

Publicité

Pratiques commerciales déloyales, le mépris du droit européen par le législateur français



Andréa Bastid

Avocat à la Cour

Éric Andrieu

Avocat à la Cour

L'Europe est-elle encore à faire ? Le droit européen devrait aujourd'hui être incontournable, tant il influence, s'il ne dicte pas, les législations nationales.

Lorsque les dispositions européennes ne sont pas directement effectives dans les États membres, l'Europe donne la marche à suivre au travers de ses directives, des recommandations ou encore des décisions rendues par la Cour de justice de l'Union européenne.

Il semble pourtant que la perception de cette homogénéisation législative ne soit pas encore très claire pour tout le monde. On reproche parfois aux avocats de n'avoir pas nécessairement le réflexe d'invoquer la réglementation européenne, et aux juges français celui de l'appliquer. Il reste qu'ils ne sont pas les seuls mauvais élèves et que le législateur lui-même montre une certaine réticence à légiférer dans l'esprit et dans la lettre du droit européen.

La loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire en est un parfait exemple. L'article 12 de cette loi modifie l'article L. 121-4 du code de la consommation, en ajoutant à la liste des pratiques réputées trompeuses une 23^e pratique ; il est ainsi interdit « [23^e, dans] une publicité, de donner l'impression, par des opérations de promotion coordonnées à l'échelle nationale, que le consommateur bénéficie d'une réduction de prix comparable à celle des soldes, tels que définis à l'article L. 310-3 du code de commerce, en dehors de leur période légale mentionnée au même article L. 310-3 ».

Les pratiques réputées trompeuses sont issues de la directive européenne n° 2005/29/CE, qui vise à établir des règles uniformes relatives aux pratiques commerciales déloyales et à assurer une harmonisation de ces règles au niveau communautaire.

Une pratique commerciale est déloyale (i) si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et (ii) altère

ou est susceptible d'altérer de façon substantielle le comportement économique du consommateur.

Chaque pratique doit être appréciée au cas par cas, au regard de ces deux critères, pour être qualifiée de déloyale.

La directive énonce cependant une liste de 31 pratiques commerciales qui sont réputées déloyales en toutes circonstances (à savoir 22 pratiques réputées trompeuses et 9 pratiques réputées agressives), et pour lesquelles il n'est pas nécessaire de relever la présence de ces deux critères. Il s'agit d'une liste exhaustive, qui ne peut être modifiée que par révision du texte européen.

Les textes sont à cet égard (pour une fois) d'une clarté limpide :

« Afin d'apporter une plus grande sécurité juridique, il est souhaitable d'identifier les pratiques commerciales qui sont, en toutes circonstances, déloyales. L'annexe I contient donc la liste complète de toutes ces pratiques. Il s'agit des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9. Cette liste ne peut être modifiée que par une révision de la directive » (considérant 17 de la directive n° 2005/29/CE).

« L'annexe I contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive » (art. 5.5 de la directive n° 2005/29/CE).

La Cour de justice de l'Union européenne rappelle, de façon logique et constante, que toute législation nationale établissant une interdiction de principe d'une pratique ne figurant pas sur cette liste est impossible. C'est ainsi qu'a été jugée contraire à la directive une législation instaurant

une présomption d'illégalité des offres conjointes¹, celle interdisant de soumettre la participation à un jeu à une obligation d'achat², ou encore celle interdisant les ventes avec primes³.

La liste des pratiques réputées déloyales a été entièrement transposée en droit français aux articles L. 121-4 du code de la consommation pour les 22 pratiques trompeuses, et L. 121-7 du code de la consommation pour les 9 pratiques agressives.

Force est de constater que la loi du 10 février 2020, en ajoutant à cette liste une nouvelle pratique ne figurant pas dans la liste européenne, est manifestement contraire à la directive.

Elle est également contraire à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui est sans ambiguïté quant à l'impossibilité pour un législateur national d'interdire systématiquement une pratique hors de la liste de la directive.

Admettre la possibilité de cette loi reviendrait à remettre en cause tout le mécanisme de la directive, puisqu'en ajoutant une pratique réputée déloyale, chaque pays pourrait fixer ses propres règles et l'on verrait ainsi reflourir l'interdiction des loteries liées à un achat, ou des primes de plus de 7 %.

On n'a rien contre la nostalgie, mais ici elle n'est pas le meilleur moyen de parvenir à l'harmonisation voulue par le législateur européen. Cela ne semble pas avoir gêné le législateur français. D'ailleurs, on ne retrouve dans les débats sur le vote de cet article aucune explication juridique ni même aucune allusion à la directive.

On ne sait ce qu'on doit inférer de ce silence. Qu'il traduise une résistance volontaire du législateur français au droit européen ou seulement son ignorance ?

Le Conseil constitutionnel, qui n'a pas été saisi, aurait sans doute rappelé le législateur à ses obligations, et censuré cette disposition.

En attendant quelques années une décision de la Cour de justice, les industriels se trouvent face à la pénible incohérence d'un texte national, manifestement contraire au droit européen, et, partant, sont exposés au risque de voir des poursuites engagées par les autorités nationales compétentes, notamment par la DGCCRF, au plus grand mépris du droit européen.

Outre l'illégalité manifeste de ce dispositif, on peut s'interroger sur la rédaction du texte et son utilité, puisqu'il vise

le fait de « donner l'impression » (on peut être plus précis), par « des opérations de promotions coordonnées » (par qui ?) « à l'échelle nationale », de faire bénéficier le consommateur d'une réduction de prix « comparable à celle des soldes » (notion curieuse, quand on sait que toutes les réductions sont possibles en matière de soldes et qu'il semble difficile de comprendre quelles réductions devraient leur être comparables au sens de ce texte).

De quoi parle-t-on exactement ? S'agit-il de viser l'interdiction de revendre à perte en dehors de la période des soldes ? Si c'est le cas, cette disposition est inutile, cette interdiction étant déjà prévue par l'article L. 442-5 du code de commerce.

S'agit-il d'interdire aux professionnels d'utiliser un vocabulaire tendant à faire croire aux consommateurs que des produits sont soldés en dehors la période légale ? Un tel comportement est déjà prohibé à l'article L. 310-3 du code de commerce.

Par ailleurs, qu'entend le législateur par des promotions « coordonnées à l'échelle nationale » ? Doit-on comprendre que cette disposition ne concerne que les promotions organisées dans le même temps et partout en France, excluant de ce dispositif les promotions locales ?

Il ressort des débats parlementaires que cette disposition vise, en réalité, les opérations promotionnelles du type « Black Friday » ou « Cyber Monday », qualifiées de « valorisation publicitaire de la surconsommation » ; il en ressort plus particulièrement que le législateur souhaite sanctionner le fait de jouer sur une communication trompeuse afin de faire croire aux consommateurs qu'ils bénéficient de réductions de prix considérables, alors qu'une étude menée par l'UFC-Que choisir aurait permis de constater que la moyenne des réductions pratiquées à ces occasions serait en réalité inférieure à 2 %.

Il s'agirait donc ici, en somme, de sanctionner une publicité trompeuse. L'idée est excellente mais, il faut le constater, pas suffisamment neuve pour justifier une nouvelle loi, une loi de plus.

Car finalement, ce texte est moins intéressant par sa contenance – bien pauvre – que par ce qu'il dit de notre temps et de ce besoin de suractivité législative (au rebours des engagements pris), destinée à marquer des intentions – peut-être louables – qui ressortent de la morale plus que de la loi, *a fortiori* quand celle-ci est, dès sa promulgation, vouée à être privée de la moindre portée.

¹ CJCE 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, *VTB-VAB et Galatea*, D. 2009. 1273, obs. E. Petit ; *ibid.* 2561, chron. M. Chagny ; RTD com. 2009. 607, obs. B. Bouloc.

² CJUE 14 avr. 2010, aff. C-304/08, *Plus Warenhandels-gesellschaft*, D. 2010. 258, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 790, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD eur. 2010. 695, chron. C. Aubert de Vincelles.

³ CJUE 9 nov. 2010, aff. C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, *Légipresse* 2010. 400 et les obs. ; *ibid.* 414, comm. E. Andrieu et N. Sauphanor-Brouillaud ; D. 2010. 2829 ; *ibid.* 2011. 974, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD eur. 2011. 630, obs. C. Aubert de Vincelles.