CONTRATS
CONCURRENCE
CONSOMMATION

Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2014, étude 1

La loyauté des pratiques commerciales à l'égard des consommateurs . - Plaidoyer pour une refonte

Etude par Hélène CLARET
maître de conférences à la Faculté de droit de Chambéry (CDPPOC)

Sommaire

Les pratiques déloyales des professionnels vis-vis des consommateurs sont aujourd'hui appréhendées par un ensemble de textes disparates et souvent incohérents. Cette situation est largement liée à la manière dont la directive 2005/29 du 11 mai 2005 a été transposée en droit français. Cet article propose quelques pistes de réflexion autour d'une refonte de ce dispositif et de son champ d'application.

1. - La lutte contre l'inflation législative est à la mode : on ne compte plus les lois de « simplification du droit »[Note 1] et les rapports sur ce thème[Note 2], avec pour objectif constant l'accessibilité du droit... Répondant largement au même souci, la recodification du Code de la consommation est prévue depuis plusieurs années[Note 3]. Cette recodification doit se faire à droit constant avec la réserve des modifications nécessaires pour assurer « *la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit* », ainsi que l'abrogation des dispositions, codifiées ou non, devenues inutiles. Parmi les nombreuses « malfaçons »[Note 4] du code pour lesquelles une refonte améliorant la « cohérence rédactionnelle » serait bienvenue, il y a l'appréhension de la loyauté des relations de consommation[Note 5]. Pourtant au coeur de ces dernières, fondement des premières lois considérées comme protectrices du consommateur - la loi du 1er août 1905 particulièrement[Note 6] - la loyauté fait en effet l'objet de multiples dispositions visant les mêmes comportements.

2. - L'une des causes de cette profusion réside dans la manière chaotique dont le législateur français a transposé la directive 2005/29 du 11 mai 2005 (« directive PCD »[Note 7]) : des dispositions ont d'abord été introduites en catimini[Note 8] par la loi du 3 janvier 2008[Note 9], puis cette première salve ayant paru insuffisante (ce qui était évident d'emblée), le texte a été transposé de manière complète sinon satisfaisante par la loi du 4 août 2008[Note 10] ; soit deux textes en sept mois, avant quelques retouches par la loi de simplification du droit du 17 mai 2011.

3. - Ainsi, de l'option qui s'offrait à lui[Note 11], transposition « en bloc » ou refonte de l'ensemble des dispositions touchant à la loyauté des relations de consommation, le législateur a pris la première branche[Note 12]. Sans doute peut-on y voir un souci d'affichage vis-à-vis de la Commission européenne[Note 13] voire celui de préserver certains textes

considérés comme symboliques[Note 14]... Ce choix révèle en tout cas que l'ampleur des évolutions apportées par la directive n'a pas été mesurée. A la décharge du législateur, cette évaluation était difficile[Note 15]. On pouvait malgré tout prédire que son impact se manifesterait au-delà de celui de la directive qu'elle remplaçait en partie[Note 16], tant dans son champ d'application que de par son caractère d'harmonisation maximale[Note 17]. De fait, elle a provoqué un « séisme »[Note 18] dont l'onde de choc se propage au-delà du Code de la consommation[Note 19]. Huit ans après son adoption, alors que les décisions de la Cour de justice l'interprétant se multiplient[Note 20] condamnant bien des législations nationales, qu'après des « Orientations » sur sa mise en oeuvre[Note 21], la Commission a rendu un rapport[Note 22] et une communication[Note 23] en forme de *satisfecit* sur sa mise en oeuvre[Note 24], il est permis de dresser un bilan critique du dispositif relatif aux pratiques déloyales en droit français de la consommation.

4. - Le choix du législateur de transposer la directive en lieu et place des règles relatives à la **publicité trompeuse,** sans réflexion d'ensemble sur le sort de toutes dispositions ayant un objet similaire, révèle de fait toutes ses limites. Outre les risques de condamnation auxquels il expose la France, il a pour conséquence que le droit des pratiques déloyales est devenu illisible, critique majeure quand les sanctions sont pénales[Note 25]. Une réflexion sur une réorganisation de l'ensemble des dispositions touchant à la loyauté dans les relations de consommation paraît dès lors indispensable. Compte tenu du caractère obligatoire de la directive[Note 26], cette réflexion doit conduire à un recentrage autour de ce dispositif[Note 27]. Dans un second temps, dès lors que certaines dispositions du droit français seraient supprimées, il convient de réfléchir au rayonnement de ce dispositif rénové.

1. Le recentrage du dispositif de lutte contre les pratiques déloyales

5. - Pour déterminer quelles dispositions devraient être comprises dans le périmètre de la refonte, il faut s'intéresser aux finalités de la réglementation des méthodes commerciales à destination du consommateur. De manière très générale, il s'agit de faire en sorte que ce dernier prenne sa « décision commerciale »[Note 28] librement et en connaissance de cause. Il faut donc qu'il soit correctement informé - une information fausse ne répond pas à cette exigence - et qu'il ne soit pas sujet à des pressions. Ce sont donc l'ensemble des textes qui poursuivent cet objectif qui méritent d'être repensés. L'entreprise est certes hasardeuse[Note 29] mais non point impossible. On peut en effet identifier, notamment dans le Code de la consommation, des textes généraux ou spéciaux qui ont cette finalité[Note 30] ; ces textes sont d'autant plus nombreux que la directive envisage largement tant la notion de pratique commerciale que celle de pratique déloyale[Note 31].

A. - Une définition large des pratiques commerciales

6. - La directive - à défaut du droit français - considère comme « pratique commerciale », « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale [...], de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* »[Note 32]. La définition est donc *« particulièrement large »*[Note 33] : se trouvent visés *« l'ensemble des procédés liés au commerce »*[Note 34]. Elle est aussi neutre, englobant non seulement les *« procédés incitatifs »*[Note 35] mais également l'information du consommateur, dès lors qu'elle est donnée avec une *« intention commerciale »*[Note 36], ce qui sera toujours le cas. Ainsi toutes les informations diffusées (mais aussi leur absence ou leur fausseté) et procédés utilisés par un professionnel à l'occasion de la commercialisation des produits qu'il propose, sont susceptibles d'être appréhendées par ce biais. Cette conception extensive n'est pas propre au Droit de l'Union européenne : sous l'empire des dispositions antérieures, la jurisprudence française avait de même une conception large de la notion de publicité[Note 37] ou encore aujourd'hui, des moyens de la tromperie. Mais au-delà des textes visant les pratiques commerciales déloyales ou les tromperies, compte tenu de la neutralité de la définition, rentrent aussi dans le champ de la réflexion les articles L. 111-1 et suivants du Code de la consommation[Note 38]. Cette définition permet au final de rassembler l'ensemble des modalités par lesquelles se font l'information du consommateur et les incitations qu'il reçoit.

De la même manière, les critères de la déloyauté des pratiques commerciales permettent d'y inclure des pratiques qui, en droit français, font (toujours) l'objet de dispositions particulières.

B. - Une définition accueillante des pratiques déloyales

7. - La directive a adopté un système de « définition gigogne », la déclinaison spécifique aux pratiques trompeuses et agressives se trouvant subsumée dans une définition générale des pratiques déloyales, laquelle peut servir de référence au juge si la pratique n'est visée à aucun titre particulier[Note 39] ; à ce double degré de définition s'ajoute une liste de pratiques, trompeuses ou agressives, considérées comme déloyales *per se*[Note 40]. Il y a donc trois niveaux d'appréciation de la déloyauté : la liste des pratiques présumées irréfragablement déloyales, les pratiques qui peuvent, dans certaines circonstances, être considérées comme telles et enfin la définition générale qui suppose que soient démontrés un manque de *« diligence professionnelle »* et une *« altération substantielle du comportement économique »* du consommateur[Note 41]. De deux choses l'une : soit le comportement figure dans la liste de l'Annexe I telle que transposée et tout autre texte le visant aussi devient superflu ; soit il n'y est pas et se pose la question de la coordination du régime général et des textes spécifiques.

1° Textes visant des comportements figurant dans l'Annexe 1

8. - L'Annexe 1 de la directive donne une liste de comportements - trompeurs ou agressifs - considérés comme déloyaux en eux-mêmes et à ce titre interdits. Le législateur français a repris cette liste « noire » aux articles L. 121-1-1 et L. 122-11-1 du Code de la consommation, sans toujours tenir compte des textes qui, dans ou hors Code de la consommation, visaient déjà ces pratiques. On se trouve donc face à des doublons, éventuellement sanctionnés différemment. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut donner plusieurs illustrations de ces redondances[Note 42].

9. - Au titre des pratiques trompeuses, c'est l'utilisation frauduleuse d'un label ou d'une appellation d'origine, sanctionnée à la fois par les articles L. 121-1-1 6° et L. 115-16 du Code de la consommation. Un seul texte suffirait ; le législateur a le choix entre supprimer le second texte ou le 6° du premier. L'option n'est pas neutre : choisir de maintenir un texte spécifique plutôt que viser le comportement au sein d'une liste a l'avantage de la cohérence mais aussi celui d'améliorer la lisibilité des textes. Ce choix pourrait être fait surtout si le législateur entend sanctionner un comportement distinctement, notamment en fonction de sa gravité. C'est d'ailleurs le parti pris pour la vente « à la boule de neige »[Note 43].

10. - Les mêmes remarques s'imposent à propos des pratiques agressives. Certaines figurant dans la liste de l'article L. 122-11-1 font aussi l'objet d'une incrimination spécifique ; par exemple la vente forcée (*C. consom., art. L. 122-11-1 6*), visée aussi par l'article L. 122-3. Il en va de même des loteries publicitaires, pratique qui a pourtant fait l'objet des attentions du législateur français[Note 44] : au lieu de supprimer les articles L. 121-36 et suivants, ce dernier a choisi de les conserver, se contentant de retouches[Note 45]. Au regard du caractère agressif de la pratique[Note 46], la disposition apparaît du coup redondante avec l'article L. 122-11-1. La Cour de justice a en effet jugé que le fait d'exiger une contrepartie financière, même négligeable et même en informant le consommateur, était contraire à la directive, dès lors que la pratique figure dans l'Annexe I[Note 47]. Or c'est aussi ce qu'affirme l'article L. 121-36. L'une des deux dispositions, article L. 121-36 ou L. 122-11-1, 8°, apparaît dès lors superflue.

11. - Quant à l'abus de faiblesse[Note 48], il fait l'objet de trois incriminations : aux deux abus de faiblesse des codes pénal et de la consommation[Note 49], s'est ajoutée l'interdiction de cette pratique au titre de l'article L. 121-11-1[Note 50], incriminations assorties de sanctions différentes[Note 51]. La dualité Code pénal/Code de la consommation a pu susciter la critique[Note 52] ; *a fortiori* est-ce le cas à présent que ce même comportement est l'objet de trois textes[Note 53]. Si l'abus de faiblesse du Code pénal paraît devoir être maintenu car permettant d'appréhender des comportements qui ne se déroulent pas dans le cadre d'une relation de consommation, celui du Code de la consommation apparaît d'autant plus superflu[Note 54] ; à tout le moins, son maintien passerait par sa redéfinition au regard de la directive 2005/29, et la suppression du 2° de l'article L. 122-11-1.

12. - L'analyse est plus complexe lorsque le comportement visé par un texte national ne figure pas dans la liste noire. Il faut alors se reporter à la définition générale des pratiques déloyales.

2° Définition générale des pratiques déloyales

13. - La directive et le Code de la consommation *(C. consom., art. L. 120-1*) définissent en des termes voisins[Note 55], la pratique déloyale. Cette définition générale repose sur deux éléments. Il faut que la pratique soit *« contraire aux exigences de la diligence professionnelle »*, cette dernière étant définie (par la directive) comme *« le niveau de compétence (...) et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité »*[Note 56]. Il faut aussi que ce comportement ait altéré ou ait été *« susceptible d'altérer de manière substantielle »* le *« comportement économique »* du consommateur, c'est-à-dire de l'amener à prendre une *« décision commerciale »*, qu'il n'aurait pas prise autrement. Bref, le consommateur est amené à contracter, à exercer ou non certains droits, alors qu'il aurait pris une décision différente en l'absence de déloyauté. Cela va donc au-delà de la prise en compte d'un dol affectant le consentement du consommateur[Note 57], et ce d'autant que l'existence d'un contrat n'est pas nécessaire. La définition est donc large[Note 58]. Elle est ensuite déclinée par le code, à l'exemple de la directive, en pratiques trompeuses et agressives. Indépendamment des critiques que l'on peut formuler à l'encontre de l'organisation du Titre II du code[Note 59], il faut s'intéresser au fond des textes, en reprenant cette distinction.

a) Pratiques trompeuses

14. - C'est l'article L. 121-1 qui définit les pratiques trompeuses. D'emblée, l'adjectif « trompeur » fait écho aux tromperies des articles L. 213-1 et suivants du Code de la consommation. Certes, si on s'en rapporte au plan du code, ces derniers textes relèvent de l'idée de conformité ; mais cette conformité étant appréciée par rapport à ce qui est attendu ou annoncé par l'information donnée, la proximité est évidente. Du reste, la loyauté des transactions commerciales est évoquée dans l'article L. 212-1, disposition préliminaire à ce corps de règles. L'examen plus approfondi des textes permet de vérifier cette impression. Il n'est pas ici question de reprendre ligne par ligne la litanie des pratiques décrites par les articles L. 121-1 ou L. 213-1 du Code de la consommation. Quelques points de comparaison suffiront[Note 60].

15. - Le principal comportement visé par l'article L. 121-1 consiste dans le fait pour un professionnel de fournir des informations trompeuses ou d'omettre de fournir des informations sur les *« caractéristiques essentielles »* du bien ou du service, parmi lesquelles les *« qualités substantielles »*[Note 61]. Or cette référence aux qualités substantielles se trouve aussi à l'article L. 213-1. Quant aux « caractéristiques essentielles », elles sont visées également par les articles L. 111-1 et suivants : au-delà de la composition ou du mode de fabrication, se trouvent l'aptitude à l'usage, l'origine, la date de fabrication etc. L'une des différences entre tous ces fondements tient au fait que le prix n'est pas pris en compte au titre des tromperies, mais peut l'être au titre des pratiques déloyales[Note 62], ainsi qu'à celui du manquement à l'obligation d'information... Pour le reste, leur contenu est proche et l'on peut se demander ce qui justifie le maintien de trois séries de règles appréhendant les mêmes comportements. Cette redondance se justifie d'autant moins que ces pratiques sont sanctionnées de la même manière[Note 63] : l'article L. 121-6 prévoit que les sanctions des pratiques commerciales trompeuses sont, pour l'heure[Note 64], celles des fraudes et tromperies[Note 65].

16. - Les textes visant certaines pratiques commerciales : soldes *(C. com., art. L. 310-3*), revente à perte (*C. com., art. L. 442-2)*, refus de vente et vente liée (*C. consom., art. L. 122-1*), ventes avec primes (*C. consom., art. L. 121-35*), loteries (*C. consom., art. L. 121-35 et s.*)... méritent également d'être repensés. Quelques-unes de ces pratiques ont déjà fait l'objet des attentions de la Cour de justice[Note 66]. Or la prise en compte de cette jurisprudence par le législateur français est emblématique des vices de sa méthode[Note 67], loin d'une simplification du droit[Note 68]. Ainsi pour les ventes avec primes (comme pour les ventes liées), l'adaptation s'est traduite par l'adjonction d'un membre de phrase à l'article L. 121-35 : *« dès lors que la pratique en cause revêt un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1 »* ; les autres aspects n'ont en revanche pas été modifiés, en particulier pas l'alinéa 2, excluant l'application de cette disposition aux primes de faible valeur. Est par là établie une espèce de présomption de loyauté lorsque la prime est inférieure au plafond défini ; le caractère déloyal n'a à être examiné que si la prime ne rentre pas dans le champ d'application de l'alinéa 2. Mais dès lors qu'il est renvoyé à l'article L. 120-1, autant supprimer l'article L. 121-35[Note 69].

17. - La même remarque s'impose pour les ventes liées (*C. consom., art. L. 122-1*). Le législateur, sans supprimer le texte, a soumis l'interdiction de la pratique à son caractère déloyal, au regard de l'article L. 120-1. La mise en oeuvre des textes s'agissant de cette pratique commerciale est délicate comme l'illustre le contentieux nourri relatif à la vente d'ordinateurs prééquipés de logiciels[Note 70]. En l'état actuel d'une jurisprudence fournie[Note 71] et encore incertaine[Note 72], il apparaît que le débat est placé sur le terrain de l'information : le consommateur doit être informé des caractéristiques essentielles du produit, dont fait partie le prix des logiciels[Note 73] ; et la Cour de cassation a écarté le caractère de pratique commerciale déloyale dès lors que le consommateur avait la possibilité de se procurer un ordinateur « nu » sur le site du fabricant tourné vers les professionnels[Note 74]. La tendance semble être à la casuistique, alors que la notion de « consommateur moyen » devrait conduire à préférer une appréciation *in abstracto* du caractère déloyal de la pratique[Note 75]. Le débat n'est peut-être pas clos : à l'occasion des discussions du projet de loi relatif à la consommation, divers amendements tendant à faire de la vente d'ordinateurs prééquipés, une vente par lot et d'imposer alors une information du consommateur sur le prix des logiciels ont été proposés mais rejetés[Note 76].

18. - Suivant une technique similaire, l'article L. 121-36 continue d'affirmer que les loteries publicitaires ne sont licites que si elles sont gratuites, avant de prévoir que si la participation à la loterie est subordonnée à une obligation d'achat, le caractère loyal doit alors être apprécié au regard des dispositions de l'article L. 120-1. Par ailleurs ont été maintenues l'exigence d'un bulletin de participation distinct du bon de commande, ce qui n'a véritablement de sens que si la loterie est indépendante de toute commande[Note 77]. La mise en oeuvre de cette disposition en lien avec l'article L. 120-1 reste donc complexe. Au surplus, pas plus la loi de 2011, que l'ordonnance portant adoption du Code de la sécurité intérieure[Note 78] n'ont réglé la question de l'articulation de ces règles avec la prohibition des loteries désormais affirmée par ce code[Note 79]. Revente à perte[Note 80] et soldes[Note 81] soulèvent les mêmes questions.

b) Pratiques agressives

19. - S'agissant des pratiques agressives, la circonspection est davantage de mise, compte tenu du flou de leur définition[Note 82]. Malgré tout, il semble que l'on puisse trouver quelques textes qui, y compris hors du Code de la consommation mériteraient d'être confrontés à la réglementation des pratiques commerciales agressives. Tel est le cas du démarchage à l'occasion d'obsèques, réglementé par l'article L. 2223-33 du Code général des collectivités territoriales[Note 83]. L'encadrement de cette pratique et les interdictions édictées ne paraissent pas par leur généralité, conformes à la directive, qui ne la vise pas spécifiquement ; ainsi le caractère agressif devra être démontré, ce qui pourra s'inférer des circonstances visées par l'article L. 122-11 II 3° du Code de la consommation.

20. - On le voit, les malfaçons ayant affecté la transposition de la directive 2005/29 conduisent à une complexité inutile du dispositif de lutte contre les pratiques déloyales. Celui-ci mériterait dès lors d'être repensé, recentré autour de cette notion, ce recentrage pouvant passer soit par la suppression de certains textes généraux ou spécifiques, soit par la modification de ces derniers, dans la perspective de la directive, pour autant du moins que le législateur voudrait les sanctionner en particulier, à raison par exemple de la gravité des comportements incriminés. Mais ce recentrage doit aussi s'accompagner d'une réflexion sur le champ d'application assigné au dispositif de lutte contre les pratiques déloyales. La question est de savoir quel doit être le rayonnement du dispositif ainsi rénové.

2. Le rayonnement du dispositif de lutte contre les pratiques déloyales

21. - La question se pose car à bien y regarder, le champ d'application des textes n'est pas exactement le même. Ce n'est pas tant la question des produits couverts qui soulève des difficultés que celui du type de relations.

A. - Le rayonnement du dispositif *ratione materiae*

22. - Quoique pouvant de prime abord paraître ne concerner que les marchandises car visant les « produits », la directive a en fait un champ d'application bien plus large. Cela ressort de l'article 2 *c)* qui définit le produit comme *« tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations »*. L'extension aux services ne

soulève guère de difficultés[Note 84]. Les principaux textes dont on peut rapprocher les dispositions relatives à la lutte contre les pratiques commerciales déloyales, le prévoient déjà : c'est le cas des articles L. 213-1 et suivants[Note 85] ; de même, l'obligation générale d'information, d'abord cantonnée aux biens vendus, a été étendue aux services. Les dispositions ont donc le même champ d'application, ce qui simplifie la refonte.

23. - Mais la directive étend également la notion de produit et donc le dispositif de lutte, aux biens immobiliers, « droits et obligations ». Quant aux biens immobiliers, cela signifie que sont susceptibles d'être qualifiées de pratiques commerciales déloyales, les pratiques des agents immobiliers ou autre promoteurs, celles qui concernent la vente ou la location d'un immeuble... ce qui n'est pas le cas de la législation relative aux fraudes et tromperies[Note 86] ni des dispositions relatives à l'obligation générale d'information[Note 87]. L'onde de choc du séisme peut se propager à cet égard encore hors du Code de la consommation, notamment au Code de la construction et de l'habitation. Quant à l'inclusion des « droits et obligations », outre le fait que la pratique peut porter sur les obstacles mis par le professionnel à l'exercice de ses droits par le consommateur en cours de contrat, elle signifie que le dispositif s'applique également aux biens incorporels, tels par exemple, les biens dématérialisés (contenus en ligne). À cet égard encore, la protection offerte est plus large que celle des autres textes existants dont la suppression n'aurait du coup pas de conséquence à cet égard.

B. - Le cantonnement du dispositif *ratione personae*

24. - La directive de 2005 vise les relations entre professionnels et consommateurs, le consommateur étant défini, là comme dans les autres textes du droit de l'Union européenne, comme la personne qui agit à des fins étrangères à son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale[Note 88]. La Cour de justice prend d'ailleurs soin de préciser que la finalité de la législation doit être de protéger le consommateur[Note 89], même s'il suffit que le but soit, au moins partiellement, celui-là pour justifier sa compétence et l'examen de la législation nationale au regard de la directive de 2005.

25. - Le législateur français a pris le parti d'étendre certaines des dispositions de transposition aux relations entre professionnels, dans la lignée de celles relatives à la **publicité trompeuse** ; parallèlement, les articles L. 213-1 et suivants s'appliquent aussi aux relations entre professionnels. Tant ces derniers que les dispositions antérieures en matière de **publicité trompeuse** visent de même le comportement des particuliers. Cette extension du champ d'application à d'autres relations que de consommation doit être mesurée. En premier lieu, et sur un plan général, parce qu'elle signifie que le législateur français perd toute latitude dans leur mise en oeuvre. Selon la Cour de justice, si un législateur national étend le champ d'application de dispositions de transposition à des situations que cette directive ne visait pas, elle devient compétente pour interpréter ces dispositions[Note 90]. Surtout, l'extension à des relations autres que de consommation méconnaît la spécificité de ces dernières et, au-delà, du droit de la consommation. Si la critique n'est pas dirimante s'agissant des relations entre professionnels dès lors que l'on admet que le droit de la consommation s'inscrit dans un droit du marché, elle le devient s'agissant des relations entre particuliers.

1° Les relations entre professionnels

26. - Comme d'autres États membres[Note 91], le législateur français a pris le parti d'étendre le jeu de l'article L. 121-1, I aux pratiques visant des professionnels (*C. consom., art. L. 121-1, III*) ; de la même manière, les dispositions relatives aux tromperies et - avant transposition de la directive - celles relatives à la **publicité trompeuse** ou encore les dispositions relatives à la **publicité comparative** - s'appliquent également aux pratiques à destination des professionnels[Note 92]. Cette extension peut s'autoriser de la tendance qui se manifeste en faveur d'un rapprochement des dispositions applicables à ces deux types de relations. Elle correspond à l'apparition d'un droit du marché, dont le droit des pratiques déloyales constitue justement l'une des manifestations les plus typiques[Note 93]. Toutefois, cette extension peut se discuter. Car si la loyauté s'impose dans les relations entre professionnels comme dans les relations juridiques - voire humaines - en général, elle ne saurait être appréciée de la même manière : on peut s'attendre en particulier à ce qu'indépendamment de sa capacité de négociation, un professionnel n'ait pas besoin du même niveau d'information qu'un consommateur pour prendre sa décision. Faut-il prendre en compte dès lors, le professionnel moyen ? De plus d'autres textes, notamment dans le Code de commerce, visent l'information entre professionnels (V. notamment *C. com.,*

art. L. 441-6) et du coup, seraient susceptibles de rentrer en concurrence avec l'article L. 121-1 du Code de la consommation[Note 94].

2° L'exclusion des relations entre particuliers

27. - L'une des différences principales entre le champ d'application des dispositions relatives à la **publicité trompeuse** et aux tromperies d'une part et aux pratiques commerciales déloyales d'autre part, tient au fait que les premières étaient ou sont susceptibles de s'appliquer aux relations entre particuliers : un particulier vendant un bien par petite annonce, est susceptible de se rendre coupable de tromperie voire de falsification ; en revanche, il ne peut être poursuivi au titre des pratiques commerciales déloyales[Note 95]. Si les textes relatifs aux premières venaient à être supprimés, faudrait-il étendre le champ d'application des secondes aux relations entre particuliers ? Cette question de l'extension du champ d'application de la directive a été posée par la Commission à l'occasion de son rapport sur son application ; la plupart des personnes consultées s'y sont montrées défavorables et la Commission également n'a pas jugé cette extension opportune[Note 96]. Indépendamment des doutes sur la compétence de l'Union à cet égard[Note 97], une telle extension ne paraît de fait pas fondée. Ces règles procèdent d'une asymétrie dans la relation, qui n'existe pas entre particuliers. De plus, si on considère le droit de la consommation comme relevant d'un droit du marché, les relations entre particuliers n'en font pas partie. Pour autant cela ne signifie pas que le particulier vendeur bénéficie d'une immunité : sur le plan civil, le dol, voire l'erreur ou la violence peuvent être invoqués ; pénalement, l'escroquerie et les infractions voisines permettent de poursuivre un contractant indélicat. Nul besoin donc de recourir aux dispositions spécifiques aux relations de consommation.

28. - Ce bref panorama des dispositions destinées à assurer la loyauté des relations de consommation fait apparaître la nécessité d'une refonte d'ampleur dans ce domaine. Il révèle aussi la faiblesse du travail législatif, entre crainte d'une condamnation et souci de préserver l'existant. On veut croire que les travaux de recodification du droit de la consommation seront l'occasion d'y remédier.

Note 1 *L. n° 2009-526, 12 mai 2009. - L. n° 2011-525,17 mai 2011. - L. n° 2012-837,12 mars 2012.*

Note 2 V. encore celui de la Mission de lutte contre l'inflation législative remis au Premier ministre en mars 2013 : *JCP G 2013, 722.*

Note 3 *L. n° 2008-3, 3 janv. 2008, art. 35. - L. n° 2010-737, 1er juill. 2010, art. 63* ; et maintenant le projet de loi en discussion.

Note 4 *P. Stoffel-Munck, L'infraction de vente liée à la dérive... Observations sur les malfaçons du droit de la consommation : JCP G 2009, étude 84.*

Note 5 *G. Raymond, JCl. Concurrence-Consommation, Fasc. 900, n° 1.*

Note 6 Mais aussi la loi du 2 juillet 1963 relative à la publicité mensongère.

Note 7 Voir « DPCD » dans le jargon de la Commission.

Note 8 Par amendement, cf. *S. Fournier, De la publicité fausse aux pratiques commerciales trompeuses : Dr. pén. 2008, étude 4.*

Note 9 *L. n° 2008-3, 3 janv. 2008.*

Note 10 *L. n° 2008-776, 4 août 2008.*

Note 11 Sur cette alternative, *G. Raymond, Incidences possibles de la transposition de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation : Contrats, conc. consom. 2006, étude 1, spéc. n° 37.*

Note 12 Ce qui relativise le *satisfecit* de la Commission dans ses récents travaux sur l'application de la directive. V. aussi sur les limites de l'harmonisation maximale, *P. Rémy-Corlay : RTD civ. 2005, p. 747*.

Note 13 Une transposition « en bloc » permettant de notifier des mesures nationales d'exécution facilement identifiables.

Note 14 Ainsi la loi du 1er août 1905. Le législateur a aussi cherché par la loi de 2011, à préserver certains textes (loteries publicitaires, ventes avec prime, ventes liées), avec l'espoir de peser lors de la refonte de la directive (cf. *infra*) : l'inflation législative justifiée par le lobbying...

Note 15 Cf. *P. Rémy-Corlay, article préc.*

Note 16 *Cons. CE, dir. n° 84/450/CEE, 10 sept. 1984 relative à la* ***publicité trompeuse.***

Note 17 V. *G. Raymond, Incidences possibles de la transposition de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation, étude préc., n° 37. - J. Berrebi, Commentaire de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales : RLDC 2005/19, n° 10*.

Note 18 *G. Raymond, Incidences possibles de la transposition de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005..., étude préc., n° 37*.

Note 19 Elle touche bien sûr les dispositions du Code de commerce visant certaines pratiques commerciales, mais pas uniquement.

Note 20 *CJCE, 23 avr. 2009, aff. jtes C-261/07 et C-299/07, VTB-VAB NV. - CJCE, 9 nov. 2010, aff. C-540/08, Mediaprint. - CJUE, 14 janv. 2010, aff. C-304/08, Plus Warenhandelsgesellschaft mbH - CJUE, (ord.) 30 juin 2011, aff. C-288/10, Wamo. - CJUE, (ord.) 15 déc. 2011, aff. C-126/11, INNO NV. - CJUE, 18 oct. 2012, aff. C-428/11, Purely Crative e. a. - CJUE, 13 janv. 2013, aff. C-206/11, Köck. - CJUE, (ord.) 7 mars 2013, aff. C-343/12, Euronics. - CJUE, 19 sept. 2013, aff. C-435/11, CHS Tour Services GmbH. - CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-59/12, BKK Mobil Oil. - CJUE, 17 oct. 2013, aff. C-391/12, RLvS Verlagsgesellschaft mbH*.

Note 21 Orientations pour la mise en oeuvre et l'application de la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales, *SEC (2009) 1666*.

Note 22 Premier rapport sur l'application de la directive 2005/29, *COM(2013)139.*

Note 23 Communication au Parlement européen, au Conseil et au CESE, *COM(2013)138*.

Note 24 Qui l'a conduite à ne pas envisager sa modification, mais des mesures d'adaptation (V. *D. Roskis, C.-M. Dorémus, Contrôle des pratiques commerciales déloyales. Retour sur la transposition et l'application en France de la directive 2005/29/CE : CDE 2013, n° 4, dossier 28*).

Note 25 Sur cet aspect, *N. Douche-Doyette, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de la consommation : Thèse, Université de Lorraine, 2012, n° 525 s.* Mais l'argument vaut aussi pour des sanctions administratives, telles que les envisage le projet de loi en cours de discussion.

Note 26 Et d'harmonisation maximale.

Note 27 V. dans le même sens, *N. Douche-Doyette, Thèse préc.* - Et, dans une perspective plus limitée, *A.-L. Falkman, Les ventes subordonnées, ventes avec primes et loteries sont désormais officiellement licites : avancée juridique ou casse-tête à venir ? : Contrats, conc. consom. 2011, alerte 64*.

Note 28 *PE et Cons. UE, dir. n° 2005/29, art. 2, k*. Rappelons que la directive ne vise pas seulement les pratiques dans la période précontractuelle mais également celles venant gêner l'usage de certains droits après conclusion du contrat (l'exercice du droit de rétractation ou d'une action en justice, par ex.). De plus le jeu du dispositif n'est pas subordonné à la conclusion d'un contrat valable.

Note 29 V. *P. Rémy-Corlay, article préc., p. 747*.

Note 30 Certains notent d'ailleurs la proximité des dispositions en cause : V. *J. Calais-Auloy et H. Temple, Droit de la consommation : Dalloz 2010, 8e éd., n° 132*. - V. aussi, critique, *N. Douche-Doyette, thèse préc.*

Note 31 La notion de professionnel aussi est largement conçue, s'étendant à des organismes de droit public : *CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-59/12, BKK Mobil Oil*.

Note 32 *Art. 2 d.*

Note 33 *CJCE, 23 avr. 2009, aff. jtes C-261/07 et C-299/07, VTB-VAB NV.* - et plus récemment *CJUE, 17 janv. 2013, aff. C-206/11, Köck, préc.*

Note 34 *S. Fournier, De la publicité fausse aux pratiques commerciales trompeuses : Dr. pén. 2008, étude 4, n° 6.*

Note 35 Suivant l'expression de *J. Calais-Auloy et H. Temple, Droit de la consommation, préc. p. 142.*

Note 36 V. *concl. AG M. Wathelet dans l'affaire C-391/12, RLvS, pt 37.*

Note 37 Ainsi selon la Cour de cassation, constituait une publicité, tout moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services proposés (*Cass. crim., 23 mars 1994 : Bull. crim. 1994, n° 114*).

Note 38 La directive n° 2011/83 (en cours de transposition dans le cadre de la loi relative à la consommation) prévoit aussi de telles obligations dans le cadre spécifique des méthodes de distribution qu'elle couvre ; elle comporte d'ailleurs des dispositions de coordination avec la directive 2005/29, notamment concernant la vente forcée (*art. 27*). Le règlement n° 1169/2011 du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires, lie de même information (étiquetage) et pratiques commerciales déloyales (*Consid. 5*). On pourrait évoquer d'autres textes tel l'article L. 441-2 du Code de commerce, relatif à la publicité pour les produits alimentaires périssables. Toutefois cette disposition conjoncturelle est destinée à protéger les petits producteurs face aux pratiques des distributeurs, ce qui pourrait justifier son exclusion du champ d'examen de la Cour de justice (sur la prise en compte des finalités de la législation sous examen, *V. n° 25 de la présente étude*). De même, la future loi interdisant aux librairies en ligne d'offrir cumulativement réduction et gratuité du port semblerait contraire à la directive (en ce sens *E. Petit : D. 2013, p. 2333*).

Note 39 V. *CJUE, 19 sept. 2013, aff. C-435/11, CHS préc.*

Note 40 Pour un schéma éclairant du dispositif, V. *SEC (2009) 1666, Ann. 68.*

Note 41 V. *SEC (2009) 1666, p. 68 et 69 et les concl. de l'AG N. Wahl,* dans l'affaire C-435/11, CHS Tour Services, (à propos du critère tiré de la diligence professionnelle).

Note 42 On pourrait aussi citer, hors du Code de la consommation, le fait de présenter un produit comme susceptible de soigner (*art. L. 121-1-1, 16°*), visé également par l'article L. 5122-15 du Code de la santé publique ; ou encore l'article 10 de la loi n° 86-897 du 1er août 1986, qui prévoit que les publi-reportages doivent être précédés de la mention « publicité ou communiqué », l'article L. 121-1-1 11° n'étant pas si pointilleux. Ce texte pourrait être contraire à la directive par sa généralité : la Cour a validé une telle exigence, dans le cas où la présentation ne permettait pas de reconnaître le caractère publicitaire de la publication (*CJUE, 17 oct. 2013, aff. C-391/12, RLvS*).

Note 43 Comp. l'article L. 121-1-1 à l'Annexe I de la directive qui vise le procédé au 14°, ce dernier fait l'objet spécifiquement de l'article L. 122-6 1°.

Note 44 Par la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, le législateur entendant se conformer à la jurisprudence de la Cour de justice (*CJCE, 9 nov. 2010, aff. C-540/08, Mediaprint*).

Note 45 V. n° 18 de la présente étude.

Note 46 La pratique pouvant aussi être jugée trompeuse, selon les cas (V. infra n° 18).

Note 47 *CJUE, 18 oct. 2012, aff. C-428/11, Purely creative Ltd, préc.*

Note 48 Ce comportement englobe aussi d'autres infractions spéciales telles les activités des sociétés de recouvrement ou encore le démarchage à l'occasion d'obsèques (*cf. G. Raymond, Droit de la consommation, article préc., n° 248*), qui paraissent plutôt relever de la définition générale des pratiques agressives (*V. n °20 de la présente étude*).

Note 49 *C. pén., art. 223-15, 2 ; C. consom., art. L. 122-8 et s.* La faiblesse de la victime étant également une circonstance aggravante de l'escroquerie (*C. pén., art. 313-2, 4°*).

Note 50 Et plus précisément le 2°.

Note 51 Deux ans d'emprisonnement et 150 000 EUR d'amende pour la pratique déloyale, contre cinq ans d'emprisonnement et 9000 EUR d'amende pour l'abus de faiblesse du Code de la consommation.

Note 52 V. *J. Calais-Auloy et H. Temple, Droit de la consommation, préc., n° 132-8 s. - G. Raymond, Les abus de faiblesse : Gaz. Pal. 2002, n° 71, 33.*

Note 53 Pour s'en tenir aux infractions consistant à profiter de la faiblesse d'autrui pour lui faire souscrire des engagements.

Note 54 Et ce d'autant que le projet de loi aligne les sanctions sur celui du Code pénal, l'amende pouvant cependant être portée à 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise.

Note 55 La différence entre la directive et le Code de la consommation portant sur la notion de consommateur retenue : « moyen » pour la première, « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé » pour le second.

Note 56 *PE et Cons. UE, dir. n° 2005/29, préc., art. 2, h.*

Note 57 Cf. *P. Rémy-Corlay : RTD civ. 2005, p. 747.*

Note 58 Pour cette raison d'ailleurs, certains ont critiqué ce texte : la définition donnée serait trop vague pour servir de support à une incrimination, car susceptible de violer le principe de légalité criminelle. On a ainsi pu pointer le risque de la voir devenir une « auberge espagnole » *(A. Lepage, Un an de droit pénal de la consommation : Dr. pénal 2008, n° 21*). Cette critique ne paraît pas dirimante : d'autres textes souffrent des mêmes maux et il est revenu à la jurisprudence d'en préciser le champ d'application. Elle avait d'ailleurs été faite en son temps à la loi de 1905 sur les fraudes (*cf. La loi du 1er août 1905 - Cent ans de protection des consommateurs*, La documentation française, 2007, not. p. 33).

Note 59 Particulièrement le chapitre consacré aux pratiques commerciales illicites, où règne le plus grand désordre, puisque la réglementation de principe (les pratiques commerciales agressives) se trouve rejetée après une liste de comportements prohibés faisant double emploi avec elle.

Note 60 D'autres rapprochements sont possibles avec des textes hors Code de la consommation ou Code de commerce tels l'utilisation d'une marque déceptive ou la contrefaçon (sur ce point, *cf. G. Raymond, Droit de la consommation, préc., n° 195*) ; mais leur finalité est différente (*V. n° 25 de la présente étude*).

Note 61 Cette référence - comme un écho à l'article L. 213-1 - ne figure pas dans la directive.

Note 62 À cet égard, la directive paraît plus protectrice que la législation française.

Note 63 On sait que l'un des reproches faits aux articles L. 111-1 et suivants est l'absence de sanction, lacune réparée par le projet de loi actuel qui prévoit une amende administrative (projet d'article L. 111-5).

Note 64 Le projet de loi prévoit une sanction spécifique qui se distingue de l'actuelle par un montant de l'amende considérablement plus élevé (300 000 EUR).

Note 65 Avec possibilité de porter les amendes à 50 % de la dépense liée à la pratique, ce qui était l'ancienne sanction de la **publicité trompeuse.** Rien n'empêche de sanctionner différemment certaines pratiques ou d'aggraver les peines en certaines circonstances, par exemple en cas d'atteinte à la santé du consommateur, la directive renvoyant la question au législateur interne sous la réserve que les sanctions soient efficaces et proportionnées.

Note 66 C'est le cas des loteries, ventes avec primes, vente liées et plus récemment des soldes et de la revente à perte.

Note 67 Sur ce point, V. *A.-L. Falkman, Les ventes subordonnées..., préc.*

Note 68 Puisque tel est le titre de la loi du 17 mai 2011. Sur la justification de ce maintien, *V. supra n° 3*.

Note 69 On observera aussi que l'article L. 312-1-2 CMF, qui régit les primes applicables dans le secteur des services financiers n'a pas été modifié ; mais la directive « PCD » permet de maintenir des exigences plus rigoureuses dans ce domaine (*art. 3, § 9*).

Note 70 Mais aussi les offres *Triple play* : *Cass. com., 13 juill. 2010 : Contrats, conc. consom. 2010, comm. 253, M. Malaurie-Vignal.*

Note 71 *P. Wilhem et D. Prioux, Retour sur le contentieux de la vente d'ordinateurs avec logiciels préinstallés : Contrats, conc. consom. 2012, étude 4. - V. Legrand et B. Blin, Offre conjointes d'ordinateurs équipés de logiciels : quelles perspectives ? : D. 2011, p. 2886.*

Note 72 En dernier lieu *: Cass. 1re civ., 12 juill. 2012 : JCP E 2012, 1531, E. Bazin ; Comm, com. électr. 2012, comm. 111, G. Loiseau ; LPA 17 août 2012, 14, note V. Legrand.*

Note 73 *Cass. 1re civ., 6 oct. 2011 : Contrats, conc. consom. 2012, comm. 31, G. Raymond.*

Note 74 *Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, préc. note 72.*

Note 75 *G. Loiseau note sous TI Asnières, 13 sept. 2012 : Contrats, conc. consom. 2012, comm. 123*.

Note 76 *JO Sénat, Débats 11 sept. 2013, 77 s.*

Note 77 Les obligations touchant à la présentation de la loterie énoncées par l'article L. 121-37 pourraient de même être jugées contraires à la directive, par leur caractère général (comp. à propos de contraintes posées par la loi allemande pour les publi-reportages : *CJUE, 17 oct. 2013, C-391/12, RLvS, préc.).*

Note 78 *Ord. n° 2012-351, 12 mars 2012*, qui abroge les dispositions de la loi de 1836 relative aux loteries prohibées.

Note 79 Cf. *E. Bazin, Un an de droit pénal de la consommation : Contrats, conc. consom. 2013, chron. 5, n° 1 s.*

Note 80 *CJUE (ord.), 7 mars 2013, aff. C-343/12, Euronics, préc. - L. Idot, Vingt ans après : vers une interdiction de la revente à perte en France ? : Contrats, conc. consom. 2013, alerte 23*.

Note 81 Si la Commission (V. *SEC (2009) 1966, pt 1.7*) avait considéré que pouvait échapper à la directive, l'organisation des soldes (les dates en particulier), la Cour semble ne pas faire ce type de distinction puisqu'elle a condamné le dispositif allemand d'autorisation préalable (*CJUE, 17 janv. 2013, aff. C-206/11, Köck, préc.*).

Note 82 *Cf. P. Conte, Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives : Dr. pénal 2008, étude 3*.

Note 83 Ce texte interdit les offres de services en prévision d'obsèques ou dans un délai de deux mois à compter du décès, ainsi que le démarchage à domicile ou sur la voie et dans les lieux publics.

Note 84 Pour une illustration, *CJUE, 19 sept. 2013, aff. C-435/11, CHS Tour Services GmbH.*

Note 85 *L. n° 78-23, 10 janv. 1978*.

Note 86 *Cass. crim., 24 janv. 1991 : D. 1991, somm. p. 271, obs. G. Azibert ; RTD com. 1991, 632 obs. B. Bouloc*.

Note 87 Quoique l'article L. 111-1 vise les « biens » sans distinction, la suite laisse apparaître que le législateur avait en vue les biens meubles, les marchandises. En revanche, le régime de la **publicité trompeuse** s'appliquait aux immeubles.

Note 88 *Dir., art. 2, a* ; ce qui laisse la place pour une application aux comportements s'adressant à des personnes morales à but non lucratif...

Note 89 Et non pas celle des concurrents ou d'autres finalités, tel le pluralisme en matière de presse : *CJUE, 14 janv. 2010, aff. C-304/08, Plus Warenhandelsgesellschaft ; concl. AG M. Wathelet dans l'aff. C-391/12, RvLS*. V. aussi, à propos de la revente à perte, *L. Idot, Vingt ans après..., préc.*

Note 90 *CJCE, 17 juill. 1997, aff. C-28/95, Leur-Bloem : Rec.CJCE 1997, I, 4161*. Il revient au juge national d'apprécier la portée du renvoi opéré par le législateur national au Droit de l'Union.

Note 91 V. *COM (2013)139*. La Commission a aussi émis un Livre vert en ce sens : *COM(2013)37 final*.

Note 92 *PE et Cons. UE, dir. n° 2006/114, 12 déc. 2006*.

Note 93 Comme en témoigne la répartition des textes entre Code de la consommation et Code de commerce.

Note 94 À moins qu'ils poursuivent exclusivement d'autres finalités (*V. n° 6 et 25 de la présente étude*).

Note 95 Si ce n'est que le professionnel par le truchement duquel l'annonce est faite, pourrait être poursuivi.

Note 96 Cf. *COM (2013) 138 et 139*.

Note 97 Les relations entre particuliers ne relevant pas du « marché intérieur ».

© LexisNexis SA