

Publicité

Pratiques commerciales trompeuses : un état des lieux

Autrefois sanctionnée sous l'appellation de publicité trompeuse, la loi du 3 janvier 2008 transposant la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales est venue enrichir et développer cette notion sous la nouvelle dénomination de pratiques commerciales trompeuses. L'objectif était d'assurer un cadre législatif harmonisé au sein de l'Union européenne, protéger les consommateurs et garantir une concurrence loyale entre les entreprises. Malgré tout, ce type de comportements, de la grande distribution aux producteurs de compléments alimentaires, continue de donner lieu à un contentieux abondant qui mérite de faire un point sur la question.



Éric Andrieu

Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Péchenard & Associés

Clémence Barrandon

Élève avocate stagiaire
Cabinet Péchenard & Associés

On peut affirmer, sans risque de contradiction sérieuse, que depuis l'apparition de la réclame, un certain nombre d'entreprises ont eu le souci non seulement de valoriser leurs produits, ce qui est le fondement manifeste de cette activité, mais de le faire d'une manière excessive, ce qui devait naturellement entraîner une réaction du législateur dans le but louable de protéger à la fois les consommateurs et les concurrents soucieux de respecter les règles. Les plus anciens lecteurs se souviendront de l'infraction de publicité mensongère et même les plus jeunes en comprendront sans difficulté la signification. Mais les progrès de cette matière, tendant vers un élargissement du champ de l'infraction, ont remplacé cette terminologie d'abord par celle de publicité trompeuse puis, à la suite d'une directive européenne de 2005, par celle de pratiques commerciales trompeuses. Cette évolution terminologique pourrait donner lieu à une réflexion sur son opportunité car, si le juriste la comprend, il n'est pas certain que ce soit le cas de la majorité des justiciables. Ceci n'est cependant pas le propos de cet article qui au constat d'une persistance de ce type de comportement, de la grande distribution aux producteurs de compléments alimentaires, en passant, ce qui est navrant, par les avocats¹, continue

de donner lieu à un contentieux abondant qui mérite sans doute de faire un petit point sur la question.

I - UN BREF RAPPEL DE LA RÉGLEMENTATION

Avant l'harmonisation européenne, chaque pays disposait de sa propre législation concernant la publicité trompeuse, à l'origine de divergences plus ou moins importantes considérées comme pouvant être source d'insécurité juridique pour le consommateur. La directive 2005/29/CE du 11 mai 2005² a introduit un cadre législatif harmonisé au sein de l'Union européenne pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales. Cette directive avait pour objectif d'assurer une protection uniforme des consommateurs et de garantir une concurrence loyale entre les entreprises. Elle a été transposée en droit français par la loi dite Chatel du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs et la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008.

Les articles L. 121-1 et suivants³ du code de la consommation ont été modifiés, et il en résulte un nouveau

¹ Par communiqué de presse du 19 déc. 2024, la DGCCRF a fait savoir qu'à la suite d'une transaction, deux avocats au Barreau de Paris ont été sanctionnés pour pratiques commerciales trompeuses après s'être engagés afin d'obtenir la signature de conventions d'honoraires « sans émettre de réserves sur leur garantie de succès à obtenir du tribunal correctionnel la condamnation des prévenus à un paiement de dommages et intérêts » et « à obtenir un dédommagement élevé (et manifestement disproportionné) de la Commission d'indemnisation des victimes (CIVI) alors même que la majorité des plaignants ne remplissaient pas les conditions permettant d'ouvrir droit à une indemnisation ».

² Dir. 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la dir. 84/450/CEE du Conseil et les dir. 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil, et le régl. (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »).

³ C. consom., art. L. 121-1 : « Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. / Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service. / Le caractère déloyal d'une pratique commerciale

modèle de protection des consommateurs qui s'articule autour de la notion de pratiques commerciales déloyales. Il en existe deux grandes catégories : les pratiques trompeuses et les pratiques agressives. Les premières concernent les informations fausses ou trompeuses susceptibles de modifier le comportement économique du consommateur. Les secondes se caractérisent par l'usage de pressions excessives ou d'influences indues pour contraindre un consommateur à prendre une décision. Par ailleurs, la directive a prévu que certaines pratiques étaient « réputées trompeuses » et en a fourni une liste reprise à l'article L. 121-4 du code de la consommation⁴. On observera dès à présent que certains

des éléments de cette liste ont été ajoutés par le législateur français à ceux figurant dans la directive. Ce sont les pratiques commerciales trompeuses qui retiendront notre attention.

II - LES CRITÈRES ESSENTIELS DE L'INFRACTION

Le cadre posé par la directive et repris aux articles L. 121-1 et suivants du code de la consommation est relativement simple. Il en résulte qu'une pratique commerciale est déloyale si (i) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et (ii) altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur

visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe. / Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-2 à L. 121-4 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 121-6 et L. 121-7. »

⁴ C. consom., art. L. 121-4 : « Sont réputées trompeuses, au sens des articles L. 121-2 et L. 121-3, les pratiques commerciales qui ont pour objet : / 1° Pour un professionnel, de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas ; / 2° D'afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire ; / 3° D'affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas ; / 4° D'affirmer qu'un professionnel, y compris à travers ses pratiques commerciales, ou qu'un produit ou service a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas, ou de ne pas respecter les conditions de l'agrément, de l'approbation ou de l'autorisation reçue ; / 5° De proposer l'achat de produits ou la fourniture de services à un prix indiqué sans révéler les raisons plausibles que pourrait avoir le professionnel de penser qu'il ne pourra fournir lui-même ou faire fournir par un autre professionnel, les produits ou services en question ou des produits ou services équivalents au prix indiqué, pendant une période et dans des quantités qui soient raisonnables compte tenu du produit ou du service, de l'ampleur de la publicité faite pour le produit ou le service et du prix proposé ; / 6° De proposer l'achat de produits ou la fourniture de services à un prix indiqué, et ensuite : / a) De refuser de présenter aux consommateurs l'article ayant fait l'objet de la publicité ; / b) Ou de refuser de prendre des commandes concernant ces produits ou ces services ou de les livrer ou de les fournir dans un délai raisonnable ; / c) Ou d'en présenter un échantillon défectueux, dans le but de faire la promotion d'un produit ou d'un service différent ; / 7° De déclarer faussement qu'un produit ou un service sera disponible que pendant une période très limitée ou qu'il ne sera disponible que sous des conditions particulières pendant une période très limitée afin d'obtenir une décision immédiate et priver les consommateurs d'une possibilité ou d'un délai suffisant pour opérer un choix en connaissance de cause ; / 8° De s'engager à fournir un service après-vente aux consommateurs avec lesquels le professionnel a communiqué avant la transaction dans une langue qui n'est pas une langue officielle de l'État membre de l'Union européenne dans lequel il est établi et, ensuite, assurer ce service uniquement dans une autre langue sans clairement en informer le consommateur avant que celui-ci ne s'engage dans la transaction ; / 9° De déclarer ou de donner l'impression que la vente d'un produit ou la fourniture d'un service est licite alors qu'elle ne l'est pas ; / 10° De présenter les droits conférés au consommateur par la loi comme constituant une caractéristique propre à la proposition faite par le professionnel ; / 11° D'utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit ou d'un service alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur ; / 12° De formuler des affirmations matériellement inexactes en ce qui concerne la nature et l'ampleur des risques auxquels s'expose le consommateur sur le plan de sa sécurité personnelle ou de celle de sa famille s'il n'achète pas le produit ou le service ; / 13° De promouvoir un produit ou un service similaire à celui d'un autre fournisseur clairement identifié, de manière à inciter délibérément le consommateur à penser que le produit ou le service provient de ce fournisseur alors que tel n'est pas le cas ; / 14° De déclarer que le professionnel est sur le point de cesser ses activités ou de les établir ailleurs alors que tel n'est pas le cas ; / 15° D'affirmer d'un produit ou d'un service qu'il augmente les chances de gagner aux

jeux d'argent et de hasard ; / 16° D'affirmer faussement qu'un produit ou une prestation de services est de nature à guérir des maladies, des dysfonctionnements ou des malformations ; / 17° De communiquer des informations matériellement inexactes sur les conditions de marché ou sur les possibilités de trouver un produit ou un service, dans le but d'inciter le consommateur à acquiescer celui-ci à des conditions moins favorables que les conditions normales de marché ; / 18° D'affirmer, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable ; / 19° De décrire un produit ou un service comme étant "gratuit", "à titre gracieux", "sans frais" ou autres termes similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés à la réponse à la pratique commerciale et au fait de prendre possession ou livraison de l'article ; / 20° D'inclure dans un support publicitaire une facture ou un document similaire demandant paiement qui donne au consommateur l'impression qu'il a déjà commandé le produit ou le service commercialisé alors que tel n'est pas le cas ; / 21° De faussement affirmer ou donner l'impression que le professionnel n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ou de se présenter faussement comme un consommateur ; / 22° De créer faussement l'impression que le service après-vente en rapport avec un produit ou un service est disponible dans un État membre de l'Union européenne autre que celui dans lequel le produit ou le service est vendu ; / 23° 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 ; / 24° De faire figurer un drapeau français, une carte de France ou tout symbole représentatif de la France sur les emballages alimentaires lorsque les ingrédients primaires définis par le règlement (UE) n° 169/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires, modifiant les règlements (CE) n° 1924/2006 et (CE) n° 1925/2006 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 87/250/CEE de la Commission, la directive 90/496/CEE du Conseil, la directive 1999/10/CE de la Commission, la directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil, les directives 2002/67/CE et 2008/5/CE de la Commission et le règlement (CE) n° 608/2004 de la Commission ne sont pas d'origine française. Par dérogation au 24° du présent article, sont exclus du dispositif les ingrédients primaires dont l'origine française est difficile, voire impossible à garantir, car issus de filières non productrices en France ou dont la production est manifestement insuffisante sur le territoire ; / 25° De fournir des résultats de recherche en réponse à une requête réalisée en ligne par un consommateur sans l'informer clairement de tout paiement effectué spécifiquement par un tiers pour obtenir un meilleur classement de l'un ou de plusieurs des produits apparaissant dans les résultats de recherche ou pour qu'un ou plusieurs produits y apparaissent ; / 26° De revendre des billets pour des manifestations à des consommateurs lorsque le professionnel les a acquis en utilisant un moyen automatisé lui permettant de contourner toute limite imposée au nombre de billets qu'une personne peut acheter ou toute interdiction applicable à l'achat de billets ; / 27° D'affirmer que des avis sur un produit sont diffusés par des consommateurs qui ont effectivement utilisé ou acheté le produit sans avoir pris les mesures nécessaires pour le vérifier ; / 28° De diffuser ou faire diffuser par une autre personne morale ou physique des faux avis ou de fausses recommandations de consommateurs ou modifier des avis de consommateurs ou des recommandations afin de promouvoir des produits. »

normalement informé et raisonnable, attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.

La notion d'« exigences de la diligence professionnelle » était peut-être claire pour les rédacteurs de la directive. Elle ne l'est pas pour nombre de juristes, dont les auteurs de ces lignes, et certainement pas pour le public. Il est vrai que la directive l'a définie comme recouvrant « le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité », mais ceci reste bien abstrait. Quant à l'altération du comportement économique du consommateur, le critère consiste à déterminer si la pratique litigieuse a influencé de manière significative le choix du consommateur moyen. En effet, la directive de 2005 prévoit qu'une pratique commerciale est trompeuse si elle amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen « à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ». Il faut noter que toute incitation à l'achat n'est pas nécessairement punissable puisqu'il s'agit du fondement même de la publicité et qu'il ne suffit par conséquent pas de constater que les consommateurs ont été incités à un achat pour considérer qu'il y aurait une altération substantielle de leur comportement économique.

On observera que la notion de décision commerciale dépasse la simple intention de conclure un contrat. Conformément à la directive, elle englobe « toute décision prise par un consommateur concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait d'acheter, de faire un paiement intégral ou partiel d'un produit, de conserver ou de se défaire d'un produit, ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit, une telle décision pouvant amener le consommateur soit à agir, soit à s'abstenir d'agir »⁵.

Deux catégories précises de pratiques commerciales déloyales sont définies, à savoir les « pratiques trompeuses » et les « pratiques agressives » répondant à des critères spécifiques posés aux articles 6 à 9 de la directive et L. 121-2 et suivants et L. 121-6 et suivants du code de la consommation.

C'est autour de ces définitions que s'est construite la jurisprudence française. Depuis un arrêt *Kelkoo* de 2011⁶, la Cour de cassation a adopté une position qui paraissait en adéquation avec la lettre et l'esprit de la directive de 2005. En l'espèce, la cour d'appel avait retenu que certaines pratiques mises en œuvre par la société Kelkoo, exploitant un site de comparateurs de prix, constituaient une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article L. 121-1 ancien

du code de la consommation (art. L. 121-2 nouv.), et par conséquent, une pratique commerciale déloyale. La Cour de cassation a censuré cette analyse, reprochant aux juges de ne pas avoir vérifié si ces pratiques étaient de nature à altérer le comportement du consommateur.

Cette application des deux critères de la directive et de l'article L. 121-1 qui sont littéralement écrits semble aller de soi. Il existe cependant une décision surprenante de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 19 septembre 2013⁷ qui prétend écarter l'un de ces deux critères. L'affaire concernait une agence de voyages autrichienne spécialisée dans l'organisation de séjours à la neige pour des groupes scolaires britanniques. L'agence avait négocié une exclusivité avec certains hôtels et en avait fait un argument promotionnel dans sa brochure publicitaire. Cependant, ces hôtels n'ont pas respecté leur engagement et ont attribué certaines chambres à un concurrent pendant les mêmes périodes. Estimant que la revendication d'exclusivité constituait une pratique commerciale déloyale, le concurrent a saisi les juridictions autrichiennes pour faire interdire cette allégation. Les juges du fond ont successivement rejeté cette demande, considérant que l'agence de voyages n'avait commis aucun manquement aux exigences de diligence professionnelle au sens de l'article 5.2 de la directive de 2005. L'agence s'était, en effet, assurée de l'exclusivité auprès des hôtels concernés et ignorait au moment de la publication de la brochure que ces engagements ne seraient pas respectés. Saisie d'une question préjudicielle par la Cour suprême autrichienne, la CJUE a cependant adopté une interprétation plus stricte de la directive. Elle a jugé que l'évaluation du caractère trompeur d'une pratique commerciale devait être effectuée exclusivement au regard des critères de l'article 6.1⁸ de la directive, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la conformité aux exigences de diligence professionnelle prévues par l'article 5. En conséquence, la CJUE a estimé que, même si un annonceur a agi avec toute la diligence requise, cela ne suffit pas à écarter le caractère trompeur d'une publicité dès lors que celle-ci repose sur des affirmations susceptibles d'induire en erreur le consommateur et d'altérer son comportement

⁷ CJUE, 1^{re} ch., 19 sept. 2013, aff. C-435/11, *CHS Tour Service GmbH c/ Team4 Travel GmbH*, D. 2013. 2835, note K. Jakouloff ; *ibid.* 2812, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2014. 1297, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; JT 2013, n° 157, p. 15, obs. X. Delpech ; RTD eur. 2014. 730, obs. C. Aubert de Vincelles ; Rev. UE 2015. 468, étude J. Lete.

⁸ « Une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses, et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes, en ce qui concerne un ou plusieurs des aspects ci-après et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement : / a) l'existence ou la nature du produit [...] ».

⁵ Dir. 2005/29/CE, art. 2, k.

⁶ Com. 29 nov. 2011, n° 09-13.223.

économique. Cette analyse nous semble contestable. Il est difficile de comprendre pourquoi l'article 6.1 permettrait de se dispenser des dispositions de l'article 5.2, qui devraient être complémentaires. Au demeurant, dans cette analyse, on peine à comprendre l'utilité de l'article 5.2, qui pourrait aussi bien être supprimé. En s'éloignant ainsi de la lettre du texte, la solution retenue par la CJUE apparaît non seulement contestable d'un point de vue juridique, mais également d'une sévérité excessive à l'égard de professionnels dont la bonne foi, en l'espèce, ne faisait aucun doute. Il semble que cette décision soit restée isolée.

III - L'APPLICATION DES CRITÈRES PAR LA JURISPRUDENCE RÉCENTE

Le contentieux en matière de pratiques commerciales trompeuses est un des plus conséquents dans le domaine de la communication, généré à la fois par les mauvaises habitudes de certains et par un contexte de concurrence intense dans de nombreux secteurs. Essayons d'en dégager quelques principes.

A - Les situations les plus classiques

SFR était poursuivie par Free dans le cadre d'une longue procédure pour des publicités diffusées en 2011 et 2012. Ces campagnes mettaient en avant des forfaits permettant d'acquérir un téléphone mobile moyennant un engagement à un abonnement mensuel plus coûteux sur une période déterminée. Il a été jugé⁹ que SFR avait passé sous silence le taux d'intérêt de l'opération, pourtant parfois au-delà du taux de l'usure, et « qu'en n'informant pas le consommateur sur le coût global de son abonnement avec achat du téléphone mobile au prix attractif, dès la réalisation de la vente, SFR [trompait] sciemment le consommateur en lui faisant croire que cette option serait plus intéressante, ce qui n'[était] pas toujours le cas », le tout constituant des pratiques de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique des consommateurs.

Dans une autre affaire, l'association Familles rurales reprochait à Free Mobile une publicité trompeuse dans la promotion, en janvier 2021, de son offre de forfait de téléphonie mobile 5G. La Cour d'appel de Paris¹⁰ a considéré que les allégations « Débit ultra rapide jusqu'à 3 fois plus rapide que la 4G », « absence de surcoût » et « large couverture : déjà près de 40 % de la population couverte par la 5G en France », reprochées par l'association Familles rurales à Free Mobile, étaient bel et bien trompeuses. Elle

indiqué qu'« il se dédui[sai]t de l'allégation sur [l']estimation du débit qu'elle était de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé à l'égard du nouveau service de réseau mobile ». Elle jugea également trompeuse la cartographie de la couverture du réseau 5G sur le site internet de Free Mobile accessible en 2021.

Le secteur de la grande distribution occupe une place de choix dans le contentieux des pratiques commerciales trompeuses, tant les décisions rendues en la matière sont abondantes. Au-delà de la rivalité commerciale acharnée que se livrent les enseignes, celle-ci se prolonge sur le terrain judiciaire, donnant lieu à une inflation de procédures dont l'ampleur témoigne sans doute de l'intensité des enjeux en cause. Un litige a opposé, à Caen, un hypermarché Leclerc à son concurrent Carrefour. Carrefour avait fait publier une publicité comparative portant sur 227 produits, dans laquelle cette société avait indiqué que le panier moyen était 15,9 % plus cher chez Leclerc. Leclerc contestait cette publicité en justifiant que 45 prix sur les 227 étaient erronés. Après que la société Leclerc a été déboutée par la cour d'appel, la Cour de cassation rejeta son pourvoi¹¹. Cette dernière estima qu'une publicité comparative, bien qu'elle pût être trompeuse, ne devenait illicite que si elle était susceptible d'influencer le comportement économique des consommateurs auxquels elle était destinée. En l'occurrence, la cour d'appel avait estimé que les éléments faux compris dans la publicité ne suffisaient pas à en faire une pratique illicite, dans la mesure où il n'était pas démontré que cela ait modifié de manière significative le comportement d'achat des consommateurs. En effet, la cour a jugé qu'il n'était pas certain que l'information selon laquelle le panier Leclerc serait 13 % plus cher que celui de Carrefour, plutôt que 15,9 %, avait eu un impact substantiel sur les décisions d'achat des consommateurs.

Ce raisonnement soulève la question de savoir à partir de quel seuil précis une telle distorsion des prix altère réellement le comportement économique du consommateur...

B - Le non-respect d'un texte spécifique

C'est parfois le non-respect d'un texte spécifique qui peut être sanctionné.

1 - L'article 8 du décret du 27 mars 1992

Ainsi, l'article 8 du décret du 27 mars 1992, qui fixe les règles applicables en matière de publicité télé-

⁹ Com. 16 mars 2022, n° 19-18.499, RTD com. 2022. 629, obs. D. Legeais.

¹⁰ Paris, pôle 5 - 11^e ch., 22 nov. 2024, n° 22/08382.

¹¹ Com. 22 mars 2023, n° 21-22.925, Légipresse 2023. 206 et les obs. ; *ibid.* 348, étude F. Honorat ; D. 2023. 598.

visée¹², a récemment donné lieu à deux affaires opposant Carrefour à Lidl.

Dans la première, Carrefour reprochait à Lidl la diffusion de publicités télévisées, au cours des années 2015 et 2016¹³, pour des opérations promotionnelles, pourtant interdites par l'article 8 du décret de 1992. La Cour d'appel de Paris¹⁴ a condamné Lidl à verser six millions d'euros aux sociétés du groupe Carrefour pour pratiques commerciales déloyales. Lidl soutenait que la question de la conformité de l'article 8 avec la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales devait être posée à la CJUE, arguant que la publicité télévisée pour une promotion relevait d'une pratique commerciale qui ne pouvait être interdite de manière générale par une disposition nationale. La Cour de cassation¹⁵ rejette cet argument en précisant que la directive vise uniquement les pratiques portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs, et non celles affectant les intérêts des concurrents. Ainsi, pour elle, la cour d'appel a à juste titre estimé que l'article 8 du décret de 1992 protégeait principalement les chaînes de télévision, afin d'éviter que les budgets de la grande distribution soient détournés vers d'autres médias, ce qui ne relève en effet pas de la protection des consommateurs.

En situation inversée, Lidl reprochait à son tour à Carrefour la diffusion d'une publicité télévisée mettant en avant un ensemble de mobilier de jardin, initialement proposé à 199 €, puis affiché au prix promotionnel de 149 €. Lidl contestait cette promotion, alléguant qu'elle constituait une promotion interdite à la télévision pour le secteur de la distribution et une pratique commerciale trompeuse, d'autant que le produit était rapidement devenu indisponible, que ce soit en ligne ou dans la plupart des magasins. La Cour de cassation¹⁶ a sanctionné cette pratique en estimant que, si la baisse de prix relevait d'une décision de politique tarifaire, au regard d'une vaste campagne publicitaire sur quatorze jours, le stock insuffisant justifiait la qualifi-

cation d'opération commerciale de promotion prohibée par l'article 8 du décret de 1992.

Par ailleurs, le fait de proposer un prix sans informer sur l'impossibilité de fournir la quantité demandée a été jugé trompeur au regard de l'article L. 121-4-5° du code de la consommation, qui répute trompeur « le fait de proposer l'achat de produits à un prix indiqué sans révéler les raisons plausibles que pourrait avoir le professionnel de penser qu'il ne pourra pas fournir lui-même, ou faire fournir par un autre professionnel, les produits ou services en question pendant une période et dans des quantités qui soient raisonnables, compte tenu du produit ou du service, de l'ampleur de la publicité faite pour le produit ou le service et du prix proposé ».

2 - Les compléments alimentaires

De même, deux décisions récentes ont été rendues au regard d'allégations mensongères ou non fondées liées à des mentions sur des compléments alimentaires.

Dans un premier cas, une société Cerp a saisi la Cour de cassation à la suite de sa condamnation pour pratiques commerciales trompeuses et infractions au code de la santé publique. Elle avait été sanctionnée pour avoir commercialisé deux produits : d'une part, la crème « multi-protectrice Akildia », dont l'emballage et la notice créaient une confusion avec un médicament en prétendant offrir une « protection globale du pied diabétique » et des propriétés antifongiques et antibactériennes, et, d'autre part, un complément alimentaire qui portait l'allégation non autorisée « Captez 50 % des matières grasses ». La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, confirmant que ces pratiques étaient effectivement trompeuses et que la mention figurant sur le complément alimentaire constituait une allégation de santé non autorisée dans l'étiquetage d'une denrée alimentaire.

Une solution similaire a été adoptée par les juges dans le cadre d'une autre affaire de complément alimentaire, qui était cette fois-ci commercialisé par le laboratoire Forté Pharma, portant la mention « Allégez vos repas. Captez 50 % des matières grasses ». À la requête de l'association Consommation Logement Cadre de vie (CLCV), la cour d'appel a rappelé la compétence du juge des référés pour sanctionner une pratique commerciale manifestement déloyale, « si l'ensemble des éléments convergent sans aucun doute possible vers l'illicéité ».

Concernant la mention « scientifiquement testé », critiquée en raison du fait que l'étude scientifique menée par Forté Pharma portait uniquement sur le composant principal du produit et non sur le produit fini, la cour a estimé qu'il était établi que des études avaient été menées, et qu'il n'était pas du ressort du juge des référés de décider de leur validité. De même pour la mention « Captez 50 %

¹² « Est interdite la publicité concernant, d'une part, les produits dont la publicité télévisée fait l'objet d'une interdiction législative et, d'autre part, les produits et secteurs économiques suivants :

- boisson comprenant plus de 1,2 degré d'alcool ;
- édition littéraire sauf sur les services de télévision exclusivement distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique ;
- distribution pour les opérations commerciales de promotion se déroulant entièrement ou principalement sur le territoire national, sauf dans les départements d'outre-mer et les territoires de la Polynésie française, des îles Wallis et Futuna, dans la collectivité départementale de Mayotte et en Nouvelle-Calédonie.

Au sens du présent décret, on entend par opération commerciale de promotion toute offre de produits ou de prestations de services faite aux consommateurs ou toute organisation d'événement qui présente un caractère occasionnel ou saisonnier, résultant notamment de la durée de l'offre, des prix et des conditions de vente annoncés, de l'importance du stock mis en vente, de la nature, de l'origine ou des qualités particulières des produits ou services ou des produits ou prestations accessoires offerts. »

¹³ On sait que la justice n'est pas toujours très rapide.

¹⁴ Paris, pôle 5 - 4^e ch., 6 févr. 2019, n° 17/14911.

¹⁵ Com. 16 déc. 2020, n° 19-12.820, Légipresse 2021. 17 et les obs.

¹⁶ Paris, pôle 5 - 4^e ch., 1^{er} sept. 2021, n° 18/03708.

des matières grasses », contestée au regard du caractère limité des études réalisées (uniquement sur le foie gras et la crème fraîche, les huiles ou la garniture de pizzas), la cour a jugé que la CLCV ne produisait aucune pièce démontrant l'absence d'efficacité du produit. En conséquence, le mensonge n'était pas manifestement établi. Cependant, la CLCV soutenait qu'il s'agissait d'une allégation de santé interdite, ce que la cour a admis puisqu'elle ne figure pas dans l'annexe du règlement de la Commission du 16 mai 2012. Dès lors, pour la cour d'appel, s'il n'était pas établi avec l'évidence requise en référé que la pratique commerciale litigieuse était mensongère, il était en revanche établi qu'elle était contraire aux exigences de la diligence professionnelle du fait de cette allégation de santé interdite. Par conséquent, Forté Pharma a été sanctionné par l'obligation de cesser la commercialisation de son produit dans son état actuel ainsi que toute publicité avec une injonction de rappel des invendus, un délai d'exécution de six mois lui étant accordé.

C - L'hypothèse d'une communication moins classique

PepsiCo a reproché à Carrefour d'avoir initié une campagne dénonçant les hausses tarifaires de certains produits, selon une stratégie dite de *shrinkflation* consistant à diminuer la quantité d'un produit tout en maintenant, voire en augmentant, son prix. Cette initiative s'est traduite non seulement par des interventions médiatiques du président de Carrefour, relayées dans la presse et à la télévision, mais également par la mise en place d'affichettes dans les linéaires des magasins à l'emplacement des produits de PepsiCo. Dans un premier temps, celles-ci indiquaient : « Ce produit a vu son contenant baisser et le tarif pratiqué par notre fournisseur augmenter. Nous nous engageons à renégocier ce tarif. » Puis à compter du début de l'année 2024 : « Nous ne vendons plus cette marque pour cause de hausse de prix inacceptable. » PepsiCo a engagé une procédure de référé et le président du Tribunal de commerce de Paris a sanctionné le comportement de Carrefour sur le terrain du trouble manifestement illicite¹⁷. Dans son ordonnance, le juge a relevé que la communication du distributeur reposait sur des affirmations vagues et subjectives, Carrefour n'apportant aucun élément concret démontrant une dégradation réelle du rapport qualité-prix des produits visés. Il a également souligné que le message portait sur le tarif négocié entre les deux entreprises, alors même que le consommateur ne se détermine qu'en fonction du prix final affiché en rayon. Or Carrefour, en sa qualité de distributeur, commercialise des produits concurrents de ceux de PepsiCo sous sa propre marque, ce qui n'est pas sans soulever la question d'un détour-

¹⁷ T. com. Paris, ord. réf., 24 janv. 2024, n° 2023069037 (décision non définitive).

nement éventuel de clientèle. Le juge en a déduit que ce message reposant sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur portant sur le prix des produits était susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur, ce qui est constitutif d'une pratique commerciale trompeuse et cause un trouble manifestement illicite, cette communication ayant inévitablement pour effet d'amener le consommateur à se détourner des produits PepsiCo. Il fut par conséquent ordonné à Carrefour de retirer les affiches litigieuses, sous astreinte.

D - L'image ou la présentation

C'est parfois l'image même d'un produit qui a pu être considérée comme trompeuse aux yeux des consommateurs, ou la présentation de la communication qui entraîne les poursuites.

SC Johnson poursuivait en référé Reckitt Benckiser du fait de la commercialisation d'un produit d'entretien pour toilettes, Harpic, portant la mention « Accroche Stop bactéries » ainsi qu'une croix de couleur rouge. La cour d'appel a considéré que : « La mention "Stop bactéries" portée en très gros caractères de couleur rouge sur le recto de son emballage constitu[ait], par sa dimension et sa couleur agressive le message premier et principal que per[ceva]it, à la vue du produit, le consommateur moyen » et qu'elle tendait à accréditer l'idée qu'il s'agirait d'un produit désinfectant, ce qui n'était pas le cas.



De plus, elle a estimé que la croix de couleur rouge renforçait ce sentiment et que l'astérisque placé à la droite du mot « bactéries », d'une dimension réduite, et dont rien n'indiquait qu'il renvoyait aux mentions inscrites au verso de l'emballage, ne suffisait pas à atténuer l'impact déterminant de l'accroche dans l'esprit des consommateurs. La cour a relevé que cette présentation amenait ces derniers à prendre « dans le délai généralement bref de choix des produits d'entretien » une décision d'achat qu'ils n'auraient pas prise autrement, ce qui caractérisait l'existence d'une pratique commerciale trompeuse, donc d'un trouble manifestement illicite. L'arrêt de la communication et le retrait des produits ont été ordonnés.

Dans le même esprit, une décision a été rendue concernant le visuel d'un manuel destiné aux étudiants préparant le test Tâge Mage. La société Éditions Marketing, qui publie *Le Grand Manuel du Tâge Mage*, poursuivait la société Studyrama, qui édite pour sa part *La Bible du Tâge Mage*, en l'entourant d'un bandeau comprenant les mentions « Collection n° 1 des ventes. Plus de 130 000 [ou 150 000] livres vendus ». Studyrama est sanctionné¹⁸.



La cour d'appel a constaté que la présentation utilisée par l'éditeur, à savoir l'emplacement du bandeau, la police de caractère et les mentions, conduisait le consommateur normalement averti à penser que c'est le livre *La Bible du Tâge Mage* et non la collection à laquelle il appartient qui est le n° 1 des ventes, ce qui n'était pas le cas. Qui plus est, la cour a observé que les encarts ne précisaient pas et ne permettaient pas aux consommateurs d'être informés des critères permettant d'affirmer être le n° 1. Elle a constaté que les chiffres, attestations et factures produits par Studyrama ne permettaient pas de rapporter la preuve – qui lui incombait – que *La Bible du Tâge Mage* était bien n° 1 des ventes. Par conséquent, les faits et les chiffres affichés étant inexacts, Studyrama a altéré de manière substantielle le comportement économique du consommateur l'amenant à croire qu'il avait plus de chances de réussir son examen en achetant l'ouvrage le plus vendu au détriment de ses concurrents.

IV - LES PRATIQUES COMMERCIALES RÉPUTÉES TROMPEUSES

A - Les bonnes intentions à l'épreuve de la pratique

Les procédures concernant les pratiques « réputées trompeuses » au sens de l'article L. 121-4 du code de la consommation sont rares. Conformément aux dispositions de la directive de 2005, certaines pratiques commerciales sont réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste noire, transposée

¹⁸ Versailles, 12^e ch., 20 janv. 2022, n° 20/02333.

en droit français, recensait initialement trente et une pratiques interdites, parmi lesquelles vingt-deux sont réputées trompeuses et neuf agressives. Cette approche vise à assurer une sécurité juridique accrue, comme l'exprime le considérant 17 de la directive, qui souligne la nécessité d'identifier les pratiques intrinsèquement déloyales afin d'éviter toute insécurité juridique. Ainsi, pour ces pratiques, la démonstration des critères habituellement exigés par l'article L. 121-2 du code de la consommation n'est pas requise.

Parmi les pratiques qualifiées de trompeuses par l'article L. 121-4-15 du code de la consommation figure le fait : « d'affirmer d'un produit ou d'un service qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard ». Un contentieux a permis d'illustrer cette disposition. Un couple a été poursuivi pour avoir mis en ligne le site pronofaste.com, qui proposait aux utilisateurs d'acquérir des grilles de jeux de Loto et d'EuroMillions censées, grâce à une méthode de calcul scientifique, optimiser les probabilités de succès. Condamnés en appel, les prévenus ont formé un pourvoi, rejeté par la chambre criminelle¹⁹. Celle-ci a considéré que l'infraction était constituée dès lors qu'il était affirmé que l'offre en question permettait d'augmenter les chances de gain et ce, « quelle que soit la réalité tant de l'efficacité des calculs présidant à la mise en ligne des grilles que de l'accroissement des chances de gagner ». Autrement dit, la chambre criminelle a jugé que l'élément matériel de l'infraction était caractérisé par la simple assertion d'un gain potentiel, sans qu'il soit nécessaire d'établir une altération substantielle du comportement économique des consommateurs. On observe ici, comme souvent, une contradiction entre la sécurité juridique souhaitée par le législateur européen et le principe de liberté. La rigueur du dispositif aboutit à la constitution automatique de l'infraction, sans débat sur son élément matériel, sans exigence d'un élément moral et ce, même en l'absence de toute incidence avérée sur des tiers.

B - Le législateur français et l'Europe

Au-delà de la jurisprudence, il faut relever que le législateur français a adopté une ordonnance n° 2021-1734 du 22 décembre 2021, entrée en vigueur le 28 mai 2022, laquelle a introduit de nouvelles pratiques commerciales réputées trompeuses.

Désormais, sont en principe également réputées trompeuses au sens de l'article L. 121-4 du code de la consommation les pratiques commerciales qui ont pour objet :

¹⁹ Crim. 28 janv. 2020, n° 19-80.496, *Légipresse* 2020. 151 et les obs. ; *ibid.* 242, étude E. Andrieu ; *ibid.* 2021. 291, étude N. Mallet-Poujol ; D. 2020. 278 ; *ibid.* 2021. 594, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; AJ pénal 2020. 250, obs. J. Lasserre Capdeville.

- « de fournir des résultats de recherche en réponse à une requête réalisée en ligne par un consommateur sans l'informer clairement de tout paiement effectué spécifiquement par un tiers pour obtenir un meilleur classement de l'un ou de plusieurs des produits apparaissant dans les résultats de recherche, ou pour qu'un ou plusieurs produits y apparaissent ;
- de revendre des billets pour des manifestations à des consommateurs lorsque le professionnel les a acquis en utilisant un moyen automatisé lui permettant de contourner toute limite imposée au nombre de billets qu'une personne peut acheter ou toute interdiction applicable à l'achat de billets ;
- d'affirmer que des avis sur un produit sont diffusés par des consommateurs qui ont effectivement utilisé ou acheté le produit sans avoir pris les mesures nécessaires pour le vérifier ;
- de diffuser ou faire diffuser par une autre personne morale ou physique de faux avis ou de

fausses recommandations de consommateurs, ou de modifier des avis de consommateurs ou des recommandations afin de promouvoir des produits. »

Si l'on comprend l'intention de protection du consommateur du législateur français, cette ordonnance a été prise en contravention manifeste avec le texte de la directive. Celle-ci, en listant les pratiques réputées trompeuses, précise expressément dans son article 5.5 : « 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. » Toute tentative d'ajout par une réglementation nationale d'autres pratiques à cette liste noire est donc interdite. On sait que certains voudraient remettre en cause la primauté du droit communautaire. En attendant, elle reste la règle, et il est préoccupant que le gouvernement français croie pouvoir s'en dispenser.