

droit.
**Le droit à l'écoute
des intelligences
artificielles**

ius.

**Florence Guillaume
(éd.)**

droit.ius.tech

tech

S

**Stämpfli
Éditions**

droit.ius.tech

003

Florence Guillaume

Le droit à l'écoute des intelligences artificielles



© Stämpfli Éditions SA Berne

S
Stämpfli
Éditions

droit.ius.tech

Collection dirigée par
Florence Guillaume

Florence Guillaume (éd.)

Le droit à l'écoute des intelligences artificielles



© Stämpfli Éditions SA Berne



Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi. Nous nous réservons expressément le droit d'utiliser nos œuvres à des fins de text- et data-mining.

Conception graphique de la couverture : deValence, Paris

© Stämpfli Éditions SA Berne · 2026
www.staempfliverlag.com

Print ISBN 978-3-7272-1833-0

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com,
la version suivante est également disponible :

E-Book ISBN 978-3-7272-2427-0

Pour toute question concernant la sécurité du produit

Fabricant : Stämpfli Éditions SA, Wölflistrasse 1, CH-3001 Berne,
editions@staempfli.ch, www.staempfli.ch

Importateur UE : Brockhaus Commission GmbH, Kreidlerstrasse 9,
DE-70806 Kornwestheim, gpsr@brocom.de, www.brocom.de



Le scribe symbolise notre volonté
de produire, en collaboration avec
nos auteurs, du contenu d'exception.

printed in
switzerland

© Stämpfli Éditions SA Berne



Intelligence artificielle, réseaux sociaux et pratiques commerciales déloyales

DARIO HUG

Chargé d'enseignement en droit de la consommation | Faculté de droit |
Université de Neuchâtel | Docteur en droit | Avocat

Table des matières

I.	Introduction	177
II.	L'intelligence artificielle et les réseaux sociaux comme outils de marketing et d'influence	178
A.	Problématique générale	178
B.	Appréhension sous l'angle de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales	180
III.	Personnalisation	181
A.	Ciblage et recommandations	181
B.	Prix personnalisés	183
IV.	Manipulation et engagement	184
A.	<i>Dark patterns</i>	184
1.	Pratique considérée	184
2.	Analyse juridique	186
B.	Conception addictive	187
C.	Marketing d'influence	190
D.	Conclusion automatique de contrats	191
E.	Chatbots d'IA	192
V.	Conclusion	193

I. Introduction

Les nouvelles technologies et les pratiques commerciales fondées sur l'exploitation de données compromettent l'autonomie de la volonté des consommateurs et les incitent à prendre des décisions commerciales contraires à leurs intérêts ou intentions¹. Or, ceci porte atteinte à la loyauté numérique (*digital fairness*). En droit de l'UE, ce principe postule que les consommateurs bénéficient également d'un haut niveau de protection dans l'environnement en ligne².

¹ Commission européenne, *Commission Staff Working Document Executive Summary of the Fitness Check of EU consumer law on digital fairness*, 3 octobre 2024, SWD(2024) 231 final, p. 1.

² *Ibidem*.

La Directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales³ constitue à ce titre l'un des trois piliers du cadre réglementaire de protection des consommateurs dans l'UE. Dans l'environnement numérique, elle n'atteindrait toutefois que partiellement l'objectif de garantir un niveau élevé de protection et un meilleur fonctionnement du marché intérieur⁴. Les consommateurs y rencontrent des problèmes multiformes⁵, ce qui complique une appréhension juridique efficace. Le droit suisse, en particulier la loi contre la concurrence déloyale⁶ rencontre des défis similaires.

Concrètement, les consommateurs sont notamment exposés à des conceptions d'interfaces trompeuses ou addictives, à du ciblage personnalisé, à l'exploitation de vulnérabilités ou encore au marketing d'influence. L'utilisation de l'intelligence artificielle (IA) sur les plateformes de réseaux sociaux exacerbe ces phénomènes et les risques qui les accompagnent⁷.

II. L'intelligence artificielle et les réseaux sociaux comme outils de marketing et d'influence

Après une présentation de la problématique générale de l'intelligence artificielle et des réseaux sociaux comme outils de marketing et d'influence (A.), nous examinerons l'appréhension de ces pratiques sous l'angle de la législation de lutte contre la concurrence déloyale (B.).

A. Problématique générale

L'IA désigne des systèmes algorithmiques d'autoapprentissage capables de s'interconnecter avec une grande quantité de données en vue de déterminer des actions de manière autonome⁸. Si une définition fixe et définitive demeure délicate, l'IA est typiquement perçue comme une « machine » ayant la capacité d'imiter des caractéristiques de l'intelligence humaine telles que le raisonnement, l'ap-

³ 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 (Directive sur les pratiques commerciales déloyales ; JO L 149/22).

⁴ Commission européenne (n. 1), p. 2

⁵ *Ibidem*.

⁶ Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241).

⁷ L'IA ouvre aussi de nouvelles perspectives pour améliorer la situation des consommateurs, G. SARTOR, *New aspects and challenges in consumer protection – Digital services and artificial intelligence*, 15 avril 2020, p. 7 et 27. Un système de détection des clauses abusives nommé « Claudette » est mentionné dans cette étude.

⁸ P. TERCIER/P. PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 7^e éd., Genève/Zurich 2024, N 361, p. 98.

prentissage ou la créativité⁹. Le terme renvoie aussi bien à des objets (p. ex. ChatGPT) qu'à des approches de nature technique (p. ex. l'apprentissage automatique)¹⁰. La présence avérée de l'IA sur le marché altère le processus décisionnel des consommateurs dans l'environnement numérique¹¹.

L'importance des réseaux sociaux est également croissante pour les transactions des consommateurs ; ils les aident à découvrir, rechercher, se faire proposer et acheter de nouveaux produits et services¹². Ils facilitent également l'accès direct des professionnels aux consommateurs, constituant ainsi un « terreau fertile » au déploiement de systèmes d'IA destinés au marketing et à l'influence¹³. À titre d'exemples, on peut mentionner l'emploi de publicité cachée, le marketing d'influence trompeur, la présentation des services comme étant « gratuits » ou encore le recours à la publicité ciblée manipulatrice ou de captation de l'attention¹⁴. En raison de leur interconnectivité croissante, l'IA et les réseaux sociaux influencent ainsi la dynamique des marchés de consommation au profit de l'offre, aggravant le déséquilibre informationnel et structurel traditionnellement reconnu¹⁵ dans les relations B2C¹⁶.

Ni le droit actuel de l'UE, ni le droit suisse ne régulent spécifiquement le commerce sur les réseaux sociaux, encore moins le recours à l'IA du point de vue des pratiques commerciales déloyales. Cela étant, les règles générales relatives à l'information précontractuelle, au marketing et aux clauses contractuelles leur sont

⁹ C. KOOLEN, « Consumer Protection in the Age of Artificial Intelligence : Breaking Down the Silo Mentality Between Consumer, Competition, and Data », *European Review of Private Law*, vol. 31, issue 2/3, 2023, p. 427-468, p. 428.

¹⁰ M. ALMADA/N. PETIT, « The EU AI Act : Between the rock of product safety and the hard place of fundamental rights », *Common Market Law Review*, vol. 62, issue 1, 2025, p. 85-120, p. 87.

¹¹ KOOLEN (n. 9), p. 428 s. ; K. MANWARING, « Emerging Information Technologies : Challenges for Consumers », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 17, issue 2, 2017, p. 265-289, p. 277-279 ; A. MATHUR *et al.*, « Dark Patterns at Scale : Findings from a Crawl of 11k Shopping Websites », *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, vol. 3, issue CSCW, 2019, p. 1-32, p. 5 s.

¹² Commission européenne, *Commission Staff Working Document Fitness Check of EU Consumer law on digital fairness*, 3 octobre 2024, SWD(2024) 230 final, p. 22 et 169.

¹³ Cf. Commission européenne, *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 526/1, 29.12.2021), p. 96.

¹⁴ *Idem*, p. 97.

¹⁵ D. HUG, *La formation du contrat de consommation, Entre régime général et approche sectorielle – Analyse et perspectives en droit suisse*, thèse Neuchâtel, Bâle/Neuchâtel 2020, N 202 ss, p. 73 ss.

¹⁶ KOOLEN (n. 9), p. 429 et 432.

pleinement applicables lorsqu'ils agissent en tant que marchés virtuels¹⁷. L'enjeu est ici que l'efficacité et le confort, malgré tout promis par l'IA (p. ex. réduction du temps de recherche d'un produit), ne se fassent pas au détriment de l'autonomie, de la transparence, ni du niveau général de protection des consommateurs¹⁸.

B. Appréhension sous l'angle de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales

Une pratique commerciale s'entend comme toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs¹⁹. La Commission européenne reconnaît à cet égard que la Directive sur les pratiques commerciales déloyales s'applique aux produits et pratiques recourant à des technologies telles que l'IA, les algorithmes ou les décisions automatisées. Sur cette base, tant l'utilisation de l'IA que le traitement de données personnelles sur les réseaux sociaux, en particulier à des fins de publicité et de recommandation ciblées, peuvent être considérés comme des pratiques commerciales²⁰.

En droit suisse, même si l'applicabilité de la loi sur la concurrence déloyale est plus large – elle ne vise pas exclusivement les relations B2C –, la situation est similaire. Les pratiques commerciales « numériques » s'inscrivent sans difficulté dans le champ d'application de la loi. La loi sur la concurrence déloyale prévoit ainsi des dispositions visant l'environnement numérique (p. ex. art. 3 al. 1 let. o et art. 3 al. 1 let. s LCD ; cf. ég. art. 3 al. 2 LCD et art. 3a LCD) ; elles complètent les états de fait plus « classiques » (p. ex. art. 3 al. 1 let. b LCD et art. 2 LCD). Sont couvertes par la loi sur la concurrence déloyale toutes les pratiques des entreprises adoptées vis-à-vis des consommateurs lors des phases de publicité, de vente et d'après-vente impliquant l'IA, telles que l'utilisation de technologies de pistage et de ciblage, la personnalisation algorithmique, l'optimisation dynamique et les technologies des registres distribués²¹.

¹⁷ Commission européenne (n. 12), p. 171.

¹⁸ KOOLEN (n. 9), p. 429.

¹⁹ Ainsi la définition figurant à l'art. 2 let. d de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales. En droit suisse, P. PICHONNAZ, « art. 2 », in V. Martenet/P. Pichonnaz (édit.), *Commentaire romand – Loi contre la concurrence déloyale*, Bâle 2017, N 38, p. 57.

²⁰ KOOLEN (n. 9), p. 456.

²¹ Cf. Commission européenne (n. 13), p. 86.

III. Personnalisation

Pour aborder la thématique de la personnalisation, nous nous pencherons sur les mécanismes de ciblage et de recommandations (A.), ainsi que sur la pratique des prix personnalisés (B.).

A. Ciblage et recommandations

Les préoccupations au sujet du caractère loyal de la personnalisation commerciale dans les relations B2C sont réelles. Elles concernent principalement la manière dont les données des consommateurs sont collectées, puis utilisées et partagées, ainsi que l'impossibilité de refuser ou de se retirer de tels dispositifs. Cela étant, la personnalisation peut aussi entraîner des effets bénéfiques. Ainsi, les consommateurs peuvent découvrir et se voir proposer des produits et des rabais plus pertinents. En outre, elle peut réduire l'obtention de publicités non pertinentes, voire non souhaitées car sises en dehors de leurs besoins ou intérêts²². Du point de vue du droit des pratiques commerciales, la personnalisation n'est donc pas déloyale en soi.

Grâce à l'IA et à l'analyse de grandes quantités de données (*big data*), les professionnels disposent néanmoins de la technologie nécessaire pour exploiter la richesse de l'information disponible et récoltée sur les consommateurs²³. L'apprentissage autonome permet de saisir les corrélations entre des données de consommateurs (p. ex. sites visités, *likes* ou termes employés dans les moteurs de recherche) et la réaction possible aux publicités. Cette capacité de ciblage inédite devient problématique lorsque les réponses recherchées des consommateurs sont basées sur l'exploitation d'aspects irrationnels de leur psychologie, d'un manque d'information ou d'une situation de besoin²⁴. Il reste donc particulièrement important que les professionnels se montrent transparents sur les processus de personnalisation et particulièrement prudents lorsque l'agrégation et l'exploitation des données disponibles est employée pour induire une décision commerciale²⁵.

Au niveau du droit de l'UE, la Directive sur les pratiques commerciales déloyales envisage les pratiques susceptibles de fausser le processus décisionnel d'un consommateur moyen. Si le ciblage implique l'exploitation d'un état de vulnérabilité particulière, la pratique contrevient aux exigences de la diligence profession-

²² Commission européenne (n. 12), p. 162.

²³ F. LUPIÁÑEZ-VILLANUEVA *et al.*, *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment : dark patterns and manipulative personalisation, Final Report*, avril 2022, p. 19.

²⁴ SARTOR (n. 7), p. 14.

²⁵ Commission européenne (n. 12), p. 164.

nelle (cf. art. 5 par. 2 let. a Directive)²⁶. Le recours à des techniques s'appuyant sur l'émotionnel ou des aspects psychologiques intimes à des fins de manipulation publicitaire contrevient généralement aux standards attendus du professionnel. Ce dernier a alors recours à des informations au sujet de caractéristiques intimes du consommateur, qui le rendent particulièrement vulnérable à une publicité ciblée²⁷.

En Suisse, l'art. 3 al. 1 let. h LCD (méthodes de vente particulièrement agressives) est-il applicable au ciblage et aux recommandations ? Il y a des écueils. La disposition ne s'applique pas à la publicité agressive, mais seulement aux méthodes de vente agressives²⁸. Ces dernières supposent un contact direct et individuel avec le consommateur. Or, en présence d'IA sur les réseaux sociaux, cette délimitation peut être ardue. Le critère déterminant pour retenir une méthode de vente reste l'aptitude du procédé à mener directement à la conclusion d'un contrat²⁹, ce qui n'est pas forcément exclu en cas de ciblage ou de recommandation³⁰. L'application de l'art. 3 al. 1 let. h LCD suppose également une atteinte particulièrement agressive au libre arbitre du consommateur³¹. Or, ce seuil ne sera généralement pas atteint lors d'un « simple » ciblage ou d'une recommandation ; le consommateur peut aisément y échapper en quittant l'environnement numérique.

L'art. 2 LCD est-il pertinent ? La disposition englobe les situations où le professionnel exploite un sentiment de peur ou d'angoisse du consommateur³². Si le ciblage ou la recommandation cherche à exploiter le fort pouvoir émotionnel d'une allégation (p. ex. des allégations environnementales pour exploiter une éco-anxiété³³ ou la promesse d'une libération de dettes par l'octroi d'un crédit), il n'est ainsi pas exclu qu'elle puisse entrer en ligne de compte. Ici aussi, une analyse au cas par cas reste toutefois nécessaire.

²⁶ R. MONTINARO, « Emotion Recognition and Personalized Advertising », *European Review of Private Law*, vol. 32, issue 6, 2024, p. 1003-1036, p. 1027.

²⁷ *Idem*, p. 1028.

²⁸ ATF 132 III 414, consid. 4.3.

²⁹ Arrêt du TF 6S_677/2001 du 16 mars 2002, consid. 4b/cc.

³⁰ Pour ces développements, N. KUONEN, « art. 3 al. 1 let. h », in V. Martenet/P. Pichonnaz (édit.), *Commentaire romand – Loi contre la concurrence déloyale*, Bâle 2017, N 18, p. 165 s.

³¹ *Idem*, N 19 ss, p. 166 s.

³² P. JUNG, « art. 2 », in P. Jung (édit.), *Stämpfli Handkommentar – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 3^e éd., Berne 2023, N 65, p. 313 s.

³³ Cf. D. HUG, « Le greenwashing sous l'angle des pratiques commerciales déloyales », in D. Hug/B. Carron/C. Müller (édit.), *4^e Journée des droits de la consommation et de la distribution, Production et consommation durables dans une économie circulaire – Défis et solutions juridiques*, Bâle/Neuchâtel 2023, p. 41-104, N 61, p. 77.

B. Prix personnalisés

Le considérant 45 de la Directive modernisation³⁴ retient que les professionnels peuvent personnaliser le prix de leurs offres pour des consommateurs ou des catégories de consommateurs spécifiques au moyen d'une prise de décision automatisée qui procède à une analyse et à un profilage du comportement du consommateur permettant aux professionnels d'évaluer le pouvoir d'achat de ce dernier. Lorsque le prix soumis est personnalisé sur la base d'une prise de décision automatisée, les consommateurs doivent en être clairement informés : cette obligation d'information doit permettre aux consommateurs de tenir compte des implications et risques de leur décision d'achat³⁵.

Cette exigence de transparence figure à l'art. 6 let. e^{bis} de la Directive sur les droits des consommateurs³⁶. Toutefois, l'obligation ne concerne pas les pratiques de tarification dynamique ou en temps réel ne reposant pas sur une prise de décision automatisée personnalisée. Tel est le cas lorsque le prix est modifié d'une manière très souple et rapide en réaction au marché, mais sans impliquer une personnalisation fondée sur une telle prise de décision. La transparence exigée par la Directive sur les droits des consommateurs se limite également à l'information sur l'existence d'une personnalisation. La disposition n'aborde pas non plus d'autres aspects de la tarification personnalisée au-delà de la transparence, tels que les risques liés à la limitation de l'accès aux produits et services pour certains consommateurs.

En droit suisse, la loi sur la concurrence déloyale ne connaît pas de disposition similaire sur la tarification personnalisée fondée sur une décision automatisée. L'art. 3a LCD interdit certes des discriminations dans la vente à distance en rapport avec les tarifs pratiqués³⁷, ce qui pourrait s'avérer pertinent selon les cas³⁸. Les situations exclues de l'art. 3a LCD restent, cela dit, nombreuses. On gardera

³⁴ Directive (UE) 2019/2161 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs (Directive modernisation ; JO L 328/7).

³⁵ Des explications supplémentaires peuvent devoir être fournies en vertu des art. 13 et 14 du 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 (Règlement général sur la protection des données ; RGPD ; JO L 119/1) ; Commission européenne (n. 12), p. 165.

³⁶ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs (Directive sur les droits des consommateurs ; JO L 304/64).

³⁷ Pour des approfondissements, voir L. FERRARI HOFER/D. VASELLA, « art. 3a UWG », in M. Amstutz/Y. M. Atamer (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse : KKG, FusG, UWG (Art. 2-8), PauRG und PrHG*, 4^e éd., Zurich 2023, N 1 ss, p. 536 ss.

³⁸ Cf. Commission européenne (n. 12), p. 163.

également à l'esprit les exigences de l'Ordonnance sur l'indication des prix³⁹. Il n'est cependant pas tout à fait certain que ses prescriptions soient pleinement pertinentes à partir du moment où le prix est indiqué correctement, mais qu'il n'est pas « juste », respectivement qu'il est « simplement » adapté au consommateur. Ce n'est alors pas tant l'information sur le prix qui est en cause, mais les critères de sa fixation⁴⁰.

La prévalence de la tarification personnalisée augmentera dans les années à venir, ceci grâce aux progrès de l'IA ; elle la rendra plus accessible encore aux commerçants de différentes tailles. Une difficulté pratique résiderait dans sa détection, y compris par les experts et les autorités chargées de l'application de la loi⁴¹.

IV. Manipulation et engagement

Pour aborder la thématique de la manipulation et de l'engagement, nous nous pencherons successivement sur les *dark patterns* (A.), la conception addictive d'interfaces (B.), le marketing d'influence (C.), la conclusion automatique de contrats (D.), ainsi que l'usage de chatbots basé sur l'IA (E.).

A. *Dark patterns*

1. Pratique considérée

L'expression « *dark pattern* » (ou « *deceptive pattern* »)⁴² désigne une pratique commerciale mise en œuvre à travers une structure ou une interface numérique, conçue pour influencer le comportement des utilisateurs, en particulier des consommateurs⁴³. Il s'agit d'une interface-utilisateur ou d'une expérience-utilisateur cherchant à induire les utilisateurs en erreur, souvent en exploitant des biais cognitifs, ceci afin de les pousser à entreprendre une action contraire à leurs intérêts, respectivement qu'ils n'auraient pas entreprise autrement⁴⁴. Les *dark patterns* sont un phénomène répandu et transversal. On les rencontre dans des domaines tels

³⁹ Ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (OIP ; RS 942.211).

⁴⁰ Cf. loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSP ; RS 942.20).

⁴¹ Commission européenne (n. 12), p. 163 s.

⁴² S. VOLZ, « Dark Patterns », *sic !*, 2024 p. 648-664, p. 649, en particulier note 4.

⁴³ Commission européenne (n. 12), p. 146.

⁴⁴ Conseil fédéral, *Dark patterns. Documenter la nébuleuse, Rapport en exécution du postulat 22.3190 Michaud Gigon du 16 mars 2022*, 14 juin 2024, p. 12. Voir aussi D. HUG, « Dark patterns ou le côté obscur du Nudge », *Blog du LexTech Institute*, 22 février 2022 <https://www.lextechinstitute.ch/dark-patterns-ou-le-cote-obscur-du-nudge/>, consulté le 01.10.2025.

que le marketing en ligne ou la conception des sites internet et des applications, et même en lien avec les conditions générales d'utilisation de services⁴⁵.

Différentes études tendent à confirmer que le recours à des *dark patterns* est très largement répandu (p. ex. sous la forme d'une dissimulation d'informations, de renouvellement répété d'une même requête ou encore par le truchement d'annulations difficiles ou de souscriptions forcées de prestations, ou encore de faux comptes à rebours)⁴⁶. Les buts et la typologie⁴⁷ des *dark patterns* sont à ce titre multiples, mais tous tendent à créer de la confusion et à exercer une pression décisionnelle. Il s'agit ainsi d'augmenter la probabilité que le vis-à-vis, souvent un consommateur⁴⁸, prenne une décision qu'il ne souhaite pas, ou différente de celle initialement envisagée. Il est ainsi empiriquement démontré que les *dark patterns* peuvent affecter un large éventail de décisions transactionnelles des consommateurs et nuire à leur capacité décisionnelle en connaissance de cause⁴⁹. Lorsqu'il intervient au stade de la conclusion du contrat, un *dark pattern* nuit ainsi à la « formation de la volonté libre et éclairée » de sa victime⁵⁰. Corrélativement, une fois la pratique démasquée, elle peut susciter un sentiment de frustration chez les personnes touchées⁵¹.

Les tentatives d'influencer le processus décisionnel des consommateurs ne sont évidemment pas nouvelles ; ce qui l'est, en revanche, est l'effcience et l'échelle à laquelle cette influence est désormais possible. Le potentiel de persuasion basée sur la récolte de données de comportement personnelles, s'appuyant de plus en plus sur l'IA, est effectivement significatif⁵². En même temps, les *dark patterns* sont aussi souvent employés pour pousser les utilisateurs à mettre à disposition du fournisseur le plus grand nombre possible de données personnelles, ceci en échange de la mise à disposition « gratuite » de services numériques⁵³.

Comme les facettes du phénomène sont multiples, et qu'il peut évoluer en fonction de nouvelles possibilités techniques, son appréhension légale reste un défi. Une définition stricte du phénomène ne serait ni possible, ni même utile⁵⁴.

⁴⁵ VOLZ (n. 42), p. 648.

⁴⁶ Commission européenne (n. 12), p. 146.

⁴⁷ Deceptive Patterns, *Types of deceptive pattern*, <https://www.deceptive.design/types>, consulté le 01.10.2025.

⁴⁸ Mais pas nécessairement ; voir VOLZ (n. 42), p. 650.

⁴⁹ Commission européenne (n. 12), p. 147.

⁵⁰ Pour une analyse détaillée sous l'angle contractuel, voir VOLZ (n. 42), p. 659 ss. Voir aussi HUG (n. 44). En droit allemand, voir M. DENG, « Digitale Manipulation und Privatautonomie », *Zeitschrift für Digitalisierung und Recht*, 2022, p. 229-260, p. 233.

⁵¹ Commission européenne (n. 12), p. 147.

⁵² *Idem*, p. 146.

⁵³ Conseil fédéral (n. 44), p. 19.

⁵⁴ VOLZ (n. 42), p. 651.

2. Analyse juridique

La Commission européenne et le Conseil fédéral reconnaissent que le droit actuel ne traite que partiellement du phénomène des *dark patterns* ; ceux-ci peuvent être classés en deux catégories générales, selon l'effet spécifique qu'ils cherchent à déployer sur le consommateur : (i) induction en erreur ou tromperie et (ii) pression ou contrainte. En pratique, ces effets sont parfois combinés pour accentuer l'impact de la pratique⁵⁵.

Comme les *dark patterns* sont « presque toujours utilisés dans un contexte commercial », la loi sur la concurrence déloyale est en principe applicable⁵⁶. L'art. 3 al. 1 let. b LCD (indications inexactes ou fallacieuses), l'art. 3 al. 1 let. h LCD (méthodes de vente agressives), ainsi que l'art. 3 al. 1 let. s LCD (obligation d'informer dans le commerce électronique) entrent en considération. L'art. 3 al. 1 let. o LCD (envoi de publicité de masse non sollicitée et spam) est également susceptible d'être pertinent⁵⁷. Tel pourra être le cas si le *dark pattern* permet à l'utilisateur de recueillir un « consentement » préalable vicié à l'envoi de publicité de masse par voie électronique⁵⁸. En sus, il ne faut pas perdre de vue la clause générale de l'art. 2 LCD. Elle peut fonctionner comme « filet de sécurité » pour tout *dark pattern* trompeur ou contrevenant de toute autre manière à la bonne foi ne relevant pas d'un état de fait spécial⁵⁹. Une publicité déguisée ou l'exploitation de l'envie de jouer (*gamification*) pourraient, suivant les cas, y être par exemple rattachées⁶⁰. Un *dark pattern* qui empêcherait l'indication correcte du prix ne serait d'ailleurs pas conforme à l'art. 16 LCD et aux règles de l'Ordonnance sur l'indication des prix⁶¹.

En tout état, l'évaluation intervient au cas par cas⁶². Ainsi, le Tribunal fédéral a-t-il retenu qu'un compte à rebours lors de l'acquisition d'une prestation pouvait tomber sous le coup de l'art. 3 al. 1 let. b LCD s'il s'avère inexact ou fallacieux⁶³.

⁵⁵ Conseil fédéral (n. 44), p. 20.

⁵⁶ *Idem*, p. 22.

⁵⁷ HUG (n. 44).

⁵⁸ Cf. arrêt de la CJUE C-102/20, *StWL Städtische Werke Lauf a. d. Pegnitz GmbH c. eprimo GmbH* du 25 novembre 2021, concernant l'interprétation du point 26 de l'annexe de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales concernant des sollicitations persistantes et non désirées dans le contexte de publicité dans une boîte courriel. Cet arrêt est évoqué en rapport avec les *dark patterns* comme pratique commerciale agressive. Voir Commission européenne (n. 12), p. 149.

⁵⁹ ATF 133 III 431, consid. 4.1.

⁶⁰ Conseil fédéral (n. 44), p. 24.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Idem*, p. 22 ss.

⁶³ Arrêt du TF 4A_314/2021 du 27 octobre 2021, consid. 5.2.3 et 7.1 ; Conseil fédéral (n. 44), p. 23 ; VOLZ (n. 42), p. 655.

De plus, un *dark pattern* culpabilisant (*confirmshaming*) ou harcelant (*nagging*) pourrait entrer dans le champ d'application de l'art. 3 al. 1 let. h LCD s'il est porté atteinte au libre arbitre du consommateur (p. ex. la conclusion ou la prolongation d'un contrat non souhaitée respectivement forcée)⁶⁴.

En droit de l'UE, une pratique manipulatrice susceptible de fausser le comportement économique d'un consommateur moyen ou vulnérable peut violer les prescriptions de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales. Là aussi, l'analyse est casuistique. De plus, si la liste noire de pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances figurant à l'Annexe I de la Directive ne se réfère pas explicitement aux interfaces numériques, elle permet néanmoins d'interdire certaines formes de *dark patterns*. Ainsi, alléguer faussement qu'un produit est « gratuit » si le consommateur doit payer quelque chose d'autre que les coûts inévitablement liés à la livraison d'un bien (point 20) ou déclarer faussement qu'un produit ne sera disponible que pendant une période très limitée (point 7) sont proscrits⁶⁵.

D'autres instruments complètent ce dispositif. L'art. 22 de la Directive sur les droits des consommateurs interdit aux professionnels d'utiliser des cases pré-cochées ou d'autres paramètres par défaut que le consommateur doit rejeter afin d'obtenir son consentement pour tout paiement supplémentaire ; elle exempte également le consommateur de toute obligation de paiement en cas de fourniture non sollicitée⁶⁶. En outre, l'art. 25 du Règlement sur les services numériques⁶⁷ interdit aux plateformes en ligne de déployer des *dark patterns* ; il donne trois exemples de ces pratiques, notamment la distorsion des choix, le harcèlement et les annulations difficiles. Toutefois, le champ d'application de l'interdiction exclut les pratiques couvertes par la Directive sur les pratiques commerciales déloyales (art. 25 par. 2 du Règlement sur les services numériques), ce qui limite sa pertinence pour les relations B2C⁶⁸.

B. *Conception addictive*

Il est dans l'intérêt des professionnels de concevoir leurs produits numériques de manière à maximiser le temps, l'argent et l'engagement des consommateurs ; cela concerne particulièrement les acteurs dont le modèle d'affaires repose

⁶⁴ Conseil fédéral (n. 44), p. 23 ; VOLZ (n. 42), p. 655.

⁶⁵ Commission européenne (n. 12), p. 148.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques (Règlement sur les services numériques ; JO L 277/1).

⁶⁸ Commission européenne (n. 12), p. 150.

sur la collecte de données personnelles des consommateurs⁶⁹. Concrètement, cela signifie pour ces derniers d'être confrontés à des interfaces conçues par les professionnels pour favoriser l'addiction numérique (p. ex. *scrolling* sans limites, lecture automatique de nouveaux contenus ou exploitation de l'envie de jouer). Or, une telle addiction augmente le risque d'atteintes aux intérêts économiques, physiques et psychologiques, en particulier chez les personnes vulnérables comme les enfants et les adolescents⁷⁰.

Comme pour les *dark patterns*, une analyse juridique au cas par cas s'impose. Une récente décision de l'autorité italienne garante de la concurrence et du marché (AGCM) constitue un précédent intéressant en rapport avec l'application des règles de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales à une conception addictive d'interfaces. L'AGCM a condamné TikTok à une amende de 10 millions d'euros pour avoir utilisé un système de recommandation incitant les utilisateurs à rester sur la plateforme via des contenus potentiellement dangereux (la pratique dite de la « cicatrice française »). La diffusion du contenu était basée sur le profilage algorithmique des utilisateurs qui sélectionnait en permanence les vidéos dans les sections « Pour vous » et « Suivi ». Le but de la pratique était d'augmenter les interactions des utilisateurs et le temps passé sur la plateforme, afin d'accroître les revenus publicitaires⁷¹.

La Communication de la Commission européenne relative à la Directive sur les pratiques commerciales déloyales mentionne également plus particulièrement les publicités et promotions intégrées dans des jeux. Ces pratiques accroîtraient le risque de marketing déguisé et sont susceptibles, suivant les cas, de constituer une pratique commerciale trompeuse au sens des art. 6 et 7 de la Directive⁷². Le point 28 de l'Annexe I de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales interdit d'inclure dans une publicité une incitation directe adressée aux enfants à acheter un produit ou à convaincre leurs parents ou d'autres adultes de l'acheter pour eux. En revanche, l'applicabilité des prescriptions de la Directive à d'autres aspects spécifiques de la conception addictive des interfaces, comme la perte de temps ou les atteintes à la santé mentale, est reconnue comme étant difficile⁷³. Le développement de l'IA milite dès lors effectivement en faveur d'une conception renouve-

⁶⁹ *Idem*, p. 153.

⁷⁰ *Idem*, p. 153 ss ; Commission européenne (n. 13), p. 103. Le Règlement sur les services numériques a accru la protection conférée aux mineurs sur les plateformes et les réseaux sociaux en ligne. Les mesures prises vont de la prohibition de la publicité personnalisée à l'obligation de mitiger le risque d'exposition à des interfaces numériques pouvant entraîner une addiction.

⁷¹ AGCM, *Sanzionata TikTok per pratica commerciale scorretta*, 14 mars 2024, <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2024/3/PS12543->, consulté le 01.10.2025.

⁷² Commission européenne (n. 13), p. 103.

⁷³ Commission européenne (n. 12), p. 154.

lée, élargie, de la protection du consommateur, c'est-à-dire qui ne se limite pas à la seule protection de ses intérêts économiques⁷⁴.

L'utilisation de monnaies virtuelles spécifiques à un jeu vidéo ou à un réseau social peut aussi induire les consommateurs en erreur quant au prix « réel » d'un objet virtuel. Ce risque est accru si le prix n'est affiché qu'en monnaie virtuelle⁷⁵. Pour les enfants, la pression sociale liée à la possession d'objets *in-game* renforce même l'incitation à prolonger l'usage et à augmenter les dépenses⁷⁶ ; on peut y voir une autre facette de la conception addictive d'interfaces, exploitant la fonction d'appartenance sociale du produit acquis pour les personnes visées.

En droit suisse, l'exploitation de l'envie de jouer est vue comme un cas de figure relevant potentiellement de l'art. 2 LCD ; on y voit une influence – une pression – illicite sur le consommateur⁷⁷. Cette pression est d'autant plus importante si l'interface numérique propose des transactions à des moments critiques du jeu ou au moyen d'effets visuels ou acoustiques pour pousser le consommateur à effectuer des dépenses supplémentaires⁷⁸. L'IA permet même de personnaliser ces pratiques en ciblant certains consommateurs selon leur propension addictive⁷⁹.

On notera que la Commission européenne considère que le récent Règlement sur l'intelligence artificielle⁸⁰ devrait permettre d'interdire l'utilisation d'interfaces addictives impliquant l'utilisation de l'IA. Tel serait le cas si le système en question exploite la vulnérabilité d'une personne liée à son âge, un handicap ou une situation sociale ou économique particulière avec l'objectif ou l'effet d'altérer substantiellement le comportement de cette personne. Ceci doit toutefois causer ou être raisonnablement susceptible de causer un préjudice significatif au consommateur⁸¹. Ces conditions sont relativement strictes, de sorte que la portée effective de la protection reste incertaine⁸².

⁷⁴ KOOLEN (n. 9), p. 434 ss.

⁷⁵ Commission européenne (n. 12), p. 156 et 159.

⁷⁶ *Idem*, p. 156 s., en référence à une étude norvégienne de 2023.

⁷⁷ Conseil fédéral (n. 44), p. 24 et 40. Voir aussi JUNG (n. 32), art. 2 N 51, p. 298.

⁷⁸ Commission européenne (n. 12), p. 154.

⁷⁹ Pour des exemples, voir Commission européenne (n. 13), p. 104.

⁸⁰ Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (Règlement sur l'intelligence artificielle ; RIA ; JO L 2024/1689).

⁸¹ Art. 5 par. 1 let. b RIA. Cf. consid. 29 du RIA.

⁸² Commission européenne (n. 12), p. 156.

C. *Marketing d'influence*

L'influenceur est une personne physique ou une entité virtuelle qui dispose d'une audience supérieure à la moyenne sur une plateforme numérique donnée. Aux fins de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales, l'influenceur peut être considéré comme un « professionnel » ou, à titre subsidiaire, comme une personne « agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel ». Cette qualification dépend de la fréquence et de la finalité commerciale des contenus publiés sur le réseau social⁸³.

Dans ce contexte, le marketing d'influence désigne une pratique commerciale consistant à promouvoir des produits ou services par l'intermédiaire d'influenceurs, en s'appuyant sur l'impact positif qu'ils ont sur la perception des consommateurs et la confiance qu'ils inspirent. Les recommandations prennent des formes variées : publications payantes, contenu affilié (p.ex. l'influenceur partage un code ou un lien de réduction avec son public, en échange d'une commission), des *retweets* ou une mention (*tag*) du professionnel ou d'une marque⁸⁴.

L'identification du caractère commercial du contenu faisant l'objet du marketing d'influence est souvent difficile. Même si l'influenceur utilise des avertissements explicites pour attirer l'attention sur la présence de communications commerciales, les consommateurs moyens, en particulier les enfants et les jeunes, peuvent être amenés à percevoir le message comme une recommandation personnelle plutôt que comme une communication publicitaire⁸⁵. Certes, l'art. 7 par. 2 de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales impose que toute communication commerciale soit indiquée comme telle, à moins que le caractère commercial ne ressorte déjà du contexte. Toutefois, l'évaluation de ce « contexte commercial » est souvent délicate pour le consommateur moyen.

L'Annexe I de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales contient deux points pertinents pour le marketing d'influence. Le point 11 interdit les pratiques qui n'indiquent pas clairement qu'un professionnel a payé pour la promotion d'un produit dans du contenu rédactionnel⁸⁶. Quant au point 22, il interdit à l'influenceur de se présenter faussement comme un consommateur, ce qui inclut l'achat de faux *likes* et *followers*⁸⁷. Pour être loyale, une communication commerciale doit donc faire l'objet d'un signalement clair et approprié, tenant compte du médium utilisé. Le consommateur ne devrait ainsi pas avoir à entreprendre d'actions sup-

⁸³ Commission européenne (n. 13), p. 26 ss et 97.

⁸⁴ *Idem*, p. 98.

⁸⁵ *Idem*, p. 97.

⁸⁶ Cf. arrêt de la CJUE C-371/20, *Peek & Cloppenburg KG c. Peek & Cloppenburg KG* du 2 septembre 2021, pts. 41 ss.

⁸⁷ Commission européenne (n. 12), p. 171. Cf. consid. 47 de la Directive modernisation.

plémentaires, notamment cliquer sur un lien « en savoir plus », pour saisir la nature publicitaire du contenu⁸⁸.

En droit suisse, il convient de raisonner à la lumière de l'art. 3 al. 1 let. b LCD, voire de la clause générale de l'art. 2 LCD. Aussi, la doctrine admet-elle que la publicité par des personnes n'agissant pas en tant que professionnels (p. ex. en cas de vente de type *party*) entre dans le champ d'application de l'art. 2 LCD⁸⁹.

L'importance de la transparence est accrue dès lors qu'une IA intervient pour le marketing d'influence ; elle permet de générer du contenu personnalisé, de simuler des interactions humaines et même de créer des influenceurs virtuels (avatars numériques). La frontière entre communication commerciale et contenu authentique devient alors plus floue encore, d'autant plus que l'IA peut cibler et adapter le discours publicitaire avec une précision inédite. L'avenir dira si, en contrepartie, le recours à l'IA permettra aussi aux consommateurs de disposer de nouveaux moyens pour détecter qu'ils font l'objet d'un marketing d'influence⁹⁰.

D. Conclusion automatique de contrats

L'évolution de la technologie, que ce soit la blockchain et les *smart contracts*⁹¹ ou l'IA, permet de plus en plus de conclure et d'exécuter des contrats sans intervention humaine directe. Le degré d'autonomie de ces technologies varie cependant fortement, allant de l'exécution logique d'instructions humaines prédéfinies à des systèmes d'IA hautement complexes analysant des données et apprenant de façon autonome⁹².

Dans le domaine B2C, on rencontre ainsi des instruments « mécaniques » tels que des assistants virtuels automatisés ou une technologie incorporée dans un dispositif IoT (*internet of things*) dit *smart* (p. ex. la commande automatique d'encre auprès du fournisseur d'une imprimante lorsque la cartouche d'encre est épuisée)⁹³. Ces technologies fournissent aux consommateurs des informations, des recommandations et prennent des décisions transactionnelles limitées.

⁸⁸ Commission européenne (n. 13), p. 98.

⁸⁹ PICHONNAZ (n. 19), art. 2 N 100 s., p. 70.

⁹⁰ On rappelle le développement de « Claudette » en rapport avec les clauses abusives, déjà mentionné en introduction.

⁹¹ Cf. D. HUG, « La protection du consommateur face aux nouvelles technologies de la conclusion et de l'exécution des contrats », in B. Carron/C. Müller (édit.), *3^e Journée des droits de la consommation et de la distribution, Blockchain et Smart Contracts – Défis juridiques*, Bâle/Neuchâtel 2018, p. 115-167.

⁹² Commission européenne (n. 12), p. 195.

⁹³ *Ibidem*.

En principe, la validité d'un contrat ne peut être niée du seul fait que sa conclusion a eu lieu par le biais d'un système automatisé⁹⁴. Tant les règles européennes de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales⁹⁵ que les règles suisses de la loi sur la concurrence déloyale suivent à ce titre un précepte de neutralité technologique. Combinés à une approche basée sur des principes généraux pour les pratiques commerciales, en particulier l'interdiction de la tromperie et l'obligation de véracité (cf. art. 1 et 2 LCD) et des états de fait spécifiques (cf. art. 3 LCD), les processus contractuels automatisés peuvent donc souvent déjà être appréhendés par les règles existantes.

Certains outils d'automatisation destinés aux consommateurs restent toutefois susceptibles d'être qualifiés de systèmes d'IA à faible risque, ce qui les soumettrait à des obligations de transparence et à des codes de conduite volontaires⁹⁶. Si un tel système interagit avec des personnes physiques, il doit être conçu et développé de manière que les consommateurs soient informés qu'ils communiquent avec un système d'IA, sauf si ceci est évident dans le contexte de l'utilisation (art. 50 par. 1 RIA)⁹⁷. Ces informations doivent être fournies de manière claire, reconnaissable et au plus tard au moment de la première interaction ou exposition (art. 50 par. 5 RIA).

E. *Chatbots d'IA*

Les chatbots alimentés par l'IA peuvent aider les professionnels à communiquer avec les consommateurs de manière plus efficace et plus ciblée. Toutefois, l'utilisation par défaut ou exclusive des chatbots d'IA risque d'empêcher les consommateurs d'exercer leurs droits, par la difficulté ou l'impossibilité d'établir un contact humain⁹⁸. Il peut aussi être difficile pour le consommateur de s'apercevoir qu'il communique avec une machine⁹⁹.

Des questions se posent ainsi quant à la possibilité pour les chatbots d'IA de garantir le respect d'obligations légales en matière de droit de la consommation (p.ex. les

⁹⁴ OFJ, *Analyse juridique de base dans le cadre de l'état des lieux sur les approches de régulation en matière d'intelligence artificielle*, 31 août 2024, p. 146 ss, en référence à la Loi type de la CNUDCI sur les contrats automatisés adoptée en juillet 2024. En Suisse, l'OFJ ne voit actuellement pas de nécessité d'adopter des règles spécifiques en rapport avec l'utilisation de l'IA dans les relations contractuelles.

⁹⁵ Commission européenne (n. 12), p. 197.

⁹⁶ *Idem*, p. 199.

⁹⁷ OFJ (n. 94), p. 107.

⁹⁸ Commission européenne (n. 12), p. 200.

⁹⁹ SEFRI, *Défis de l'intelligence artificielle, Rapport du groupe de travail interdépartemental « Intelligence artificielle » au Conseil fédéral*, p. 38. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante : https://www.sbf.admin.ch/sbf/fr/home/politique-fri/2025-2028/les-mes-transversaux/numerisation-fri/intelligence_artificielle.html, consulté le 01.10.2025.

modalités d'exercice d'un droit de révocation ou le respect d'une formalité particulière)¹⁰⁰. Il s'agit-là d'un problème d'imputation du respect des normes protectrices des consommateurs, similaire à celui déjà identifié dans le contexte de l'utilisation de la blockchain et des *smart contracts*¹⁰¹. Comme solution, le droit d'avoir toujours la possibilité, sur requête, de contacter un interlocuteur humain en cas d'emploi d'un chatbot d'IA pour des plaintes et questions de consommateurs est évoqué¹⁰².

En outre, à mesure que les consommateurs emploient davantage les chatbots d'IA comme moteurs de recherche pour obtenir des recommandations de produits et de services, il est probable que les données utilisées pour compiler une réponse contiennent du contenu sponsorisé, des publiereportages ou d'autres communications commerciales. Si les professionnels qui fournissent le chatbot d'IA reçoivent une rémunération pour la promotion de produits ou de services de tiers, ils devraient ainsi veiller à ce que cet aspect soit clairement divulgué¹⁰³.

En Suisse, la loi sur la concurrence déloyale pourrait s'appliquer dans les cas où les consommateurs ne seraient pas informés au préalable et de façon systématique de l'interaction avec des systèmes d'IA. Sur le plan matériel, cette loi constitue donc *a priori* une base légale appropriée en cas d'utilisation d'un chatbot d'IA¹⁰⁴. L'art. 3 al. 1 let. b LCD et l'art. 2 LCD entreraient ainsi en considération. À notre sens, suivant les cas, on peut y ajouter l'art. 3 al. 1 let. c LCD¹⁰⁵ ou l'art. 3 al. 1 let. s LCD.

On notera, à nouveau, qu'un système d'IA destiné à interagir avec des personnes physiques fait l'objet d'obligations particulières en droit européen (art. 50 par. 1 RIA)¹⁰⁶.

V. Conclusion

L'IA sur les réseaux sociaux est encore largement appelée à se développer. Corrélativement, l'éventail des pratiques commerciales auxquelles peuvent être confrontés les consommateurs l'est aussi.

C'est là que réside la difficulté d'appréhender, par le droit de lutte contre la concurrence déloyale, ce qui constitue un *moving target* protéiforme. Entre liberté d'innovation et protection des intérêts des consommateurs, un ajustement progressif et

¹⁰⁰ Commission européenne (n. 12), p. 201.

¹⁰¹ Cf. *supra* section IV.D. Voir aussi HUG (n. 91), N 46 ss, p. 139.

¹⁰² Commission européenne (n. 12), p. 201.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ SEFRI (n. 99), p. 98.

¹⁰⁵ P. ex. en cas d'utilisation d'un « chatbot-avocat » ou d'un « chatbot-médecin ».

¹⁰⁶ OFJ (n. 94), p. 107.

dynamique – à tout le moins une évaluation continue et critique – des règles légales pertinentes sera donc nécessaire.

L'enjeu est également d'ordre probatoire : quel est le seuil de manipulation inacceptable ou d'influence induue qu'exerce l'IA sur le consommateur, et comment peut-on l'identifier et le démontrer ? Comme alternative réglementaire pour pallier certaines difficultés, on pourrait étudier la piste d'introduire dans la loi sur la concurrence déloyale une « liste noire » de pratiques commerciales interdites en présence d'une utilisation de l'IA, en particulier sur les réseaux sociaux.

Comme aspect substantiel d'ordre matériel, on doit mentionner le défi que représente l'hypertrucage (*deepfake*), à savoir lorsque le contenu lui-même d'une information est généré ou manipulé par une IA (cf. art. 50 par. 4 RIA)¹⁰⁷ de même que, plus largement, la désinformation commerciale : comment analyser l'exactitude, respectivement la véracité des allégations, alors qu'il s'agit d'éléments cardinaux de la loi sur la concurrence déloyale (cf. art. 2 et 3 al. 1 let. b LCD) ? On rappellera ici l'existence de l'art. 13a LCD : cette disposition permet au tribunal de renverser le fardeau de la preuve concernant l'exactitude matérielle des données de fait contenues dans une publicité¹⁰⁸. L'avènement de l'IA donnera-t-il à cette disposition ses lettres de noblesse ?

En tout état, le respect du droit matériel ne peut être garanti que si la mise en œuvre collective des droits des consommateurs est réelle et effective. Aussi, en lien avec les *dark patterns*, le Conseil fédéral reconnaît-il lui-même « qu'une disposition spéciale [i. e. dans la LCD] ne résoudrait pas le problème, puisqu'il se situe au niveau de l'application du droit plutôt qu'au niveau du droit matériel »¹⁰⁹. Cet appel peu dissimulé au législateur sonne désespérément creux vu le sort encore récemment réservé à la mise en œuvre collective des droits des consommateurs en procédure civile interne¹¹⁰.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Une publicité individualisée, même à large échelle, reste une publicité au sens de l'art. 13a LCD : P. SPITZ/P. BLANK, « art. 13a », in P. Jung (édit.), *Stämpfli's Handkommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 3^e éd., Berne 2023, N 17, p. 1701.

¹⁰⁹ Conseil fédéral (n. 44), p. 45.

¹¹⁰ Le 17 mars 2025, le Conseil national a refusé d'entrer en matière sur un projet du Conseil fédéral facilitant l'action en justice collective dans la procédure civile interne. Le dossier part ainsi au Conseil des Etats, cf. Assemblée fédérale, *Le National contre les actions en justice collectives en Suisse*, 17 mars 2025, https://www.parlament.ch/fr/services/news/Pages/2025/20250317184630627194158159026_bsf133.aspx, consulté le 01.10.2025.

Enfin, le 12 février 2025, le Conseil fédéral s'est prononcé en faveur de la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe sur l'IA¹¹¹ et d'une modification nécessaire du droit national¹¹². Il reste donc à voir si et, le cas échéant, quelles seront ces modifications du point de vue de la législation de lutte contre la concurrence déloyale.

¹¹¹ Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur l'intelligence artificielle et les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit du 5 septembre 2024, disponible à l'adresse suivante : <https://www.coe.int/fr/web/artificial-intelligence/la-convention-cadre-sur-l-intelligence-artificielle>, consulté le 01.10.2025.

¹¹² Conseil fédéral, *Réglementation de l'IA : le Conseil fédéral veut ratifier la Convention du Conseil de l'Europe*, 12 février 2025, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-104110.html>, consulté le 01.10.2025.

