

Que reste-t-il de la loyauté dans les pratiques commerciales déloyales ?

Par Emmanuel JOUFFIN

Responsable du département veille réglementaire groupe – La Banque Postale, Direction juridique

Dans un arrêt du 19 septembre 2013¹, la CJUE était saisie d'une étonnante affaire. Une agence de voyage autrichienne, Team 4 Travel, négociait avec des hôteliers une exclusivité à des périodes précises. Dans le même temps, une agence concurrente, CHS, obtenait une exclusivité identique en tous points, en violation des engagements précédemment souscrits avec Team 4 Travel. Là où l'affaire prend une tournure pour le moins ubuesque, c'est que CHS décida de contester les documents commerciaux de son concurrent au motif que ces derniers étaient constitutifs d'une pratique commerciale trompeuse ! La démarche était hardie et Team 4 Travel protesta du fait qu'elle s'était conformée aux exigences de la diligence professionnelle, l'exclusivité mentionnée étant le fruit d'un accord contractuel.

Si les juridictions autrichiennes du fond firent droit à cette argumentation, la Cour suprême autrichienne interrogeait la CJUE afin de savoir si, pour l'application de l'article 6, paragraphe 1, de la Directive 2005/29², les dispositions dudit article 6 sont auto-suffisantes, ou s'il faut leur adjoindre la vérification de la contrariété de la pratique commerciale avec les exigences de la diligence professionnelle, laquelle est mentionnée par l'article 5, paragraphe 2-a, de la même directive³.

La CJUE estima que : *"la directive sur les pratiques commerciales déloyales doit être interprétée en ce sens que, dans le cas où une pratique commerciale satisfait à tous les critères énoncés à l'article 6, paragraphe 1, de cette directive pour être qualifiée de pratique trompeuse à l'égard du consommateur, il n'y a pas lieu de vérifier si une telle pratique est également contraire aux exigences de la diligence professionnelle au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la même directive pour qu'elle puisse valablement être considérée comme déloyale et, partant, interdite au titre de l'article 5, paragraphe 1, de ladite directive"*⁴.

La Cour estime au passage⁵ que cette interprétation *"est la seule qui soit de nature à préserver l'effet utile des règles particulières prévues aux articles 6 à 9 de la directive sur les pratiques commerciales déloyales. En effet, si les conditions d'application de ces articles étaient identiques à celles énoncées à l'article 5, paragraphe 2, de la même directive, lesdits articles seraient dépourvus de toute portée pratique, alors même qu'ils ont pour but de protéger le consommateur contre les pratiques commerciales déloyales les plus fréquentes"*. Par ailleurs, elle fait référence à la notion de "règle de base" et de *"dispositions plus spécifiques"*⁶, ainsi les *dispositions spéciales relatives aux pratiques commerciales trompeuses et agressives doivent être considérées comme autant de dérogations à celles, générales, relatives aux pratiques commerciales déloyales*.

Cet arrêt de la CJUE est remarquable pour au moins trois raisons.

¹ - CJUE, 19 septembre 2013, aff. C-435/11, CHS Tour Service GmbH. Position confirmée dans une décision de la CJUE du 16 avril 2015, C-388-13

² - Article relatif aux pratiques commerciales trompeuses et transposée à l'article L. 121-1 du code de la consommation.

³ - Article relatif, de manière générale, aux pratiques commerciales déloyales et transposé à l'article L. 120-1 du code de la consommation.

⁴ - Considérant 48.

⁵ - Considérant 46.

⁶ - Point 40 de l'arrêt : *"Il s'ensuit que la règle de base de cette directive, selon laquelle les pratiques commerciales déloyales sont interdites, ainsi que le prévoit l'article 5, paragraphe 1, de ladite directive est mise en œuvre et concrétisée par des dispositions plus spécifiques aux fins de tenir dûment compte du risque que représentent pour les consommateurs les deux cas de figure qui se rencontrent le plus fréquemment, à savoir les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives"*.

- Tout d'abord, il semble peu compatible avec la jurisprudence des cours et tribunaux français⁷, notamment fondée sur l'architecture du Code de la consommation. L'article L. 120-1 de ce dernier⁸ constituant le chapitre préliminaire du titre II – *Pratiques commerciales* – du Livre I – *information des consommateurs et formation des contrats* du Code de la consommation et affirmant ainsi un principe général de prohibition de la déloyauté⁹. Le II de cet article énonce par ailleurs, de manière très claire, que constituent "*en particulier*" des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-1 et L. 121-1-1 Code de la consommation et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 122-11 et L. 122-11-1 du même code. La lecture conjointe de ces dispositions permet de penser que les pratiques trompeuses et agressives ne sont des formes particulières de déloyauté, telle que celle-ci est exprimée par l'article L. 120-1.
- Ensuite, cette décision de la CJUE est du plus grand intérêt du fait du traitement pénal réservé par le Code de la Consommation aux pratiques commerciales trompeuses. L'article L.121-6 de ce dernier énonce en effet que ces pratiques sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 €, montant pouvant être "porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant le délit". La vigueur de la sanction est sans commune mesure avec un délit pouvant, si l'on en croit l'arrêt de la CJUE du 19 septembre 2013, être "*commis*" en toute bonne foi¹⁰.

Le point 25 des conclusions de l'avocat général Nils Wahl est parfaitement clair sur ce sujet "*Au regard des considérations qui précèdent, le fait qu'un professionnel pourrait avoir satisfait à son obligation de diligence professionnelle au titre de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive sur les pratiques commerciales déloyales est dénué de pertinence en présence de pratiques commerciales trompeuses (ou agressives)*". La notion de faute est clairement exclue de l'appréciation du caractère déloyale de la pratique commerciale trompeuse. On en déduit la caducité de la note de service de la DGCCRF consacrée aux pratiques commerciales déloyales¹¹, adopte une position conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, après avoir énoncé la nécessité de "*caractériser l'élément intentionnel au-delà de la simple négligence (notamment par la connaissance qu'avait professionnel du caractère trompeur de la pratique)*", cette dernière souligne : "*Toutefois, il convient d'observer que la déloyauté du procédé utilisé par le professionnel caractérise l'intention de commettre l'infraction. La déloyauté d'une pratique pourra être établie à partir d'éléments tels que le non-respect de la lettre et de l'esprit de certaines règles tels que les codes de conduite, les usages inhérents à la profession, ou des conséquences prévisibles de la présentation trompeuse sur le consommateur, ou bien encore la connaissance qu'avait le professionnel de l'aspect trompeur de la pratique*".

Cette même note de service énonce également "*le manquement aux exigences de la diligence professionnelle s'appréciera donc aussi par comparaison entre ce que le consommateur pouvait raisonnablement attendre d'un professionnel et la pratique effective de celui-ci*". L'attitude de l'administration, consistant à prendre ses distances avec une sanction qui s'appliquerait de manière mécanique sur le constat de l'absence objective de « *sincérité* »

⁷ - V. Nicod, "*L'arrêt de la CJUE du 19 septembre 2013, affaire C-435/11 : une clarification bienvenue dans le droit des pratiques commerciales déloyales !*" RLDA, n° 88, décembre 2013, p. 32. Pour un exemple de confusion entre les notions de pratiques commerciales déloyales et trompeuses, Cass. Com. 4 décembre 2012, n° 11-27.729, Bull. Civ. IV, n° 221 ; D. 2012. 2956, obs. C. Manara et 2013. 2487, obs. P. Tréfigny . La Cour de cassation condamne un comparateur de prix pour "*pratique commerciale déloyale et trompeuse*" sic.

⁸ - Issu de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (dite loi Chatel).

⁹ - E. Bazin, L'exigence de loyauté dans les contrats de consommation : Rev. Lamy dr. aff. octobre 2008, 117.

¹⁰ - Sur les conséquences pénale de l'arrêt du 13 septembre 2013, E. Jouffin "*La répression des pratiques commerciales trompeuses, Inature du délit et prescription: Ubu fait son droit*", in mélanges en l'honneur de Didier R. Martin.

¹¹ - Note de service n° 2009-07 du 29 janvier 2009, p. 8.

d'une pratique commerciale n'est désormais plus de mise. L'on imagine sans mal les questions que posera désormais l'arrêt de la CJUE du 19 septembre 2013 au regard de l'application des règles de la prescription applicable à un délit dont la commission pourra être inconsciente.....

- Enfin, on soulignera le paradoxe qui consiste à ce que la loyauté soit réduite à ne jouer qu'un rôle, somme toute réduit, cantonné aux seules pratiques commerciales déloyales, alors même que la directive 2005/29 est relative aux pratiques commerciales.....déloyales. On voit là un heurt frontal avec la conception française de la loyauté telle qu'exprimée dans le rapport Deletré de juillet 2009¹², relatif au respect par les professionnels de leurs obligations à l'égard de la clientèle, ce dernier faisant de la loyauté¹³ un "*principe général d'application transversale soumis au contrôle des autorités de supervision et décliné par des "recommandations concertées" élaborées sous leur égide*"¹⁴.

¹² B. Deletré, *Rapport de la mission de conseil sur le contrôle du respect des obligations professionnelles à l'égard de la clientèle du secteur financier*, juillet 2009, spéc. p. 3 (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000591/0000.pdf>)

¹³ - Sur cette notion, cf. Banque & Droit, HS, déc. 2011 "*La loyauté dans la commercialisation des produits financiers*".

¹⁴ - Rapport Deletré, résumé du rapport préc. p. 2.