important à cette personne ou à un tiers (art. 5, par. 1, let. b)¹⁴⁶. Le règlement sur l'IA prévoit au surplus des obligations de transparence pour les fournisseurs de certains systèmes d'IA, lesquels doivent veiller à ce que les systèmes d'IA destinés à interagir directement avec des personnes physiques soient conçus et développés de manière à ce que les personnes physiques concernées soient informées qu'elles interagissent avec un système d'IA, sauf si cela ressort clairement du point de vue d'une personne physique normalement informée et raisonnablement attentive et avisée, compte tenu des circonstances et du contexte d'utilisation (art. 52 du règlement).

¹⁴⁴ Règlement (UE) 2023/2854 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2023 concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données et modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive (UE) 2020/1828 (règlement sur les données), JO L, 2023/2854, 22.12.2023

¹⁴⁵ Règlement établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant les règlements (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 et (UE) 2019/2144 et les directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 et (UE) 2020/1828 (règlement sur l'intelligence artificielle. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-24-2024-INIT/fr/pdf>

¹⁴⁶ EU Study (nbp 10), 83 ; GERTZ/MARTINI/SEELIGER/TIMKO (nbp 22), 2.

6.3.2 Solutions envisageables en Suisse

Le droit suisse prévoit un certain nombre de dispositions qui permettent d'agir contre les *dark patterns*. Les dispositions en vigueur ne permettent toutefois pas de régler le problème de manière exhaustive, et leur application, en particulier, présente parfois des difficultés. Les possibilités d'adaptation ou d'extension du droit en vigueur présentées ci-après seraient envisageables pour agir de manière relativement complète contre les *dark patterns*.

6.3.2.1 Adaptation du droit d'intenter action de la Confédération (modification de l'art. 10, al. 3, LCD)

6.3.2.1.1 Proposition

En vertu du droit en vigueur, la Confédération, représentée par le SECO, peut intenter action contre les pratiques déloyales, si elle le juge nécessaire à la protection de l'intérêt public (art. 10, al. 3, LCD). Il ressort du texte de la loi que la Confédération évalue si une action est nécessaire. Le Tribunal fédéral a lui aussi maintenu jusqu'ici que, selon la doctrine et la jurisprudence unanimes, la Confédération disposait d'une large marge d'appréciation¹⁴⁷. Dans un arrêt récent, il a toutefois nié la légitimation active de la Confédération en relation avec une plateforme de vente sur Internet. Selon cet arrêt, le SECO n'a qualité pour agir que s'il reçoit un certain nombre de plaintes, même si une pratique commerciale déloyale touche un grand nombre de personnes dans le monde. Il conviendrait donc d'examiner de manière plus approfondie la nécessité d'adapter le droit d'intenter action de la Confédération (art. 10, al. 3, LCD) afin d'améliorer globalement l'application de la LCD, ce qui faciliterait également une action contre les *dark patterns*.

Il faudrait notamment examiner si la qualité pour agir de la Confédération ne devrait pas exister indépendamment du nombre de plaintes, si des intérêts collectifs ou plusieurs personnes sont concernés. En cas d'infraction aux prescriptions de la LCD, l'action de la Confédération ne se heurterait plus à l'absence de qualité pour agir du SECO et les prescriptions de droit matériel en vigueur pourraient être appliquées plus efficacement.

6.3.2.1.2 Avantages

L'adaptation du droit d'intenter action de la Confédération présente l'avantage que la modification du seul art. 10, al. 3, LCD permettrait à la Confédération d'agir plus efficacement contre les pratiques déloyales des *dark patterns*. Le renforcement de la qualité pour agir de la Confédération ne limiterait pas ses effets aux *dark patterns*, mais améliorerait globalement la lutte contre la concurrence déloyale, notamment au bénéfice des entreprises qui respectent la LCD. Le problème de la valeur litigieuse trop faible pour justifier une procédure serait relativisé.

Les plaintes de la Confédération attirent l'attention du public ; elles servent donc aussi à informer les utilisateurs. Lorsqu'elles aboutissent, elles ne profitent pas qu'à la personne concernée, mais à

¹⁴⁷

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_106/2009 du 1^{er} octobre 2009, consid. 7.1, en relation avec l'ancien art. 10, al. 3, let. a, LCD

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

l'ensemble des entreprises qui se conforment à la loi. Cette approche garantirait au surplus le fonctionnement de la concurrence.

6.3.2.1.3 Inconvénients

Les conditions de la qualité pour agir de la Confédération pourraient être adaptées par une modification de la pratique du Tribunal fédéral ou de la loi. Il se pourrait également que les tribunaux adaptent leur jurisprudence aux connaissances acquises à l'étranger, d'autant plus que la restriction de la qualité d'agir ne fait pas l'unanimité dans la doctrine. Une modification, chronophage, de l'art. 10, al. 3, LCD n'aurait alors plus de sens.

Aucun autre inconvénient n'a été identifié. Dans sa réponse du 16 août 2023 au postulat 23.3598 Müller-Altarmatt, le Conseil fédéral a indiqué qu'il approfondirait la question dans le rapport en exécution du postulat.

6.3.2.2 Création d'une disposition spéciale dans la LCD

6.3.2.2.1 Proposition

Il serait envisageable de créer une disposition spéciale dans la LCD visant directement l'utilisation de *dark patterns*. Elle pourrait s'appuyer sur la formulation du règlement de l'UE sur les services numériques, à la différence que la disposition de la LCD s'appliquerait à tous les fournisseurs. Le règlement de l'UE ne s'applique qu'aux fournisseurs de services intermédiaires, ceux qui ne fournissent que des services en ligne ne sont pas visés (art. 2, par. 2, du règlement).

6.3.2.2.2 Avantages

Cette solution présenterait l'avantage de couvrir tous les *dark patterns* connus à ce jour dans une seule disposition. Elle donnerait vraisemblablement un signal important concernant l'utilisation des *dark patterns*. Par rapport à l'extension du droit de révocation, cette mesure présenterait l'avantage de pouvoir couvrir des faits dont il n'est pas prouvé en l'espèce qu'ils ont conduit à la conclusion d'un contrat. La punissabilité potentielle présente aussi un avantage non négligeable, car elle a souvent un effet dissuasif.

6.3.2.2.3 Inconvénients

Comme nous l'avons vu, les faits constitutifs spéciaux et la clause générale de la LCD permettent déjà d'agir contre la plupart des *dark patterns*. Une nouvelle infraction à la LCD entraînerait des chevauchements et des problèmes de délimitation avec les infractions déjà couvertes par la LCD. Une disposition spéciale serait par ailleurs prématurée: il convient d'attendre les résultats et les développements dans l'UE et d'analyser leur impact sur la Suisse, d'autant plus que le champ d'application est bien plus réduit en Suisse que dans l'UE.

Une disposition spéciale ne résoudrait pas le problème, puisqu'il se situe au niveau de l'application du droit plutôt qu'au niveau du droit matériel. Par ailleurs, certains doutent que les pratiques qui ne sont

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

pas couvertes par la LCD soient effectivement problématiques au point de nécessiter une réglementation.

Il est excessivement difficile de cerner précisément les *dark patterns* puisqu'ils évoluent sans cesse : une formulation précise aujourd'hui risquerait donc d'être obsolète demain. La formulation de la disposition ne pourrait être qu'extrêmement générale, ce qui s'oppose à la sécurité du droit et au principe de précision des normes pénales (*nulla poena sine lege*).

Enfin, dans le contexte des *dark patterns*, les autorités pénales suisses se heurtent essentiellement à un problème d'exécution puisque les auteurs inconnus sont souvent à l'étranger et qu'il est impossible de prouver l'intention des sociétés de recouvrement impliquées en Suisse. La création d'une nouvelle disposition dans la LCD ne résoudrait pas les problèmes d'exécution mentionnés.

6.3.2.3 Extension du droit de révocation

6.3.2.3.1 Proposition

Le champ d'application du droit de révocation prévu par le CO pourrait être étendu à tous les contrats conclus à distance (cf. ch. 6.1.4.6). Mais il serait également possible de limiter l'extension aux *dark patterns* en subordonnant la révocation à l'utilisation d'interfaces manipulatrices lors de la conclusion du contrat. Cette option serait toutefois plus difficile à formuler et à appliquer qu'une extension du droit de révocation à tous les contrats conclus à distance. Il serait indiqué de compléter le droit en vigueur par des exceptions, en particulier pour les produits périssables ou fabriqués sur commande, car le fournisseur ne peut plus les utiliser si la commande est révoquée¹⁴⁸. Cette approche permettrait d'équilibrer les intérêts des fournisseurs et du consommateur. Lorsque le paiement a été effectué à l'étranger, le remboursement peut se révéler difficile.

6.3.2.3.2 Avantages

L'extension du droit de révocation permettrait à l'utilisateur d'annuler un contrat conclu à cause de l'utilisation de *dark patterns*, simplement et sans autre condition. Elle pourrait s'intégrer dans le droit en vigueur, d'autant plus que celui-ci repose également sur l'idée de protéger le consommateur, pris de court et bousculé dans sa décision, contre la conclusion de contrats irréfléchis et non souhaités.

Le droit de révocation pourrait être prévu pour tous les contrats conclus à distance ou seulement pour ceux qui sont la conséquence de *dark patterns* : si le droit de révocation était général, les difficultés liées à l'appréciation du degré d'influence admissible, par exemple dans le cas du cadrage, seraient évitées.

Cette solution permettrait également de pallier le manque d'informations de l'utilisateur qui conclut un contrat en ligne et ne peut donc pas prendre en main et examiner les produits¹⁴⁹. Elle inciterait en outre les fournisseurs à fournir à l'utilisateur des informations complètes sur l'objet du contrat et les produits, pour éviter dans la mesure du possible des révocations coûteuses pour eux. La position de l'utilisateur

¹⁴⁸ Cf. règles prévues par le droit allemand : KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 33.

¹⁴⁹ KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 32

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

serait renforcée. En vertu de la directive 2011/83/UE¹⁵⁰, les États membres et en particulier l'Allemagne¹⁵¹, disposent d'un droit de rétraction général pour les contrats conclus à distance.

6.3.2.3.3 Inconvénients

L'efficacité du droit de révocation est limitée. Les personnes concernées renoncent souvent à l'exercer parce que les frais de renvoi sont à leur charge¹⁵². Par ailleurs, obtenir le remboursement du montant déjà versé peut se révéler difficile, surtout lorsque le fournisseur est à l'étranger. Pour un particulier, le jeu n'en vaut donc souvent pas la chandelle. Par ailleurs, la LCD prévoit déjà des dispositions visant à protéger le consommateur en cas de conclusion précipitée d'un contrat (par ex. art. 3, al. 1, let. s, LCD).

Au surplus, inscrire un droit de révocation dans la loi restreindrait fortement la liberté économique des fournisseurs. Seuls les *dark patterns* conduisant à la conclusion d'un contrat seraient couverts.

Enfin, le Parlement a expressément rejeté la création d'un droit de révocation pour les contrats conclus à distance¹⁵³.

6.3.2.4 Autres possibilités

Il serait envisageable d'étendre les règles relatives aux CG : il existe des parallèles entre celles-ci et les *dark patterns* au niveau conceptuel. Ces parallèles n'ont toutefois pas été jugés suffisants pour justifier une adaptation du droit en vigueur, aussi cette approche ne sera-t-elle pas examinée plus avant.

La législation connaît actuellement des évolutions qui pourraient indirectement servir contre les *dark patterns*. Les infractions à la LCD ne sont pas suffisamment poursuivies : ce problème pourrait être atténué par la mise en œuvre collective des droits. La modification prévue du code de procédure civile¹⁵⁴ visant à développer l'action des organisations est une étape importante dans cette direction.

Comme nous l'avons déjà mentionné au point 6.3.1.2, le futur règlement de l'UE sur l'intelligence artificielle contient des dispositions applicables aux *dark patterns*, bien que les formes courantes de ceux-ci soient rarement fondées sur l'intelligence artificielle. Le Conseil fédéral envisage de publier, d'ici à la fin 2024, un rapport qui analysera les besoins en matière de réglementation et les mesures sectorielles ou horizontales éventuellement nécessaires afin de déterminer la suite de la procédure.

Les réflexions ne se cantonnent pas au droit. Dans un document de travail de 2022 sur l'économie numérique¹⁵⁵, l'OCDE met en évidence plusieurs domaines recelant un potentiel pour lutter contre les *dark patterns*. Selon ce document, des mesures radicales doivent être prises non seulement au niveau de la législation et de sa mise en œuvre, mais aussi dans les domaines suivants : sensibilisation et éducation des consommateurs, mise à disposition d'outils techniques pour les consommateurs,

¹⁵⁰ 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, JO L 304 du 22.11.2011, p. 64

¹⁵¹ Concernant la révocation en cas d'utilisation de *dark patterns*, cf. KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 30.

¹⁵² MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (nbp 22), 62 ; KÜHLING/SAUERBORN (nbp 21), p. 33

¹⁵³ Cf. ch. 6.1.4.6.

¹⁵⁴ [RS 272](#)

¹⁵⁵ Document de travail de l'OCDE de 2022 (nbp 11)

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

autorégulation ou corégulation. Le présent rapport se concentre sur l'esquisse de solutions juridiques (cf. conclusions), aussi n'examine-t-il pas plus avant les différentes propositions de l'OCDE.

7 Recommandations

Les *dark patterns* sont multiples, relativement difficiles à cerner et peuvent avoir un impact négatif sur le comportement du consommateur et lui faire perdre de l'argent. Le présent rapport donne un aperçu des différentes formes de *dark patterns* et des conséquences juridiques que leur utilisation pourrait entraîner (cf. ch. 6.1.5). Il se concentre sur l'esquisse de solutions juridiques (cf. ch. 6.3.2). Les solutions tirées de l'analyse sont un instantané de l'état actuel du droit et des conséquences possibles pour l'utilisateur. Il convient de continuer à suivre de près les évolutions liées aux *dark patterns* afin de pouvoir réagir à temps si nécessaire. Les *dark patterns* ne connaissent pas les frontières et appellent des solutions coordonnées. Il faudra donc continuer à observer les évolutions internationales et examiner régulièrement leurs éventuelles répercussions sur la Suisse.

Le Conseil fédéral estime que grâce la révision récente de la LPD, de la LCD et du droit des contrats, le droit en vigueur couvre déjà les *dark patterns* actuels et futurs, même si ces dispositions ne visent pas en premier lieu ces pratiques. Il ne voit aucune nécessité de légiférer dans ce domaine sous l'angle de la protection des données.

Sur la base des esquisses de solution analysées (voir chap. 6.3), la nécessité d'adapter le droit d'intenter action de la Confédération a été examinée (cf. ch. 6.3.2.1), dans l'optique d'améliorer l'application des prescriptions de la LCD lorsque des intérêts collectifs ou plusieurs personnes sont concernés. Cette solution pourrait également faciliter une action contre l'utilisation des *dark patterns*, notamment si la Confédération (représentée par le SECO) pouvait agir indépendamment du nombre de plaintes afin de protéger des intérêts collectifs. Aujourd'hui, faute de plaintes suffisantes et donc de légitimation active, la Confédération ne peut généralement pas intervenir. Les utilisateurs d'Internet pourraient profiter de cette adaptation et les fournisseurs de services en ligne seraient davantage incités à se comporter de manière conforme à la loi sous l'angle de la concurrence. La concurrence loyale pourrait en profiter dans son ensemble. Le Conseil national a adopté le postulat [23.3598](#) Müller-Altermatt du 31 mai 2023 « Améliorer l'efficacité de la loi fédérale contre la concurrence déloyale » en mars 2024. L'éventuel renforcement de la légitimation active de la Confédération dans les procédures menées en vertu de la LCD devra être examiné dans le cadre de la mise en œuvre du postulat. Dans sa réponse du 16 août 2023 au postulat, le Conseil fédéral s'est déclaré « en principe favorable à un renforcement de la légitimation active de la Confédération dans le cadre des procédures menées dans ce domaine ».

Il estime par ailleurs que le moment n'est pas venu de créer une disposition spéciale *dans la LCD* (cf. ch. 6.3.2.2). Tout d'abord parce qu'il serait difficile de la formuler de manière exhaustive, sachant que de nouveaux *dark patterns* apparaissent sans cesse. Ensuite parce qu'il faut attendre les évolutions au niveau de l'UE. La mise en œuvre du règlement sur les services numériques en Suisse fait actuellement l'objet de discussions (cf. motion [23.3068](#) « Créer une loi sur les services numériques pour la Suisse »). Troisièmement, une disposition spéciale ferait double emploi avec les dispositions existantes de la LCD, ce qui pourrait entraîner des difficultés de délimitation. Quatrièmement, il faut examiner l'opportunité d'adapter, dans un premier temps, uniquement le droit d'intenter action de la Confédération visé à l'art. 10, al. 3, LCD (cf. explications ci-dessus), afin de donner à celle-ci des outils plus efficaces pour agir contre les *dark patterns* avec ses moyens actuels et d'acquérir des expériences dans ce domaine.

Dark patterns. Documenter la nébuleuse

Toutes choses égales d'ailleurs, il serait plus facile de modifier l'art. 10, al. 3, LCD que de créer une disposition spéciale dans la loi. Enfin, les *dark patterns* posent surtout des problèmes d'exécution aux autorités pénales suisses, car les auteurs inconnus se trouvent souvent à l'étranger et l'intention des sociétés de recouvrement impliquées en Suisse ne peut pas être prouvée. Créer une disposition spéciale dans la LCD ne résoudrait pas les problèmes d'exécution mentionnés.

L'efficacité de l'*extension du droit de révocation dans le CO* est également limitée, car elle ne couvrirait qu'un aspect de l'utilisation des *dark patterns* (cf. ch. 6.3.2.3). Seuls les pratiques qui ont conduit à la conclusion d'un contrat seraient couvertes. Dans les États membres de l'UE, il existe un droit général de rétractation des contrats conclus à distance, en vertu de la directive sur les droits des consommateurs (cf. ch. 6.3.2.3). Afin de mieux protéger le consommateur contre les *dark patterns*, un droit de révocation *général* pour le commerce en ligne serait envisageable, comme le prévoit le droit européen. Cette possibilité a été plusieurs fois examinée et rejetée par le Parlement (cf. ch. 6.1.4.6), notamment parce qu'elle soulève plus de questions qu'elle n'apporte de réponse : même si les *dark patterns* sont potentiellement susceptibles d'influencer la formation de l'opinion du consommateur, ils n'ont pas le même effet de surprise que le contact personnel direct avec un représentant du fournisseur. En outre, il pourrait être difficile, voire impossible, de faire valoir le droit de révocation auprès de fournisseurs en ligne étrangers, en particulier extra-européens. Il est peu probable que ces fournisseurs respectent un droit de révocation prévu par l'ordre juridique suisse et que ce droit soit reconnu dans leur pays. D'autre part, le contexte est défavorable au consommateur, notamment en cas de prépaiement ou de paiement par carte de crédit, car les fournisseurs en ligne ne sont pas incités à respecter le droit de révocation et le consommateur n'est généralement pas prêt à investir le temps et les ressources nécessaires à une action en justice contre eux, compte tenu de la charge de travail et des obstacles objectifs liés aux achats à l'étranger.

Dans ce contexte, il est donc judicieux que la Suisse observe les évolutions actuelles et l'efficacité du droit de l'UE contre l'utilisation de *dark patterns* indésirables. Dans l'intervalle, le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas suffisamment de faits nouveaux qui justifieraient de revenir sur les décisions du Parlement et qui nécessiteraient une intervention rapide. Il est plus indiqué d'observer l'évolution de la situation dans l'UE et d'en analyser l'impact sur la Suisse. Si une intervention devait s'avérer nécessaire à l'avenir, la Suisse pourra adopter une approche analogue à celle du droit européen.