



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

DROIT DES PRATIQUES COMMERCIALES

MISE A JOUR OCTOBRE 2018



Les mises à jour apparaissent en rouge



CHAPITRE 1 PRATIQUES COMMERCIALES INTERDITES

Section 1 Pratiques commerciales déloyales

I. Droit de l'Union

A. Champ d'application de la directive

4. Champ d'application personnel¹.

En vertu de son article 1er, la directive 2005-29 a pour objectif "de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs". La Cour de justice a déduit de ce texte que "la notion de consommateur revêt une importance primordiale"² et que "les dispositions de (la directive) sont conçues essentiellement dans l'optique du consommateur en tant que destinataire de pratiques commerciales déloyales"³. De fait, si la directive peut indirectement protéger les intérêts économiques des entreprises qui respectent la réglementation à l'égard des concurrents qui ne s'y conforment pas, garantissant ainsi une concurrence loyale dans le secteur d'activité qu'elle coordonne, elle ne couvre pas, en principe, les pratiques qui n'affectent que les intérêts économiques de concurrents ou ne concernent que des transactions entre professionnels⁴. En effet, ces derniers sont en partie protégés, en leur qualité de clients ou de concurrents, par la directive 2006-114 du 12 décembre 2006 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative⁵, dont la Commission

¹ STRAETMANS, Harmonisation des pratiques commerciales déloyales : protection des entreprises ?, in TERRY et VOINOT (sous la dir.), Droit européen des pratiques commerciales déloyales - État et perspectives, Larcier, 2012, 107 ; CHAGNY, Quel(s) modèle(s) pour un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, *ibid.*, 145 ; KEIRSBILCK, Vers un règlement européen unique relatif aux pratiques commerciales déloyales "b2c" et "b2b" ?, *ibid.*, 156 ; BÉHAR-TOUCHAIS, Droit européen des pratiques commerciales déloyales - Rapport conclusif, *ibid.*, 177.

² CJUE, 12 mai 2011, aff. C-122-10, LawLex11898, LPA 30 juin 2011, 8, obs. PETIT ; Europe 2011, n° 266, obs. MEISTER ; Contrats Conc. Consom. 2011, n° 205, obs. RAYMOND.

³ CJUE, 19 septembre 2013, aff. C-435-11, LawLex131333, Europe 2013, n° 483, obs. MEISTER ; D. 2013, 2835, obs. JAKOULOFF ; JCP E, 2013, n° 1675, obs. MIORACCHINI-ZEIDENBERG, RLDA 2013, n° 4869, obs. NICOD ; D. 2014, 1299, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RJDA 2013, n° 1055.

⁴ Cons. 6, qui laisse néanmoins aux États membres, en vertu du principe de subsidiarité, la liberté d'étendre les dispositions de la directive aux professionnels. Dans son rapport du 14 mars 2013 sur l'application de la directive 2005-29 (COM(2013)139 final), la Commission note ainsi que quatre États membres ont usé de cette faculté : l'Autriche et la Suède intégralement, l'Allemagne et la France partiellement. La Commission, qui pour la préparation du rapport a consulté les États membres, indique que la très grande majorité d'entre eux est défavorable à un élargissement du champ d'application de la directive aux transactions B2B et qu'elle soutient cette position.

⁵ JOUE L 376 du 27 décembre 2006.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

entend renforcer les règles⁶. Autrement dit, la directive ne vise que le B2C ("business to consumer"). Le juge interrogé sur la conformité d'une législation nationale avec la directive doit donc d'abord apprécier l'objectif poursuivi par le législateur national. Ainsi, la réglementation nationale qui interdit l'ouverture des magasins sept jours sur sept dans le seul but de sauvegarder le droit des travailleurs à une vie privée et familiale ⁷ne relève pas de la directive. En revanche, la disposition nationale qui, dans un but de protection des consommateurs, prévoit une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte, tombe sous le coup du texte⁸, **même lorsque le litige à l'occasion duquel cette disposition est invoquée concerne des rapports entre professionnels**⁹. Sont également soumises à la directive les réglementations qui poursuivent, parmi d'autres objectifs, la défense des intérêts des consommateurs¹⁰. Une telle méthode d'interprétation, si elle respecte l'intention des législateurs nationaux, met à mal l'objectif d'harmonisation maximale puisque la même pratique commerciale adoptée dans deux États membres différents pourra ou non échapper au champ de la directive selon l'objectif que le législateur national assigne à sa réglementation.

Le consommateur est défini à l'article 2, a), de la directive comme "toute personne physique qui (...) agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale". Le considérant 18 de la directive décrit le consommateur de référence comme le consommateur moyen qui est normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques. Par ailleurs, lorsqu'une pratique commerciale s'adresse spécifiquement à un

⁶ Communication COM(2012)702 final du 27 novembre 2012, " Protéger les entreprises contre les pratiques commerciales trompeuses et garantir l'application efficace des règles - Révision de la directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative ". - V. égal. Livre vert sur les pratiques commerciales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe (COM(2013)37 final) du 31 janvier 2013, qui soulève la question de l'opportunité d'une harmonisation des législations nationales dans ce secteur spécifique.

⁷ CJUE, 4 octobre 2012, aff. C-559-11, LawLex1349.

⁸ CJUE, 7 mars 2013, aff. C-343-12, LawLex13451, JCP G, 2013, Act. n° 396, obs. BERLIN ; Commun. com. électr. juillet/août 2013, Chron. 7, n° 12, obs. BOULET et FROSSARD ; RJDA 7/2013, 539, note FOURGOUX ; Concurrences 2/2013, 95, obs. DANY ; RLDA 2013, n° 4632, note LECOURT. Comp. pt 1.7 des Orientations SEC(2009) 1666, qui souligne que les règles nationales régissant les pratiques commerciales telles que la vente à perte ne relèvent pas du champ d'application de la directive lorsqu'elles ont pour seul but de garantir une concurrence loyale sur le marché. Tel ne semble pas être le cas de la législation française (C. com., art. L. 442-2).

⁹ CJUE, 19 octobre 2017, aff. C-295-16, LawLex171686, LD novembre 2017, 8, obs. BOUFFARD ; AJ Contrat 2017, 539, obs. FORTUNATO ; Contrats Conc. Consom. 2017, n° 260, obs. BERNHEIM-DESVAUX ; LEDICO, décembre 2017, 1, obs. CHONE-GRIMALDI ; Gaz. Pal. 3 avril 2018, 22, obs. PIEDELIEVRE ; D. 2018, 586, obs. POILLOT ; D. 2018, 868, obs. FERRIER. Sur cette question, la jurisprudence de la Cour de cassation française apparaît en décalage avec la position de la Cour de justice, puisqu'elle estime que le droit français, qui sanctionne une pratique de revente à perte entre une centrale d'achats et les détaillants affiliés, ne peut être remis en cause sur le fondement de la directive, V. Cass. crim., 16 janvier 2018, LawLex18217, Dr. pén. 2018, n° 49, obs. ROBERT ; JCP G 2018, n° 469, obs. DETRAZ ; Contrats Conc. Consom. 2018, n° 66, obs. MALAURIE-VIGNAL ; Dr. pén. mai 2018, Chron. 5, obs. BAZIN.

¹⁰ CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-540-08, LawLex101231, Légipresse 2010, 414, note ANDRIEU et SAUPHANOR-BROUILLAUD ; Europe 2011, n° 30, obs. IDOT ; Contrats Conc. Consom. 2011, n° 21, obs. RAYMOND ; RDC 2011, 397, note ROCHFELD et PÉRÈS ; RTD eur. 2011, 630, note AUBERT de VINCELLES.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

groupe particulier de consommateurs, comme les enfants, son incidence sera évaluée du point de vue du membre moyen de ce groupe¹¹. Ces précisions sont reprises à l'article 5 de la directive¹².

Le professionnel est défini, à l'article 2, b), de la directive comme "toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel". Selon la Cour de justice, une législation nationale de transposition de la directive 2005-29 ne peut exclure de son champ d'application des professionnels répondant à cette définition, tels les professions libérales, les dentistes et les kinésithérapeutes¹³. Dans son document d'orientation¹⁴, la Commission précise que la notion recouvre non seulement les professionnels qui agissent pour leur propre compte mais également les intermédiaires qui agissent au nom du professionnel. Selon la Commission, un professionnel peut ainsi être déclaré solidairement responsable des manquements à la directive commis par un autre professionnel en son nom¹⁵. Tel n'est pas le cas de l'éditeur de presse qui diffuse des articles dont le contenu rédactionnel est susceptible de promouvoir non son journal, mais les produits d'une entreprise qui n'est pas partie au litige, dès lors qu'il n'est pas établi que l'éditeur ait agi au nom et/ou pour le compte de l'entreprise¹⁶. Sont également concernés par les dispositions de la directive les professionnels "non déclarés", telles les personnes dont l'activité principale consiste à vendre des produits depuis leur domicile sur Internet, par des sites d'enchères en ligne, de manière très fréquente, en recherchant le profit et/ou en achetant des produits dans le but de les revendre à un prix plus élevé¹⁷ ou les organisations à but caritatif ou éthique qui exercent

¹¹ La protection de ce groupe spécifique de consommateurs a justifié l'interdiction, dans l'annexe I, de la pratique agressive consistant, "dans une publicité, (à) inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité".

¹² Le paragraphe 2, b) répute déloyale toute pratique commerciale "qui altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs". Le paragraphe 3 réserve le cas des pratiques commerciales susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un groupe clairement identifiable de consommateurs parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement attendre du professionnel qu'il prévienne cette conséquence. Le caractère déloyal de telles pratiques sera également évalué du point de vue du membre moyen de ce groupe, sans que puissent être sanctionnées celles qui consistent à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral.

¹³ CJUE, 10 juillet 2014, aff. C-421-12, LawLex142214, LPA 24 septembre 2014, 6, obs. PECNARD et DUPERRAY ; Europe 2014, n° 412, obs. MEISTER ; JDE 2014, 380, obs. JACQUEMIN ; D. 2015, 589, obs. POILLOT ; Contrats Conc. Consom. avril 2015, étude, 8, obs. AUBERT de VINCELLES ; Dr. pén. mai 2015, Chron. 5, obs. BAZIN ; Concurrences 4/2014, 159, obs. FOURGOUX ; RJDA 2014, n° 805.

¹⁴ Orientations du 25 mai 2016 pour la mise en œuvre et l'application de la directive 2005-29-CE sur les pratiques commerciales déloyales, SWD(2016) 163 final, mettant à jour et remplaçant les Orientations du 3 décembre 2009, SEC(2009) 1666.

¹⁵ Orientations de 2016, pt 2.1. La Commission donne ainsi l'exemple des développeurs d'applications et des "App stores".

¹⁶ CJUE, 17 octobre 2013, aff. C-391-12, LawLex131499.

¹⁷ Les Orientations visent également l'hypothèse des professionnels qui se présentent comme des consommateurs, comme dans le cas de l'hôtel dont le site Internet mentionne des commentaires flatteurs prétendument formulés par les consommateurs mais qui, en réalité, sont rédigés par le propriétaire de l'hôtel ou de la librairie qui fait la publicité de livres "recommandés par ses lecteurs" qui, en réalité, n'ont jamais été consultés par ceux-ci mais ont été choisis par le libraire lui-même.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

des activités commerciales¹⁸. Ainsi, le fait qu'une organisation ait une structure à "but non lucratif" ne suffit pas à exclure sa qualité de professionnelle au regard de la directive¹⁹. Des autorités publiques peuvent également être considérées comme des professionnels au sens de la directive, lorsqu'elles se livrent à des activités commerciales. Tel est le cas d'un organisme de droit public en charge d'une mission d'intérêt général, telle que la gestion d'un régime légal d'assurance maladie, qui fournit des informations trompeuses à ses affiliés²⁰ ou, selon les orientations, d'une commune qui vend à prix réduit des tickets pour une exposition qu'elle organise.

B. Régime juridique

6. Économie de la directive.

Après avoir posé un principe général d'interdiction des pratiques commerciales déloyales, l'article 5 de la directive répute déloyales les pratiques commerciales qui, cumulativement²¹, sont contraires aux exigences de la diligence professionnelle²² et altèrent ou sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen²³. Le texte vise spécifiquement les deux cas les plus courants de pratiques commerciales déloyales : les pratiques commerciales trompeuses au sens des articles 6 et 7 et les pratiques commerciales agressives au sens des articles 8 et 9. Enfin, l'article 5 renvoie à l'annexe I de la directive, qui dresse une liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances, c'est-à-dire sans qu'il y ait lieu d'apprécier leur caractère trompeur ou agressif au regard des critères posés aux articles 6 à 9.

La Commission a, dans ses orientations pour la mise en oeuvre de la directive²⁴, établi une grille d'analyse qui décrit les différentes étapes de l'appréciation du caractère déloyal d'une pratique commerciale. Le

¹⁸ Par ex. : association de peintres handicapés qui "offre gratuitement" des cartes postales réalisées par ses membres, mais invite les personnes démarchées à apporter une contribution.

¹⁹ CJUE, 3 octobre 2013, aff. C-59-12, LawLex131434, RLDA 2013, n° 4829, obs. MATHONNIÈRE, à propos d'un organisme de droit public en charge d'une mission d'intérêt général, telle que la gestion d'un régime légal d'assurance maladie.

²⁰ CJUE, 3 octobre 2013, LawLex131434, préc.

²¹ CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-540-08, LawLex101231, Légipresse 2010, 414, note ANDRIEU et SAUPHANOR-BROUILLAUD ; Europe 2011, n° 30, obs. IDOT ; Contrats Conc. Consom. 2011, n° 21, obs. RAYMOND ; RDC 2011, 397, note ROCHFELD et PÈRÈS ; RTD eur. 2011, 630, note AUBERT de VINCELLES.

²² L'article 2, h), définit la notion de diligence professionnelle comme "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".

²³ L'article 2, e), définit l'altération substantielle du comportement économique des consommateurs comme "l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement". La notion de décision commerciale est quant à elle définie, à l'article 2, k), comme "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 pour 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 peut amener le consommateur, soit à agir, soit à s'abstenir d'agir".

²⁴ Orientations du 25 mai 2016 pour la mise en oeuvre et l'application de la directive 2005-29-CE sur les pratiques commerciales déloyales, SWD(2016) 163 final, mettant à jour et remplaçant les Orientations du 3 décembre 2009, SEC(2009) 1666, pt 3.1.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

le juge national doit d'abord vérifier si la pratique concernée figure dans la liste de l'annexe I. Si tel est le cas, elle est interdite per se, sans autre condition. Dans le cas contraire, le juge doit examiner si la pratique remplit les critères de qualification des pratiques trompeuses ou agressives posés par les articles 6 à 9 et si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur. En application de ce principe, une pratique commerciale qui n'est pas visée par l'annexe I ne peut pas faire l'objet d'une interdiction générale : la législation nationale doit permettre au juge de vérifier in concreto si elle présente un caractère trompeur ou agressif. Ainsi, la Cour de justice a déclaré contraires à la directive l'interdiction générale :

- des ventes couplées prévues par les lois belge²⁵ et polonaise²⁶ ;
- de certaines formes de loteries édictées par la loi allemande²⁷ ;
- des ventes avec primes posée par la loi autrichienne²⁸ ;
- des annonces de réduction de prix pendant les périodes précédant les soldes saisonniers²⁹ ou lorsque le prix annoncé ne constitue pas une réelle réduction par rapport au prix habituellement pratiqué pendant une période continue d'un mois précédant immédiatement la date de début de la promotion³⁰ édictées par la loi belge ;
- des ventes en liquidation réalisées sans autorisation préalable prévue par la loi autrichienne³¹ ;
- de la revente à perte établie par les lois belge³² et espagnole³³.

²⁵ CJCE, 23 avril 2009, aff. C-261-07, LawLex091482, Gaz. Pal. 18/19 novembre 2009, 30, obs. GREFFE ; Contrats Conc. Consom. juillet 2009, étude 8, par WILHELM et FERCHICHE ; RLDA 2009, n° 2418, note GRALL et CAMILLERI ; RTD com. 2009, 607, obs. BOULOC ; Europe 2009, n° 251, obs. MICHEL ; RDC 2009, 1458, note AUBERT de VINCELLES.

²⁶ CJUE, 11 mars 2010, aff. C-522-08, LawLex10290, Europe 2010, n° 182, obs. IDOT ; Commun. com. électr. 2010, n° 63, obs. CHAGNY ; RTD eur. 2010, 715, obs. AUBERT de VINCELLES.

²⁷ CJUE, 14 janvier 2010, aff. C-304-08, LawLex1014, Europe 2010, n° 120, obs. MEISTER ; Contrats Conc. Consom. 2010, n° 84, obs. RAYMOND ; JDE, 2010, n° 167, 77, obs. LONGFILS ; RLDA 2010/48, n° 2826, obs. GRALL et CAMILLERI ; RTD eur. 2010, 715, obs. AUBERT de VINCELLES ; Légipresse mars 2010, 43, note SAUPHANOR-BROUILLAUD et ANDRIEU.

²⁸ CJUE, 9 novembre 2010, LawLex101231, préc.

²⁹ CJUE, 30 juin 2011, aff. C-288-10, LawLex111259 ; 15 décembre 2011, aff. C-126-11, LawLex122171.

³⁰ CJUE, 10 juillet 2014, aff. C-421-12, LawLex142214, LPA 24 septembre 2014, 6, obs. PECNARD ET DUPERRAY ; Europe 2014, n° 412, obs. MEISTER ; JDE 2014, 380, obs. JACQUEMIN ; D. 2015, 589, obs. POILLOT ; Contrats Conc. Consom. avril 2015, étude, 8, par AUBERT de VINCELLES ; Dr. pén. mai 2015, Chron. 5, obs. BAZIN ; Concurrences 4/2014, 159, obs. FOURGOUX ; RJDA 2014, n° 805.

³¹ CJUE, 17 janvier 2013, aff. C-206-11, LawLex1347, Europe 2013, n° 143, obs. BOUVERESSE ; D. 2013, 947, note SAUPHANOR-BROUILLAUD ; JDE 2013, 149, note BOCHON ; RJ com. 2013, 150, note LELOUP ; Commun. com. électr. juillet/août 2013, Chron. 7, n° 13, obs. BOULET et FROSSARD.

³² CJUE, 7 mars 2013, aff. C-343-12, LawLex13451, JCP G, 2013, Act. n° 396, obs. BERLIN ; Commun. com. électr. juillet/août 2013, Chron. 7, n° 12, obs. BOULET et FROSSARD ; RJDA 7/2013, 539, note FOURGOUX ; Concurrences 2/2013, 95, obs. DANY ; RLDA 2013, n° 4632, note LECOURT.

³³ CJUE, 19 octobre 2017, aff. C-295-16, LawLex171686, LD novembre 2017, 8, obs. BOUFFARD ; AJ Contrat 2017, 539, obs. FORTUNATO ; Contrats Conc. Consom. 2017, n° 260, obs. BERNHEIM-DESVAUX ; LEDICO, décembre 2017, 1, obs. CHONE-GRIMALDI ; Gaz. Pal. 3 avril 2018, 22, obs. PIEDELIEVRE ; D. 2018, 586, obs. POILLOT ; D. 2018, 868, obs. FERRIER.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

L'article 3, paragraphe 9, de la directive prévoit toutefois une exception en faveur des services financiers et des biens immobiliers pour lesquels les États membres sont libres d'imposer des exigences plus restrictives. Dès lors, la disposition belge qui prévoit une interdiction générale des offres conjointes dont l'un des éléments est un service financier, n'a pas été jugée contraire au droit de l'Union³⁴.

Enfin, si les critères des articles 6 à 9 ne sont pas remplis, le juge doit, pour qualifier la pratique de déloyale, s'assurer qu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur. La question s'est posée de savoir si lors de la confrontation de la pratique aux critères des articles 6 à 9, le juge devait aussi vérifier sa conformité aux exigences de la diligence professionnelle et l'éventuelle altération du comportement économique du consommateur. Selon la Commission, il n'y a pas lieu de procéder à cette vérification dès lors qu'il y a violation automatique des exigences de la diligence professionnelle en cas d'action ou d'omission trompeuse ou de pratique commerciale agressive³⁵. La Cour de justice a consacré cette interprétation qu'elle estime seule de nature à préserver l'effet utile des articles 6 à 9³⁶. En revanche, la preuve de l'altération du comportement économique du consommateur s'impose dans toutes les hypothèses, puisque cette condition est expressément reprise aux articles 6, 7 et 8³⁷.

Selon la Cour de justice, la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés sans possibilité pour le consommateur de se procurer le même modèle sans les logiciels, ne constitue pas, en tant que telle, une pratique commerciale déloyale au sens de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2005-29, à moins qu'une telle pratique soit contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou soit susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport à ce produit³⁸. Pour apprécier si une telle vente conjointe est conforme aux exigences de la

³⁴ CJUE, 18 juillet 2013, aff. C-265-12, LawLex131165, RLDA 2013, n° 4786, obs. COMBET ; Europe 2013, n° 403, obs. GAZIN ; JDE 2013, 351, obs. LONGFILS ; D. 2014, 1299, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

³⁵ Orientations, pt 3.2.

³⁶ CJUE, 19 septembre 2013, aff. C-435-11, LawLex131333, Europe 2013, n° 483, obs. MEISTER ; D. 2013, 2835, obs. JAKOULOFF ; JCP E, 2013, n° 1675, obs. MIORACCHINI-ZEIDENBERG ; RLDA 2013, n° 4869, obs. NICOD ; D. 2014, 1299, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RJDA 2013, n° 1055.

³⁷ CJUE, 19 décembre 2013, aff. C-281-12, LawLex131864, Europe 2014, n° 100, obs. MEISTER, RDC 2014, 452, obs. OLLARD, au point 30 : "Dès lors que les pratiques commerciales trompeuses visées à l'article 6 de la directive 2005-29 constituent une catégorie spécifique des pratiques commerciales déloyales visées à l'article 5, paragraphe 2, de ladite directive, elles doivent nécessairement réunir l'ensemble des éléments constitutifs d'un tel caractère déloyal et, par conséquent, l'élément relatif à l'aptitude de la pratique à altérer substantiellement le comportement économique du consommateur, en l'amenant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement".

³⁸ CJUE, 7 septembre 2016, LawLex161380, JCP E 2016, 1538, obs. BAZIN ; LPA 10 octobre 2016, 6, obs. LEGRAND ; *Communic. comm. électr.* 2016, n° 81, obs. LOISEAU ; *Contrats Conc. Consom.* 2016, n° 243, obs. BERNHEIM-DESVAUX ; JCP E 2016, 2087 et RDC 2017, 52, obs. HUET ; *Communic. Com. électr.* octobre 2016, études, 9 et *Gaz. Pal.*, 13 décembre 2016, 27, obs. PIEDELIEVRE ; Europe 2016, n° 423, obs. BOUVERESSE ; *AJ Contrat* 2016, 484, obs. AUBRY ; RLDA 2016, n° 6067, obs. TITONE et DARY ; RJDA 2017, n° 49.



diligence professionnelle, le juge doit rechercher si les consommateurs ont reçu une information correcte, si l'offre répond aux attentes d'une part importante de ceux-ci et s'ils ont la faculté de l'accepter dans tous ses éléments ou d'obtenir la révocation de la vente³⁹. La Cour estime que lorsque le consommateur a été dûment informé, avant de procéder à l'achat, que le modèle d'ordinateur vendu n'était pas commercialisé sans logiciels préinstallés et qu'il était, de ce fait, libre de choisir un modèle d'une autre marque aux caractéristiques techniques comparables sans logiciels ou associé à d'autres logiciels, son aptitude à prendre une décision commerciale en connaissance de cause n'est pas sensiblement compromise⁴⁰.

Comme le souligne la Cour, la directive se borne à prévoir, à son article 5, paragraphe 1, que les pratiques commerciales déloyales "sont interdites" et laisse aux États membres une marge d'appréciation quant au choix des mesures nationales destinées à lutter contre ces pratiques. Il en résulte que, contrairement à un contrat contenant une clause abusive, un contrat prévoyant des clauses contraires à l'interdiction générale des pratiques commerciales déloyales n'est pas nécessairement invalide⁴¹.

2° Pratiques commerciales trompeuses

8. Actions trompeuses.

L'article 6 de la directive relatif aux pratiques commerciales trompeuses par action répute trompeuse toute pratique commerciale qui contient des informations fausses (publicité mensongère) ou qui, notamment par sa présentation, induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes. Il suffit, pour qu'une pratique commerciale trompeuse soit établie, que les conditions posées à l'article 6 soient réunies. Il n'est pas nécessaire de vérifier, en outre, si le professionnel a respecté les exigences de la diligence professionnelle visées à l'article 5 de la directive⁴². **De même, les contraintes de temps auxquelles peuvent être soumis certains moyens de communication, tels que les spots publicitaires télévisés, visées à l'article 7 de la directive, ne doivent pas être prises en considération pour apprécier le caractère trompeur d'une pratique commerciale**⁴³.

³⁹ CJUE, 7 septembre 2016, LawLex161380, préc.

⁴⁰ CJUE, 7 septembre 2016, LawLex161380, préc.

⁴¹ CJUE, 19 septembre 2018, Bankia SA c. Mari Merino et Pérez Gavilán, aff. C-109-17, LawLex181340.

⁴² CJUE, 16 avril 2015, aff. C-388-13, LawLex15496, LPA 24 juin 2015, 7, obs. PETIT ; Contrats Conc. Consom. 2015, n° 189, obs. RAYMOND ; CMLR 2016, 527, obs. KEIRSBILCK ; RJDA 2015, n° 535 ; 19 septembre 2013, LawLex131333, Europe 2013, n° 483, obs. MEISTER ; D. 2013, 2835, obs. JAKOULOFF ; JCP E, 2013, n° 1675, obs. MIORACCHINI-ZEIDENBERG, RLDA 2013, n° 4869, obs. NICOD, D. 2014, 1299, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD, RJDA 2013, n° 1055.

⁴³ CJUE, 26 octobre 2016, LawLex161752, Europe 2016, n° 476, obs. SIMON ; RJDA 2017, n° 173.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

Dans tous les cas, la pratique doit amener ou être susceptible d'amener le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Cette condition constitue la reprise de l'exigence d'altération substantielle du comportement économique du consommateur moyen qui figure à l'article 5 de la directive. En vertu de l'article 2, k) de la directive, la notion de "décision commerciale" recouvre "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 pour 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 peut amener le consommateur, soit à agir, soit à s'abstenir d'agir". Selon la Cour de justice, cette notion inclut non seulement la décision d'acquiescer ou non un produit mais aussi celle qui présente un lien direct avec celle-ci, notamment celle de se rendre à un magasin ou d'entrer dans celui-ci⁴⁴.

Les informations divulguées au consommateur doivent porter sur une ou plusieurs des caractéristiques suivantes :

- l'existence ou la nature du produit ;
- les caractéristiques principales du produit, telles que sa disponibilité, ses avantages, les risques qu'il présente, son exécution, sa composition, ses accessoires, le service après-vente⁴⁵ et le traitement des réclamations, le mode et la date de fabrication ou de prestation, sa livraison, son aptitude à l'usage, son utilisation, sa quantité, ses spécifications, son origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent être attendus de son utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentielles des tests ou contrôles effectués sur le produit ;
- l'étendue des engagements du professionnel, la motivation de la pratique commerciale et la nature du processus de vente, ainsi que toute affirmation ou tout symbole faisant croire que le professionnel ou le produit bénéficie d'un parrainage ou d'un appui direct ou indirect ;
- le prix ou le mode de calcul du prix, ou l'existence d'un avantage spécifique quant au prix⁴⁶ ; **lorsque l'une des composantes du prix d'un produit est particulièrement mise en avant dans la commercialisation, alors que l'autre, qui constitue pourtant un élément inévitable, prévisible et non négligeable de ce dernier, est totalement omise ou mentionnée de manière moins apparente, l'offre revêt un caractère trompeur,**

⁴⁴ CJUE, 19 décembre 2013, aff. C-281-12, LawLex131864, Europe 2014, n° 100, obs. MEISTER ; RDC 2014, 452, obs. OLLARD.

⁴⁵ Pour une application, sous le régime antérieur de la directive 84-450 du 10 septembre 1984 relative à la publicité trompeuse, CJCE, 16 janvier 1992, aff. C-373-90, LawLex024650, JCP E, 1993, I, 206, obs. GAVALDA et PARLÉANI ; RJDA 1992, n° 296.

⁴⁶ Pour une application, V. CJUE, 15 mars 2012, aff.C-453-10, LawLex12368, JCP G, 2012, n° 720, note PAISANT ; D. 2013, 948, note SAUPHANOR-BROUILLAUD, considérant que l'indication, dans un contrat de crédit, d'un taux annuel effectif global inférieur à la réalité constitue une information fautive quant au coût total du crédit et, partant, au prix visé à l'article 6, 1°, d), de la directive 2005-29. V. aussi, pour une application sous l'empire de la directive 84-450 relative à la publicité trompeuse, CJCE, 16 janvier 1992, LawLex024650, préc.



dès lors qu'elle peut donner l'impression erronée au consommateur moyen qu'un prix particulièrement avantageux lui est proposé⁴⁷ ;

- la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;
- la nature, les qualités et les droits du professionnel ou de son représentant, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications, son statut, son agrément, son affiliation ou ses liens et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les récompenses et distinctions qu'il a reçues ;
- les droits du consommateur, en particulier le droit de remplacement ou de remboursement selon les dispositions de la directive 1999-44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, ou les risques qu'il peut encourir.

Constitue également une pratique commerciale trompeuse par action, en vertu de l'article 6, paragraphe 2, de la directive, toute activité de marketing concernant un produit, y compris la publicité comparative, qui crée une confusion avec un autre produit, marque, nom commercial ou autre signe distinctif d'un concurrent. Dans son document d'orientation pour la mise en oeuvre de la directive⁴⁸, la Commission donne l'exemple de la pratique de l'emballage copié, qui consiste à concevoir l'emballage d'un produit (ou son "habillage") de manière à lui conférer l'aspect général des produits d'une marque concurrente bien connue, voire leader sur le marché. L'emballage "copié" se distingue de la contrefaçon car il n'implique pas de copie de la marque. Une telle pratique crée un risque de confusion, qui peut prendre plusieurs formes : i) confusion absolue : le consommateur achète le produit copié parce qu'il l'a confondu avec le produit de marque ; ii) tromperie sur l'origine : le consommateur a conscience que le produit copié est différent mais croit, en raison de son emballage similaire, qu'il provient du même fabricant ; et iii) tromperie sur l'équivalence ou la qualité : le consommateur est conscient que la copie est différente mais croit, en raison de son emballage similaire, que la qualité est identique ou proche de celle qu'il aurait supposée si l'emballage avait été différent.

Enfin, un professionnel commet une action trompeuse lorsqu'il ne respecte pas les engagements d'un code de conduite aux dispositions duquel il s'affirme lié, pour autant que ces engagements soient fermes et vérifiables.

9. Omissions trompeuses.

⁴⁷ CJUE, 26 octobre 2016, LawLex161752, préc.

⁴⁸ Orientations du 25 mai 2016 pour la mise en oeuvre et l'application de la directive 2005-29-CE sur les pratiques commerciales déloyales, SWD(2016) 163 final, mettant à jour et remplaçant les Orientations du 3 décembre 2009, SEC(2009) 1666, pt 3.3.2.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

L'article 7 de la directive qui vise les pratiques commerciales trompeuses par omission réputée trompeuse toute pratique commerciale qui, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

De même, caractérise une omission trompeuse le fait, pour un professionnel, de dissimuler une information substantielle ou de la fournir de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, ou de ne pas indiquer sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte. Dans tous les cas, le consommateur moyen doit être amené ou est susceptible d'être amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement⁴⁹. **La Cour de justice a précisé la notion d'information substantielle : lorsqu'un annonceur compare les prix pratiqués par les magasins de tailles ou de formats supérieurs de son enseigne à ceux relevés dans des magasins de tailles ou de formats inférieurs de ses concurrents, alors que tous possèdent des gammes de magasins de tailles et de formats différents, cette information revêt un caractère substantiel et doit être fournie au consommateur de façon claire, dans le message publicitaire lui-même⁵⁰. En revanche, le prix de chacun des logiciels préinstallés dans un ordinateur ne constitue pas une information substantielle lorsque le consommateur ne peut pas se procurer le même modèle sans ces derniers⁵¹. De même, dans le cadre de l'achat d'un aspirateur, les conditions dans lesquelles l'efficacité énergétique du modèle en cause a été mesurée ne constituent pas, selon le juge de l'Union, une information substantielle pour le consommateur moyen⁵².**

En vertu du paragraphe 3, lorsque le moyen de communication utilisé impose des limites d'espace ou de temps, il faut, pour déterminer si des informations ont été omises, tenir compte de ces limites et de toute mesure prise par le professionnel pour mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens. **Ainsi, lorsque, compte tenu des caractéristiques intrinsèques du produit concerné et des limites tenant au moyen de communication utilisé, il est impossible de fournir l'ensemble des**

⁴⁹ Condition reprise de l'article 6 de la directive.

⁵⁰ CJUE, 8 février 2017, Carrefour Hypermarchés SAS c. ITM Alimentaire International SASU, aff. C-562-15, LawLex17275, Gaz. Pal. 4 avril 2017, 17, obs. PIEDELIEVRE ; RLDA 2017, n° 6192, obs. DARY et TITONE ; Europe 2017, n° 156, obs. RIGAUX ; Contrats Conc. Consom. 2017, n° 90, obs. BERNHEIM-DESSVAUX ; D. 2018, 586, obs. POILLOT ; RJDA 2017, n° 292.

⁵¹ CJUE, 7 septembre 2016, Deroo-Blanquart c. Sony Europe Limited, aff. C-310-15, LawLex161380, CJUE, 7 septembre 2016, Deroo-Blanquart c. Sony Europe Limited, aff. C-310-15, LawLex161380JCP E 2016, 1538, obs. BAZIN ; LPA 10 octobre 2016, 6, obs. LEGRAND ; Commun. comm. électr. 2016, n° 81, obs. LOISEAU ; Contrats Conc. Consom. 2016, n° 243, obs. BERNHEIM-DESSVAUX ; JCP E 2016, 2087 et RDC 2017, 52, obs. HUET ; Commun. Com. électr. octobre 2016, études, 9 et Gaz. Pal., 13 décembre 2016, 27, obs. PIEDELIEVRE ; Europe 2016, n° 423, obs. BOUVERESSE ; AJ Contrat 2016, 484, obs. AUBRY ; RLDA 2016, n° 6067, obs. TITONE et DARY ; RJDA 2017, n° 49.

⁵² CJUE, 25 juillet 2018, Dyson Ltd, Dyson BV c. BSH Home Appliances NV, aff. C-632-16, LawLex181196.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

informations substantielles visées par l'article 7, la pratique commerciale peut ne mentionner que certaines d'entre elles, si le professionnel renvoie pour le surplus à son site Internet et que celui-ci contient les informations substantielles relatives aux caractéristiques principales du produit, au prix et aux autres conditions⁵³.

Le paragraphe 4 prévoit une obligation d'information renforcée lorsque le professionnel diffuse une "invitation à l'achat". L'article 2, i) de la directive définit cette pratique commerciale comme "une communication commerciale indiquant les caractéristiques du produit et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat". Dans son document d'orientation⁵⁴, la Commission estime que les informations données doivent suffire pour permettre au consommateur de prendre une décision d'achat (c'est-à-dire décider d'acheter ou non ce produit à ce prix). Elle préconise d'interpréter la notion d'invitation à l'achat comme n'exigeant pas que la communication commerciale fournisse au consommateur un moyen d'acheter, comme un numéro de téléphone, un coupon, ou la possibilité de faire une réservation en ligne. Cette interprétation a reçu l'aval de la Cour de justice⁵⁵. La Commission considère comme des invitations à l'achat, à condition que le prix et les caractéristiques du produit soient communiqués : une publicité dans un journal⁵⁶ ou à la télévision ; le site Internet d'une compagnie aérienne affichant des offres de vols et leurs prix ; un menu dans un restaurant ; un dépliant de supermarché annonçant des réductions de prix sur certains produits ; une publicité à la radio pour une sonnerie de téléphone mobile ; un produit sur lequel figure le prix, placé sur une étagère dans une boutique. En l'absence d'indication du prix, il ne peut, selon la Commission, y avoir d'invitation à l'achat. Il en va de même lorsque la publicité fait la promotion de la marque d'un professionnel plutôt que d'un produit en particulier.

L'invitation à l'achat constitue un moment critique dans la prise de décision du consommateur car, par sa nature, elle constitue une forme directe et immédiate de promotion du produit, qui déclenche une réaction plus impulsive des consommateurs et les expose dès lors à des risques plus élevés. Afin de

⁵³ CJUE, 26 octobre 2016, LawLex161752, Europe 2016, n° 476, obs. SIMON ; RJDA 2017, n° 173.

⁵⁴ Orientations du 25 mai 2016 pour la mise en œuvre et l'application de la directive 2005-29-CE sur les pratiques commerciales déloyales, SWD(2016) 163 final, mettant à jour et remplaçant les Orientations du 3 décembre 2009, SEC(2009) 1666, pt 2.7.

⁵⁵ CJUE, 12 mai 2011, Konsumentombudsmannen c. Ving Sverige AB, aff C-122-10, LawLex11898, LPA 30 juin 2011, 8, note PETIT ; Europe 2011, n° 266, obs. MEISTER ; Contrats Conc. Consom. 2011, n° 205, obs. RAYMOND, qui considère qu'il n'est pas nécessaire que la communication commerciale comporte un moyen concret d'acheter le produit ou qu'elle apparaisse à proximité ou à l'occasion d'un tel moyen.

⁵⁶ Pour une application, V. CJUE, 30 mars 2017, Verband Sozialer Wettbewerb eV c. DHL Paket GmbH, aff. C-146-16, LawLex17610, Europe 2017, n° 215, obs. BOUVERESSE ; AJ Contrat, 2017, 287, obs. LEGRAND ; D. 2018, 586, obs. POILLOT.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

garantir au consommateur un degré maximal de sécurité juridique, le paragraphe 4 **dresse une liste exhaustive⁵⁷ des informations réputées substantielles** :

- les caractéristiques principales du produit, dans la mesure appropriée eu égard au moyen de communication utilisé et au produit concerné⁵⁸ ;
- l'adresse géographique et l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale et, le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité du professionnel pour le compte duquel il agit ; **ces informations doivent être fournies par l'annonceur même s'il n'est pas le vendeur⁵⁹ ; néanmoins, lorsque le moyen de communication utilisé impose des limites d'espace, les consommateurs susceptibles d'acheter les produits proposés par le biais du site Internet mentionné dans l'annonce doivent être mis en mesure d'obtenir simplement et rapidement ces informations sur ce site ou par le biais de ce dernier⁶⁰ ;**
- le prix toutes taxes comprises, ou, lorsque la nature du produit signifie que le prix ne peut raisonnablement pas être calculé à l'avance, la manière dont le prix est calculé, ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, ou, lorsque ces coûts ne peuvent raisonnablement pas être calculés à l'avance, la mention que ces coûts peuvent être à la charge du consommateur⁶¹ ;
- les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, si elles diffèrent des conditions de la diligence professionnelle ;
- pour les produits et transactions impliquant un droit de rétractation ou d'annulation, l'existence d'un tel droit⁶².

⁵⁷ CJUE, 26 octobre 2016, LawLex161752, préc.

⁵⁸ Selon la Cour de justice, une représentation verbale ou visuelle du produit peut remplir la condition relative à l'indication des caractéristiques du produit si, eu égard à la nature et aux caractéristiques du produit ainsi que du support de communication utilisé, le consommateur dispose d'informations suffisantes pour identifier et distinguer le produit en vue de prendre une décision commerciale. De même, le professionnel peut se contenter de ne mentionner que certaines caractéristiques principales du produit dans une invitation à l'achat, s'il renvoie pour le surplus à son site Internet où il remplit ses obligations relatives aux informations substantielles, CJUE, 12 mai 2011, LawLex11898, préc.

⁵⁹ CJUE, 30 mars 2017, LawLex17610, préc.

⁶⁰ CJUE, 30 mars 2017, LawLex17610, préc.

⁶¹ Dans l'arrêt du 12 mai 2011 préc., la Cour de justice a retenu que le prix du produit peut, dans une invitation à l'achat, être un prix de départ (prix "à partir de"), c'est-à-dire le prix le plus bas auquel peut être acheté le produit en cause, même si celui-ci existe en d'autres variantes, ou avec un contenu différent, à des prix qui ne sont pas indiqués, pour autant qu'une telle mention permette au consommateur de prendre une décision commerciale.

⁶² Dans son document d'orientation, la Commission n'exige pas que les conditions et procédures nécessaires à l'exercice du droit de rétractation ou d'annulation soient détaillées dès le stade de l'invitation à l'achat (pt. 3.4.5).



Le paragraphe 5 qualifie également de substantielles les informations relatives aux communications commerciales prévues par d'autres dispositions du droit de l'Union, dont une liste non exhaustive figure à l'annexe II de la directive⁶³.

Toutefois, la fourniture par un professionnel, dans une invitation à l'achat, de l'ensemble des informations énumérées à l'article 7, paragraphe 4, n'exclut pas qu'elle puisse être qualifiée de pratique commerciale trompeuse au sens de l'article 6, paragraphe 1, ou de l'article 7, paragraphe 2⁶⁴.

3° Pratiques commerciales agressives

10. Utilisation du harcèlement, de la contrainte ou d'une influence injustifiée.

Aux termes de l'article 8 de la directive 2005-29, une pratique commerciale est réputée agressive si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard d'un produit, et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée. Le plus souvent, de telles pratiques sont mises en oeuvre à l'occasion d'un démarchage à domicile ou d'autres ventes en dehors des établissements commerciaux.

L'article 9 détermine les éléments à retenir pour apprécier l'existence d'une pratique commerciale agressive :

- le moment et l'endroit où la pratique est mise en oeuvre, sa nature et sa persistance ;
- le recours à la menace physique ou verbale ;
- l'exploitation en connaissance de cause par le professionnel de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer sa décision à l'égard du produit ;
- tout obstacle non contractuel important ou disproportionné imposé par le professionnel lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur ;

⁶³ Selon le considérant 15 de la directive, seules les informations exigées par la législation de l'Union seront considérées substantielles au sens de l'article 7, paragraphe 5. Si les États membres ont introduit des prescriptions en matière d'information qui vont au-delà de ce qui est spécifié par la législation de l'Union, le non-respect de ces prescriptions ne sera pas considéré comme une omission trompeuse au sens de la directive 2005-29.

⁶⁴ CJUE, 26 octobre 2016, LawLex161752, préc.



- toute menace d'action alors que cette action n'est pas légalement possible.

Comme pour les pratiques commerciales trompeuses, l'annexe I de la directive détaille une liste de pratiques commerciales agressives per se. Parmi celles-ci, figure, au point 29, la fourniture non demandée d'un produit ou d'un service, pratique qui se trouve constituée, selon la Cour, lorsqu'un opérateur de télécommunications commercialise des cartes SIM sur lesquelles il a préinstallé et pré-activé certains services sans avoir préalablement et de manière adéquate informé le consommateur du contenu et des coûts de ces services⁶⁵.

II. Règles générales

12. Ordonnance de recodification

L'ordonnance de recodification 2016-301 du 14 mars 2016, entrée en vigueur le 1er juillet 2016, a, dans un souci de rationalisation, modifié l'architecture du Code de la consommation. Le titre II du Livre I, anciennement relatif aux "pratiques commerciales" est désormais consacré aux "pratiques commerciales interdites" (Chapitre I) et "aux pratiques commerciales réglementées" (Chapitre II). Le Chapitre Ier regroupe désormais sous l'appellation "pratiques commerciales interdites" les pratiques commerciales déloyales (trompeuses et agressives) et les pratiques commerciales, auparavant éparpillées dans le code, susceptibles de relever du champ d'application de la directive 2005-29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, telles que l'abus de faiblesse, le refus de vente et les ventes subordonnées, les ventes forcées, les ventes à la boule de neige et des infractions plus récentes telles que celle relative aux numéros téléphoniques surtaxés ou aux cases précochées, les ventes avec primes et les loteries publicitaires.

L'ancien article L. 120-1 relatif aux pratiques commerciales déloyales devient l'article L. 121-1. Le nouveau Code regroupe ensuite les dispositions de fond relatives aux pratiques commerciales trompeuses et agressives, dont il modifie quelque peu l'ordonnancement, et rejette dans un Titre III, relatif aux sanctions, les dispositions procédurales. Ainsi, l'ancien article L. 121-1 relatif aux pratiques commerciales trompeuses est scindé en plusieurs articles : l'article L. 121-2 concerne les pratiques trompeuses par action, l'article L. 121-3 les pratiques trompeuses par omission et l'article L. 121-5 précise que les professionnels ne peuvent se prévaloir que des pratiques trompeuses par action et des pratiques trompeuses per se⁶⁶. Ces dernières figurent à l'article L. 121-4. L'ancien article L. 122-11

⁶⁵ CJUE, 13 septembre 2018, Wind Tre SpA, aff. C-54-17 et C-55-17, LawLex181277.

⁶⁶ L'article L. 121-5 regroupe les dispositions de l'ancien III de l'ancien article L. 121-1 et du dernier alinéa de l'ancien article L. 121-1-1.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

relatif aux pratiques commerciales agressives devient l'article L. 121-6 et l'ancien article L. 122-11-1, qui dressait la liste des pratiques agressives per se, l'article L. 121-7.

Les dispositions relatives à la poursuite et la sanction des pratiques commerciales trompeuses sont réorganisées. Le pouvoir des agents de l'Administration de demander la preuve des allégations du message trompeur, autrefois prévu à l'article L. 121-2 est déplacé à l'article L. 512-15. L'ancien article L. 121-3, relatif au pouvoir du juge d'instruction d'ordonner la cessation de la diffusion du message est scindé en deux dispositions, les articles L. 132-8 et L. 132-9. L'article L. 121-4, relatif au pouvoir du juge d'imposer l'affichage de sa décision et la diffusion d'annonces rectificatives est également scindé en deux : l'article L. 132-4 et l'article L. 132-5, qui fixe de nouvelles sanctions en cas de non-respect des délais accordés pour la diffusion de l'annonce rectificative. L'article L. 121-5, relatif au caractère territorial de l'infraction de pratique commerciale trompeuse, devient l'article L. 132-1. L'article L. 121-6, qui fixait les sanctions de l'infraction de pratique commerciale trompeuse, est scindé en deux articles, l'un consacré aux peines principales (art. L. 132-2), l'autre aux peines complémentaires applicables aux personnes physiques et à celles applicables aux personnes morales (L. 132-3). L'article L. 121-7, qui permettait au tribunal d'ordonner la communication des documents utiles, est également découpé en deux, l'article L. 132-6 et l'article L. 132-7, qui institue une sanction nouvelle.

Les sanctions des pratiques commerciales agressives sont également déplacées. L'ancien article L. 122-12, relatif aux peines d'emprisonnement et d'amende devient l'article L. 132-11. Les articles L. 122-13 et L. 122-14, relatifs aux peines complémentaires applicables aux personnes physiques et à celles applicables aux personnes morales sont fusionnés dans l'article L. 132-12. Enfin, l'article L. 122-15, qui prévoyait la sanction de la nullité du contrat conclu à la suite de la mise en oeuvre d'une pratique agressive, devient l'article L. 132-10.

L'ordonnance a été ratifiée par la loi du 21 février 2017⁶⁷. En matière de pratiques commerciales déloyales, celle-ci procède à deux ajustements. L'article L. 121-3 réintroduit la notion d'invitation à l'achat, que l'ordonnance avait improprement rebaptisée "invitation commerciale". Ensuite, de manière plus significative, la loi modifie l'article L. 121-5 pour étendre aux professionnels et aux non-professionnels, la faculté de se prévaloir d'une omission trompeuse, jusqu'alors réservée aux consommateurs.

⁶⁷ L. 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en oeuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services, JO n° 45 du 22 février 2017.



A. Définitions

14. Conformité aux exigences de la diligence professionnelle⁶⁸.

La non-conformité d'une pratique commerciale aux exigences de la diligence professionnelle est rarement invoquée. Dans le domaine de l'informatique, la troisième chambre de la Cour d'appel de Versailles a d'abord estimé que la vente couplée d'ordinateurs prééquipés de logiciels d'exploitation constituait un manquement aux exigences de la diligence professionnelle dès lors que leur commercialisation séparée est possible eu égard aux techniques actuelles⁶⁹. Ultérieurement, la première chambre de la même cour a au contraire retenu que les fabricants doivent demeurer libres de définir leur offre commerciale en fonction de leur propre analyse du marché, tant que les consommateurs peuvent acheter les éléments séparément auprès de concurrents⁷⁰. La troisième chambre s'est depuis alignée sur cette position en considérant que la vente liée d'ordinateurs et de logiciels d'exploitation ne viole pas les exigences de la diligence professionnelle dès lors que les revendeurs se trouvent dans l'impossibilité pratique de commercialiser séparément ces deux éléments et d'isoler leur coût⁷¹. La Cour d'appel de Paris adopte une position similaire : la vente liée d'ordinateurs et de leurs logiciels d'exploitation n'est pas contraire aux exigences de la diligence professionnelle lorsqu'il est établi que la demande d'ordinateurs nus demeure minoritaire, que le fabricant y répond en partie sur ses pages professionnelles et que plusieurs autres constructeurs offrent de tels appareils⁷². Ces décisions convergentes n'ont pas empêché la Cour de cassation de poser à la Cour de justice une question préjudicielle relative au caractère déloyal ou non de l'offre conjointe d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés lorsque le fabricant ne précise pas le coût de chacun des éléments qui la composent, ne laisse pas d'autre choix au consommateur que d'accepter les logiciels ou d'obtenir la révocation de la vente ou ne propose pas d'ordinateurs non équipés de logiciels⁷³. En réponse, la Cour de justice a considéré qu'aucune pratique commerciale déloyale n'est établie lorsque le consommateur a été dûment informé, avant de procéder à l'achat, que le modèle d'ordinateur n'est pas commercialisé sans logiciels préinstallés et qu'il est, de ce fait, libre de choisir un modèle d'une autre marque aux caractéristiques techniques comparables sans logiciels ou associé à

⁶⁸ DARY et DIOUF, Ventes liées : Bientôt l'épilogue du feuilleton des ventes d'ordinateurs avec logiciels préinstallés ?, RLDA 2015, n° 5743 ; BAZIN, De la vente d'un ordinateur pré-équipé de logiciels, *Communic. Com. électr.* mai 2017, *Etudes*, n° 8.

⁶⁹ Versailles, 3e ch., 5 mai 2011, LawLex111021, *Contrats Conc. Consom.* 2011, n° 203, obs. RAYMOND ; JCP E, 2011, n° 1686, obs. STOFFEL-MUNCK.

⁷⁰ Versailles, 5 novembre 2013, LawLex131590.

⁷¹ Versailles, 22 janvier 2015, LawLex15124.

⁷² Paris, 5 juin 2014, LawLex142053, *Contrats Conc. Consom.* 2014, n° 285, obs. RAYMOND ; *Dr. pén.* mai 2015, *Chron.* 5, obs. BAZIN ; RJDA 2015, n° 396.

⁷³ Cass. 1re civ., 17 juin 2015, LawLex15803, *Gaz. Pal.* 16-17 septembre 2015, 21, obs. ALBIGES.



d'autres logiciels⁷⁴. Depuis lors, la Cour de cassation s'est alignée sur cette position : elle estime que le professionnel ne peut être accusé de manquement aux exigences de la diligence professionnelle en l'absence de demande significative de la clientèle pour une offre découplée⁷⁵, à plus forte raison lorsque le consommateur passe commande sur un site de vente destiné au grand public sur lequel il ne peut s'attendre à trouver des appareils nus et qu'il est possible de renvoyer le produit en cas de refus, après la vente, des licences proposées pour l'utilisation des logiciels dont il est équipé⁷⁶.

Dans le domaine nutritionnel ou de la santé, la conformité aux exigences de la diligence professionnelle se mesure au regard non pas des critères de faisabilité technique ou d'offre concurrente, mais de l'existence d'un consensus scientifique. Ainsi, l'allégation selon laquelle la consommation d'un aliment produit un effet positif en donnant un sentiment de satiété n'a pas été jugée conforme aux exigences de la diligence professionnelle en raison de l'absence de consensus scientifique sur la question⁷⁷. De même, manque aux exigences de la diligence professionnelle le professionnel qui adopte une présentation trompeuse de ses produits par la minimisation des renvois destinés à modérer des allégations dont il n'établit pas la véracité par des études extérieures⁷⁸. En revanche, l'utilisation des termes "institut" et "résultats professionnels", par un fabricant de produits industriels qui ne possède pas d'instituts de beauté ne constitue pas un manquement aux exigences de la diligence professionnelle, dès lors que ces références ne peuvent être comprises comme signifiant que les articles en cause sont utilisés en institut et constituent des produits professionnels, mais plutôt qu'ils offrent des résultats semblables à ceux obtenus en s'adressant à un professionnel⁷⁹.

B. Consommateur de référence

19. Appréciation *in concreto*.

Lorsque le message s'adresse à un public ciblé, on constate une nette tendance de la jurisprudence à apprécier son caractère trompeur *in concreto*.

Parfois, l'appréciation *in concreto* renforce la sévérité du contrôle. Tel est le cas lorsque le juge est confronté à la lisibilité des mentions portées sur des affiches publicitaires postées en bord de route et

⁷⁴ CJUE, 7 septembre 2016, aff. C-310-5, LawLex161380.

⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 29 mars 2017, LawLex17646, Contrats Conc. Consom. 2017, n° 138, obs. BERNHEIM-DESVAUX ; JCP E, 2017, n° 1359, obs. LE GACH-PECH ; Commun. Com. électr. 2017, n° 53, obs. LOISEAU ; Gaz. Pal. 19 septembre 2017, 29, obs. PIEDELIEVRE ; D. 2018, 585, obs. POILLOT ; RJDA 2017, n° 508.

⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 26 avril 2017, LawLex17832.

⁷⁷ TGI Paris, 13 novembre 2012, LawLex13992.

⁷⁸ Versailles, 17 mai 2016, LawLex161005.

⁷⁹ Paris, 19 février 2016, LawLex16374.



visant un public d'automobilistes qui se déplacent à grande vitesse⁸⁰ ou lorsque le message publicitaire cible un public extrêmement vulnérable comme les personnes atteintes de maladies graves ou incurables. Les juges refusent dans ce cas de retenir l'emphase, considérant que ces personnes ne disposent pas du recul nécessaire pour apprécier le caractère exagéré des slogans⁸¹.

Dans d'autres hypothèses, l'appréciation *in concreto* permet d'atténuer la rigueur du contrôle. Ainsi, au lieu d'apprécier les qualités substantielles d'un produit, les juges peuvent prendre en considération les attentes des utilisateurs spécifiquement visés⁸². L'appréciation *in concreto* s'illustre aussi dans des hypothèses où la publicité est destinée à des professionnels ou à des spécialistes. La jurisprudence tient compte du fait que ceux-ci constituent un public plus averti, moins vulnérable que le consommateur moyen⁸³. Lorsqu'une publicité est publiée dans une parution réservée à un public de spécialistes, l'appréciation de son caractère trompeur s'effectue au regard de ce public⁸⁴. Toutefois cette jurisprudence ne s'applique que si les professionnels sont en mesure d'exercer leur sens critique⁸⁵. Tel n'est pas le cas d'une publicité relative à du matériel informatique destiné au corps médical⁸⁶ ou d'une publicité qui gonfle artificiellement les ventes d'un magazine afin de tromper les professionnels destinataires du message sur l'efficacité de la parution⁸⁷. **En outre, depuis les lois de transposition de 2008, les professionnels ne pouvaient plus se prétendre victimes d'omissions trompeuses, l'article L. 121-5 (ancien**

⁸⁰ V. not. Cass. crim., 27 novembre 1990, LawLex033451, approuvant Orléans, 5 mars 1990, LawLex031611 ; Cass. crim., 12 octobre 1994, LawLex033390, approuvant Versailles, 8 juillet 1993, LawLex031607 ; Amiens, 30 septembre 2009, LawLex121319.

⁸¹ Cass. crim., 5 février 1997, LawLex033392, approuvant Paris, 20 novembre 1995, LawLex031698.

⁸² Cass. crim., 2 octobre 1996, LawLex033664, approuvant Pau, 14 mars 1995, LawLex031686, Contrats Conc. Consom. 1997, n° 38, obs. RAYMOND ; Gaz. Pal. 1997, Somm., 216, obs. GREFFE, tenant compte des attentes des ménagères, utilisatrices du produit détergent en cause ; Rouen, 12 septembre 1995, LawLex031694, retenant comme consommateur de référence l'utilisateur potentiel du produit soit, en l'espèce, les utilisateurs de fosses septiques.

⁸³ Cass. crim., 31 mai 1995, LawLex033862, approuvant Dijon, 1er juillet 1994, LawLex031701, jugeant qu'une publicité qui ne précise pas que l'utilisation du bien vendu est soumise à un agrément n'est pas trompeuse car il appartient au consommateur-spécialiste de se renseigner sur les formalités administratives afférentes au type d'appareil en cause ; Cass. crim., 25 septembre 2001, LawLex034456, approuvant Rennes, 16 novembre 2000, LawLex034548, considérant que la plaquette d'un entrepreneur en bâtiment n'est pas susceptible d'induire ses lecteurs en erreur sur la qualité de son intervention, dès lors que ceux-ci, professionnels de ce secteur, doivent lire le document publicitaire, comportant toutes les informations utiles, dans son intégralité ; TGI Paris, 19 mai 2005, LawLex0510357, estimant qu'une publicité ne peut tromper les professionnels auxquels elle est destinée, lorsqu'elle associe la mention d'une certification ISO à un argumentaire en contradiction avec celle-ci ; Paris, 16 décembre 2015, LawLex151835 ; 28 octobre 2016, LawLex161784 ; 27 janvier 2017, LawLex17198, publicité s'adressant à des professionnels qui connaissent bien les solutions proposées et les entreprises présentes sur le marché.

⁸⁴ Bordeaux, 14 janvier 1992, LawLex041193 : publicité parue dans une revue réservée spécialisée s'adressant à un public de connaisseurs et d'éleveurs de chiens ; Versailles, 29 mars 2001, LawLex020653, RJDA 2001, n° 821 : publicité parue dans des revues réservées aux entreprises de distribution d'imprimés, documents publicitaires et journaux gratuits faisant état de l'inaccessibilité des boîtes aux lettres des immeubles d'habitation. Les juges considèrent qu'elle ne peut être comprise par ses destinataires, professionnels avertis, comme signifiant que l'annonceur est la seule société de distribution de prospectus publicitaires pouvant pénétrer dans les lieux ; V. aussi Rennes, 28 juin 2011, LawLex121097 ; Nîmes, 15 mars 2018, LawLex18471.

⁸⁵ V. Cass. crim., 22 novembre 2016, LawLex161927, LD janvier 2017, 8, obs. BRES ; RJDA 2017, n° 126 ; 17 janvier 2018, LawLex18145, Dr. pén. mai 2018, Chron. 5, obs. BAZIN ; Paris, 19 janvier 2018, LawLex18185 ; Aix-en-Provence, 10 avril 2018, LawLex18591.

⁸⁶ Cass. crim., 26 janvier 1988, LawLex033573.

⁸⁷ Paris, 26 septembre 1991, LawLex021789, RJDA 1991, n° 1102 ; D. 1992, Somm., 341, obs. IZORCHE.



art. L. 121-1, III), précisant qu'ils ne pouvaient invoquer que la commission d'actions trompeuses⁸⁸ ou les pratiques commerciales trompeuses per se de l'article L. 121-4 (ancien art. L. 121-1-1) du Code de la consommation⁸⁹. La loi de ratification de l'ordonnance du 14 mars 2016⁹⁰ est revenue sur cette solution en étendant aux professionnels et aux non-professionnels la protection accordée par les articles L. 121-2 à L. 121-4, c'est-à-dire y compris en cas d'omission trompeuse.

Certaines décisions refusent cependant de procéder à une appréciation *in concreto* même lorsque la publicité vise un public particulier et préfèrent sanctionner le caractère mensonger des allégations plutôt que de rechercher si la publicité était susceptible de tromper⁹¹.

C. Régime juridique

20. Rôle du juge.

La mise en conformité par touches successives du droit français avec la directive 2005-29 du 11 mai 2005 ainsi que l'incohérence des mesures de transposition ont inévitablement conduit à des difficultés d'interprétation de l'article L. 121-1 (ancien art. 120-1). Plusieurs dispositions du droit français demeuraient non conformes au droit de l'Union après la transposition réalisée par la loi du 4 août 2008. L'essentiel du contentieux s'est cristallisé autour de l'article L. 122-1 du Code de la consommation (devenu l'art. L. 121-11), qui posait une interdiction de principe des ventes liées ou subordonnées⁹². Or, selon les principes du droit de l'Union, le juge interne doit, dans tous les cas, interpréter le droit national contraire à la directive à la lumière de celle-ci pour lui donner son plein effet⁹³ : constatant que l'incrimination ne figurait pas à l'annexe I de la directive⁹⁴, il a estimé que le droit français ne pouvait

⁸⁸ Pour un ex., V. Lyon, 28 septembre 2012, LawLex122224. - Comp., TGI Paris, 15 septembre 2016, LawLex161543, et Paris, 13 octobre 2016, LawLex161693, selon lesquels même l'article L. 121-2 n'est pas applicable dans les relations entre professionnels.

⁸⁹ Paris, 5 février 2016, LawLex16303 ; Aix-en-Provence, 1er février 2018, LawLex18264.

⁹⁰ L. 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services, JO du 22 février 2017.

⁹¹ V. not. Cass. crim., 26 mars 1992, LawLex033611, jugeant que le fait que la publicité litigieuse soit destinée à un public avisé de chasseurs n'est pas de nature à lui ôter son caractère délictueux.

⁹² V. cep. Cass. com. 14 février 2012, LawLex12743, déclarant conforme à la directive le décret du 14 mars 1986 relatif au commerce de l'ameublement.

⁹³ Cass. com., 13 juillet 2010, LawLex10838, Gaz. Pal. 15/16 septembre 2010, 12, obs. HUERTAS ; Contrats Conc. Consom. 2010, n° 253, obs. MALAURIE-VIGNAL ; Communic. com. électr. 2010, n° 98, obs. CHAGNY ; Cass. civ. 1re, 15 novembre 2010, LawLex101240, JCP E, 2010, 2135, obs. DUPONT ; LPA 21 mars 2011, 8, obs. AY ; 22 janvier 2014, LawLex14141, Communic. com. électr. 2014, n° 37, obs. LOISEAU ; Contrats Conc. Consom. 2014, n° 145, obs. RAYMOND.

⁹⁴ Paris, 14 mai 2009, LawLex091726, Gaz. Pal., 14/15 octobre 2009, 25, obs. PRIEUR ; Contrats Conc. Consom., 2009, n° 201, obs. BOSCO ; Communic. com. électr., 2009, n° 68, obs. STOFFEL-MUNCK ; JCP G, 27 juillet 2009, 47, obs. MENDOZA-CAMINADE ; JCP G, 21 septembre 2009, 39, obs. CHAGNY ; Versailles, 5 mai 2011, LawLex111021, Contrats Conc. Consom. 2011, n° 203, obs. RAYMOND ; JCP E, 2011, n° 1686, obs. STOFFEL-MUNCK.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

interdire les ventes liées per se sans apprécier au cas par cas leur caractère trompeur ou agressif⁹⁵. La question s'est également posée de la conformité des règles françaises sur l'interdiction de la revente à perte avec celles de la directive. La Cour de cassation a évacué la difficulté en relevant que les litiges portés devant elle concernaient des ventes entre professionnels et échappaient par conséquent au champ d'application de la directive⁹⁶. Il n'est pas certain que cette solution soit conforme au droit de l'Union : la Cour de justice a estimé que la réglementation espagnole de la revente à perte était contraire à la directive, même si la question posée était relative à un litige entre professionnels, dès lors que les règles nationales poursuivaient un objectif de protection du consommateur⁹⁷.

Par ailleurs, lorsqu'il apprécie la licéité d'une pratique qualifiée de trompeuse, le juge doit, en vertu de la hiérarchie des normes instituée par la loi LME du 4 août 2008, d'abord vérifier si elle figure dans la liste des pratiques trompeuses per se de l'article L. 121-4 (ancien art. 121-1-1) du Code de la consommation ; si tel n'est pas le cas, il doit déterminer si elle présente un caractère trompeur à l'aune des critères définis par les articles L. 121-2 et L. 121-3 ; enfin, si la réponse est toujours négative, il doit vérifier si elle est déloyale au sens de l'article L. 120-1⁹⁸. Cependant, certains juges ont estimé qu'ils conservaient leur pouvoir d'appréciation bien que la pratique fasse partie de la liste noire de l'article L. 121-4. Ainsi, dans une affaire où un réseau d'opticiens annonçait la gratuité des montures alors que celle-ci était subordonnée à l'achat concomitant des verres au sein du réseau, pratique expressément prohibée par le point 19 de l'article L. 121-4, la Cour d'appel de Reims a néanmoins débouté le plaignant, retenant que le consommateur était clairement informé des conditions de l'offre, même par le procédé du renvoi par astérisque⁹⁹. Plusieurs arguments militent en faveur de la solution adoptée par la cour. D'abord, le 17e considérant de la directive précise que l'annexe contient la liste complète des "seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans une évaluation au cas par cas (...)". Le fait que le texte emploie le verbe "pouvoir" et non "devoir" semble laisser au juge une certaine marge

⁹⁵ Contrairement à l'argumentation de certains fabricants, la notion de motif légitime utilisée par l'ancien article L. 122-1 (actuel art. L. 121-11) n'a pas été considérée comme impliquant une appréciation de la pratique comparable à celle prévue par la directive : TGI Nanterre, 30 octobre 2009, LawLex10338, Contrats Conc. Consom. 2010, n° 86, obs. RAYMOND.

⁹⁶ Cass. com., 22 novembre 2017, LawLex171961, LD décembre 2017, 7, obs. BONNET-DESPLAN ; AJ Contrat 2018, 42, obs. REGNAULT ; LEDICO février 2018, 5, obs. GRIMALDI ; D. 2018, 868, obs. FERRIER ; LPA 21 février 2018, 11, obs. VOISSET et BOURGEOIS ; RJDA 2018, n° 285 ; Cass. crim., 19 décembre 2017, LawLex1850, Contrats Conc. Consom. 2018, n° 32, obs. BERNHEIM-DESVAUX ; Dr. pén. mai 2018, Chron. 5, obs. BAZIN ; 16 janvier 2018, LawLex18217, Dr. pén. 2018, n° 49, obs. ROBERT ; JCP G 2018, n° 469, obs. DETRAZ ; Contrats Conc. Consom. 2018, n° 66, obs. MALAURIE-VIGNAL ; Dr. pén. mai 2018, Chron. 5, obs. BAZIN.

⁹⁷ CJUE, 19 octobre 2017, aff. C-295-16, LawLex171686, LD novembre 2017, 8, obs. BOUFFARD ; AJ Contrat 2017, 539, obs. FORTUNATO ; Contrats Conc. Consom. 2017, n° 260, obs. BERNHEIM-DESVAUX ; LEDICO, décembre 2017, 1, obs. CHONE-GRIMALDI ; Gaz. Pal. 3 avril 2018, 22, obs. PIEDELIEVRE ; D. 2018, 586, obs. POILLOT ; D. 2018, 868, obs. FERRIER.

⁹⁸ Reims, 13 novembre 2012, LawLex122364, Contrats Conc. Consom. 2013, n° 69, obs. RAYMOND ; Commun. Com. électr. juillet/août 2013, Chron. 7, n° 16, obs. BOULET et FROSSARD.

⁹⁹ Reims, 13 novembre 2012, préc.



manoeuvre. Ensuite, dans son document d'orientation pour l'application de la directive¹⁰⁰, la Commission définit les critères d'évaluation du recours au terme "gratuit" dans la publicité sans exclure toute appréciation par le juge. Dans le cas des promotions subordonnées à l'achat, le point 4.4 précise même que l'annexe I, point 20 (qui correspond au point 19 de l'art. L. 121-4), n'interdit pas aux professionnels d'employer le terme "gratuit" lorsque les consommateurs doivent acheter d'autres articles à condition qu'il leur soit précisé clairement que tous les frais sont à leur charge, que la qualité ou la composition des produits payés n'ait pas été réduite et que le prix des articles payés n'ait pas été gonflé pour couvrir les frais de l'article gratuit. Or, les deux conditions étaient réunies dans l'affaire tranchée par la Cour d'appel de Reims. A l'inverse, le fait qu'une pratique telle que le couponnage électronique ne soit pas visée par la directive ne suffit pas à écarter le grief de concurrence déloyale, dès lors que l'article 1382 (devenu l'art. 1240) du Code civil ne poursuit pas un objectif de protection des consommateurs¹⁰¹.

III. Pratiques commerciales trompeuses

A. Champ d'application

2° Champ d'application matériel

b) Objet du message

24. Information incitant à l'achat.

Par essence, le message publicitaire a pour objet de faire connaître et de promouvoir un produit ou un service afin d'inciter les destinataires à acquérir ce produit ou bénéficier de ce service. Or, selon la directive et le Code de la consommation, toutes les informations données au consommateur dans le but de l'inciter à acheter tombent sous le coup de la prohibition, si elles se révèlent trompeuses.

Selon la jurisprudence antérieure à la transposition de la directive, une information diffusée dans la presse écrite ou audiovisuelle ne pouvait être qualifiée de publicité, lorsque le fabricant du produit cité n'avait pas participé à son élaboration¹⁰² : l'un des éléments constitutifs du délit, à savoir l'existence d'un annonceur ayant un intérêt commercial dans la diffusion du message, faisait défaut. Le délit n'était pas non plus caractérisé lorsque le caractère trompeur du message résultait d'une erreur du support¹⁰³ ou

¹⁰⁰ Orientations du 25 mai 2016 pour la mise en œuvre et l'application de la directive 2005-29-CE sur les pratiques commerciales déloyales, SWD(2016) 163 final, mettant à jour et remplaçant les Orientations du 3 décembre 2009, SEC(2009) 1666, pt 4.4.

¹⁰¹ Colmar, 2 février 2010, LawLex12820.

¹⁰² Aix-en-Provence, 13 février 1980, LawLex031593, D. 1980, Jur., 618, obs. ENDRÉO : la notion de publicité suppose la fourniture à un support d'un texte établi par un commerçant, s'opposant à la notion d'information libre publiée par la presse écrite ou audiovisuelle.

¹⁰³ Riom, 3 décembre 2003, LawLex04863 : inexactitudes d'une annonce immobilière imputables au seul support, et non au bailleur.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

lorsque le journaliste, également fabricant du produit, exerçait réellement son activité en qualité de pigiste¹⁰⁴. En revanche, les publi-reportages commandés par les commerçants constituaient une publicité et non une information neutre et objective émanant d'un tiers¹⁰⁵. De même, des informations à destination de la presse présentées comme scientifiques étaient considérées comme un message publicitaire lorsque l'agence de communication qui les avait établies se contentait de relayer les données fournies par son client, par rapport auquel elle ne jouissait d'aucune indépendance¹⁰⁶. L'article L. 121-4 (ancien art. 121-1-1) du Code de la consommation, qui dresse la liste des pratiques commerciales trompeuses per se, interdites en toutes circonstances, vise désormais expressément ce type de pratique¹⁰⁷. **Engage ainsi sa responsabilité, sur le fondement de ce texte, le site Internet qui ne précise pas que les annonces qu'il diffuse sont payées par les annonceurs¹⁰⁸, cette pratique pouvant également être sanctionnée en vertu de l'article L. 121-3, qui réprime les pratiques trompeuses par omission¹⁰⁹.**

Par ailleurs, la Cour de cassation a laissé entendre que la mise à disposition par Google du système AdWords, qui génère des liens commerciaux après saisie de certains mots-clés, pourrait ne pas caractériser une prestation publicitaire au sens des articles L. 121-2 et L. 121-3 du Code de la consommation¹¹⁰ puisque le rôle de Google semble se limiter à celui d'un support publicitaire. Ne relève pas davantage de la prohibition, le message de propagande en faveur d'un changement de législation, dès lors qu'il ne tend pas à promouvoir la vente d'un bien ou d'un service actuellement proposé sur le marché¹¹¹ : les campagnes d'opinion ne sont pas susceptibles d'altérer la décision d'achat du

¹⁰⁴ Paris, 14 avril 1995, LawLex057434.

¹⁰⁵ Paris, 11 octobre 1994, LawLex031714 : en l'espèce, un tiré à part se présentait comme le fruit d'une enquête objective menée par la rédaction de la revue qui l'avait publié, et était intitulé "publi-reportage". Or, le document avait été réalisé à la demande de la directrice de l'établissement dont il vantait les mérites. Il s'agissait donc d'une publicité. - V. égal. Paris, 19 novembre 1997, LawLex020380 : une publi-information commandée et financée par un fabricant constitue une publicité, même si elle est conçue et réalisée par des journalistes professionnels.

¹⁰⁶ Paris, 29 septembre 2008, LawLex121309.

¹⁰⁷ En son point 11, il prohibe le fait "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". Ces dispositions peuvent se conjuguer avec celles de l'article 20 de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN) aux termes desquelles : "Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée. / L'alinéa précédent s'applique sans préjudice des dispositions réprimant les pratiques commerciales trompeuses prévues à l'article L. 121-1 (actuels art. L. 121-2 et L. 121-3) du Code de la consommation."

¹⁰⁸ Paris, 17 mars 2017, LawLex17551.

¹⁰⁹ Paris, 17 mars 2017, LawLex17551.

¹¹⁰ Cass. com., 7 juillet 2010, 2 arrêts, LawLex10860 et LawLex10864, RLDI 2010/63, n° 2082, obs. CADIET ; Contrats Conc. Consom. 2010, n° 230, obs. MALAURIE-VIGNAL ; JCP E, 2010, n° 1961 et Commun. com. électr. 2010, n° 93, obs. CARON ; RLDI 2010, n° 2102, obs. SCHAFFNER et GEORGES ; D. 2010, 2546, obs. PICOD. - V. égal., dans le même sens, Paris, 20 septembre 2016, LawLex161576.

¹¹¹ Colmar, 7 mai 2008, LawLex08555, Contrats Conc. Consom., 2008, n° 188, obs. MALAURIE-VIGNAL ; 11 juin 2014, LawLex142136.



consommateur¹¹². Enfin, les dispositions du Code de la consommation relatives aux pratiques commerciales trompeuses ne s'appliquent pas lorsque c'est le professionnel qui achète un produit à un consommateur¹¹³.

B. Élément matériel

1° Pratique commerciale trompeuse par action

c) Objet du message

2. Conditions relatives au professionnel

55. Identité du professionnel.

Pour donner plus de crédit à son offre, le professionnel peut être tenté de se présenter de manière plus avantageuse, notamment en usurpant une identité, en se parant d'une importance économique qu'il n'a pas ou en dissimulant son activité réelle. Toutefois, l'article L. 121-2 du Code de la consommation prohibe les "allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur (...) l'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel".

Ainsi, tombe sous le coup de la prohibition le fait : de prétendre que des thèmes astraux ont été élaborés par un astrologue, alors qu'ils ont été réalisés par un logiciel¹¹⁴ ou que des tableaux ont été peints par van Gogh alors qu'il s'agit de l'oeuvre d'amateurs¹¹⁵ ; de créer une confusion avec un opérateur public¹¹⁶ ; pour une société commerciale, de se faire passer pour un particulier¹¹⁷, un avocat¹¹⁸, un artisan¹¹⁹ ou une association¹²⁰ ; pour une association, de laisser croire qu'elle travaille avec des bénévoles alors qu'elle emploie un personnel salarié¹²¹. La jurisprudence punit également la volonté de se placer dans le sillage d'un personnage mondialement réputé, auquel les consommateurs prêtent des qualités exceptionnelles

¹¹² Cass. com., 21 avril 2011, LawLex11860, Contrats Conc. Consom. 2011, n° 178, obs. RAYMOND ; Gaz. Pal., 28 août-1er sept. 2011, 26, obs. PIEDELIÈVRE. Gaz. Pal., 7-8 sept. 2011, 16, obs. BASSET, approuvant Colmar, 30 mars 2010, LawLex10413 ; et, dans la même affaire, Cass. com., 21 juin 2016, LawLex161155.

¹¹³ Cass. crim., 5 décembre 2017, LawLex172047, JCP G, 2017, n° 1377, obs. BRIGANT ; Dr. pén. mai 2018, Chron. 5, obs. BAZIN ; Dr. pén. 2018, n° 33, obs. ROBERT ; Contrats Conc. Consom. 2018, n° 36, obs. BERNHEIM-DESVAUX ; RJDA 2018, n° 288.

¹¹⁴ Paris, 1er mars 1996, LawLex032163, Contrats Conc. Consom. 1996, n° 196, obs. RAYMOND ; TGI Paris, 20 octobre 2000, LawLex032380. - V. aussi, lorsque les astrologues ne sont pas ceux que la publicité prétend, Paris, 28 mars 2001, LawLex031269.

¹¹⁵ Cass. crim., 3 mai 2001, LawLex034376, JCP G, 2001, II, 10592, obs. GEFFROY, approuvant Rennes, 28 septembre 2000, LawLex034357.

¹¹⁶ Cass. crim., 23 mars 1994, LawLex033579, RJDA 1994, n° 728 ; Gaz. Pal. 1996, Somm., 115, obs. MISSE ; RTD com. 1994, 589, obs. BOUZAT, approuvant Lyon, 18 novembre 1992, LawLex031619.

¹¹⁷ Paris, 14 mars 2001, LawLex031265 : insertion d'une annonce, au nom de la concubine de l'annonceur-professionnel de l'automobile, dans la rubrique "particuliers" du journal et non dans la rubrique "professionnels".

¹¹⁸ Paris, 18 décembre 2015, LawLex0151821, JCP G, 2016, Act. 4, obs. G'SELL.

¹¹⁹ Paris, 4 avril 1997, LawLex021274 : une publicité présente un caractère trompeur et constitue un acte de concurrence déloyale lorsqu'elle associe l'expression "maître artificier" à un nom commun, laissant entendre que l'annonceur est un artisan, alors qu'il s'agit d'une société commerciale.

¹²⁰ Grenoble, 23 février 2009, LawLex121328.

¹²¹ Cass. crim., 23 janvier 1992, LawLex033804, approuvant Paris, 16 janvier 1991, LawLex031633.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

en utilisant son image dans une publicité¹²² ou de prétendre qu'une société bancaire suisse recherche des immeubles ou des terrains à acheter, alors que la publicité émane d'une agence immobilière¹²³. En revanche, le fait pour des sociétés nouvellement créées de communiquer sur l'ancienneté d'une maison de création dont elles ont racheté la marque n'est pas constitutif de pratique commerciale trompeuse¹²⁴. De même, la jaquette d'un disque compact n'est pas susceptible d'induire en erreur sur l'identité de l'interprète, lorsque ses mentions permettent de comprendre qu'il s'agit de reprises, le consommateur moyen connaissant la pratique des reprises¹²⁵.

Des allégations sur la structure économique et financière de l'entreprise du professionnel peuvent aussi déterminer le consentement du consommateur. En particulier, l'utilisation d'un nom commercial qui évoque la qualité de grossiste alors que l'annonceur n'est qu'un intermédiaire¹²⁶, l'adjonction du terme "international" au nom d'une société, alors qu'un tiers seulement de son activité est réalisée avec l'étranger¹²⁷, la promotion d'un réseau de concessionnaires en invitant les demandeurs d'emploi à le rejoindre, alors qu'un tel réseau est inexistant à la date de la parution de la publicité¹²⁸, ont été jugés de nature à induire en erreur le consommateur. A l'inverse, n'a pas été jugé trompeur sur l'existence d'un véritable réseau structuré le fait, pour un professionnel, de promouvoir une offre qui sera mise en oeuvre par des prestataires extérieurs indépendants, en utilisant le visuel d'une camionnette portant son logo¹²⁹.

Le professionnel peut chercher à tromper le consommateur sur son activité réelle. Se présenter comme une agence immobilière ayant pour activité de mettre en relation des acheteurs potentiels avec des vendeurs alors qu'en réalité, il ne propose que la vente d'espaces publicitaires¹³⁰, ou choisir un nom commercial qui évoque une activité d'éleveur, alors que la personne n'exerce qu'une activité de négoce et d'abattage¹³¹, constitue une pratique trompeuse. Un importateur de véhicules d'occasion commet également le délit de pratique commerciale trompeuse lorsqu'il laisse fallacieusement entendre qu'il est

¹²² Cass. crim., 3 septembre 2002, LawLex031000 approuvant Angers, 15 mars 2001, LawLex031298 : œufs commercialisés sous un emballage apparaissant lié à un personnage d'une renommée incontestable en cuisine tant au plan national qu'international.

¹²³ Cass. crim., 11 avril 1991, LawLex033582, approuvant Colmar, 23 avril 1990, LawLex031627. - V. égal. Rennes, 7 janvier 2014, LawLex1466.

¹²⁴ Paris, 4 décembre 2016, LawLex161663.

¹²⁵ Rouen, 3 avril 2000, LawLex034362, Contrats Conc. Consom. 2001, n° 33, obs. RAYMOND. A l'inverse, lorsque la présentation ne permet pas au consommateur de comprendre que les titres ne sont pas interprétés par l'interprète original : Rouen 3 avril 2000, LawLex0410.

¹²⁶ Cass. crim., 14 novembre 1991, LawLex033803, approuvant Rennes, 19 décembre 1990, LawLex031632.

¹²⁷ Cass. crim., 24 février 1993, LawLex033805, approuvant Versailles, 12 mars 1992, LawLex031639, Contrats Conc. Consom. 1992, n° 214, obs. RAYMOND. - V. égal. Lyon, 25 janvier 2018, LawLex18211.

¹²⁸ Cass. crim., 6 octobre 1999, LawLex033776, approuvant Versailles, 22 janvier 1998, LawLex031960.

¹²⁹ TGI Paris, 27 janvier 2017, LawLex17285.

¹³⁰ Cass. crim., 4 décembre 2001, LawLex034451, approuvant Toulouse, 16 novembre 2000, LawLex04142 ; Cass. crim., 5 janvier 2000, LawLex033236. - Dans le même sens Cass. crim., 9 juillet 1987, LawLex04290.

¹³¹ Cass. crim., 12 mars 2002, LawLex033268.



propriétaire des modèles proposés ou dispose d'un mandat de vente¹³². L'article L. 121-2 interdit à une société de faire passer pour une association caritative afin de promouvoir la vente de ses produits¹³³. Le professionnel doit exercer personnellement l'activité qu'il promeut et s'attribue : les dirigeants d'une société de dépannage ne peuvent alléguer qu'elle effectue elle-même les prestations alors qu'elle en délègue une partie à des sous-traitants¹³⁴ ; un annonceur ne prétendre être comme fondateur, alors qu'il n'exerce pas cette activité directement¹³⁵ ; un site Internet ne peut utiliser la dénomination "avocat.net", laissant entendre à l'internaute qu'il est exploité par des avocats, alors que certaines des prestations proposées sont assurées par des personnes qui ne sont pas membres d'un barreau¹³⁶. En revanche, le délit n'est pas constitué lorsqu'une lecture attentive des documents publicitaires permet d'identifier l'activité précise du professionnel¹³⁷.

Enfin, aux termes de l'article L. 121-2, 3°, la personne pour le compte de laquelle la pratique est mise en œuvre doit être clairement identifiable. Tel n'est pas le cas lorsqu'est mis en place un système d'appels massifs par automate ne laissant pas le temps aux correspondants de décrocher afin de les inciter à rappeler l'émetteur de l'appel, qui leur propose alors, sans décliner son identité, de composer un numéro surtaxé¹³⁸.

56. Qualités du professionnel.

En principe, il n'est pas interdit de se vanter de manière excessive lorsque le message délivré n'est pas préjudiciable à d'autres opérateurs économiques identifiables ou de nature à induire en erreur le consommateur. Dès lors, un professionnel ne peut se prévaloir de qualités qu'il ne possède pas. De nombreux annonceurs n'hésitent pourtant pas à se prétendre le "premier" ou "n° 1" du secteur. De telles allégations sont sanctionnées lorsqu'elles sont de nature à induire en erreur, notamment parce qu'elles ne sont pas étayées ou ne correspondent pas à la réalité¹³⁹. Ainsi, l'utilisation de l'expression "le premier"

¹³² Rennes, 28 novembre 2017, LawLex172031.

¹³³ Cass. crim., 3 octobre 2000, LawLex033248, approuvant Montpellier, 11 janvier 2000, LawLex033817.

¹³⁴ TGI Pontoise, 26 janvier 1993, LawLex04186, RTD com. 1993, 594, obs. BOUZAT.

¹³⁵ Paris, 2 mai 2002, LawLex031287, Gaz. Pal. 27/28 septembre 2002, 32.

¹³⁶ Cass. crim., 11 mai 2017, LawLex17943, JCP G, 2017, n° 758, obs. G'SELL ; Contrats Conc. Consom. 2017, n° 160, obs. BERNHEIM-DESVAUX ; RDC 2017, 449 et 615, obs. HUET ; Dr. pén. mai 2018, Chron. 5, obs. BAZIN ; RJDA 2017, n° 507.

¹³⁷ Cass. crim., 25 septembre 2001, LawLex034456 : la plaquette d'un entrepreneur en bâtiment n'est pas susceptible d'induire ses lecteurs en erreur sur la qualité de son intervention, dès lors que ceux-ci, gérants de SCI contractant pour un marché de 5 millions de francs, doivent lire le document publicitaire, comportant toutes les informations utiles, dans son intégralité.

¹³⁸ Cass. crim., 4 avril 2018, LawLex18583.

¹³⁹ Comp., lorsque l'allégation est avérée, même si la position de n° 1 sur un segment de marché résulte en partie de la vente de produits fabriqués par un ancien partenaire devenu concurrent, TGI Paris, 27 janvier 2017, LawLex17252.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

tombe sous le coup de la prohibition si elle ne reflète pas la position de l'annonceur sur le marché¹⁴⁰, ni l'antériorité dont il aurait bénéficié¹⁴¹, ou ne satisfait à aucun de ces critères¹⁴². Une certaine insécurité juridique règne cependant en la matière, car le juge estime parfois que la qualité de "premier" ne peut se rapporter qu'à une part de marché prédominante¹⁴³, et non à une position d'antériorité chronologique¹⁴⁴. Quelle que soit la justification de son allégation, l'annonceur est tenu de la prouver¹⁴⁵. Un fournisseur d'accès Internet ne peut se vanter d'être le premier opérateur du marché en extrapolant au niveau national les résultats de tests effectués dans deux communes¹⁴⁶. Il en est de même lorsque le professionnel se targue d'une exclusivité : une mutuelle ne peut déclarer être "LE" centre de Sécurité sociale étudiante en Île-de-France sans commettre le délit de pratique commerciale trompeuse, dès lors que cette affirmation accreditte l'idée qu'elle serait la seule vraie référence dans la région¹⁴⁷, ou un annonceur insinuer que ses produits son brevetés, alors qu'il n'est pas encore titulaire d'un brevet français et a retiré sa demande de brevet européen¹⁴⁸.

L'insécurité juridique est encore renforcée par le fait que certaines décisions qualifient de publicité emphatique le fait de se prétendre "numéro 1" en raison du caractère exagéré de l'affirmation. De fait, l'utilisation par un site comparateur de formules le décrivant comme le meilleur site de comparaison ou de présentation des meilleures offres, n'a pas été jugé trompeuse, eu égard au nombre d'opérateurs qui s'attribuent les mêmes qualités¹⁴⁹. La culpabilité d'un annonceur qui assurait être le n° 1 du secteur n'a pas non plus été retenue dès lors qu'il s'agit d'un "usage de communication commerciale qui ne peut tromper le consommateur du fait de son caractère trop général"¹⁵⁰.

2° Pratique commerciale trompeuse par omission

¹⁴⁰ Paris, 2 mars 2017, LawLex17439, retenant que l'expression n° 1 ne peut renvoyer qu'à une position de leader en termes de part de marché et non à une antériorité dans l'utilisation d'un procédé.

¹⁴¹ Rouen, 12 septembre 1995, LawLex031694. V. aussi, pour une mutuelle, Fort-de-France, 27 juin 2008, LawLex121292.

¹⁴² TGI Paris, 15 mars 2013, LawLex13547.

¹⁴³ Paris, 25 avril 2007, LawLex072002, Cahiers de Droit du Sport 2007, 172, obs. RIZZO, rejetant l'exception d'hyperbole.

¹⁴⁴ Paris, 2 mars 2017, LawLex17439.

¹⁴⁵ Versailles, 18 septembre 2007, LawLex121105. - V. égal., Paris, 18 juin 2013, LawLex131050 : fournisseur d'accès à Internet qui se prétendait n° 1 des FAI, sans se référer à aucune source permettant de justifier d'un tel classement.

¹⁴⁶ Paris, 26 février 2013, LawLex13253.

¹⁴⁷ Paris, 28 mars 2012, LawLex121166, Gaz. Pal. 26/30 août 2012, 17, obs. GREFFE ; 14 juin 2016, LawLex161137.

¹⁴⁸ Colmar, 4 décembre 2013, LawLex131820.

¹⁴⁹ Versailles, 11 février 2009, LawLex121377.

¹⁵⁰ T. com. Paris, 30 octobre 2009, LawLex10283. - V. égal. Rennes, 28 juin 2011, LawLex121097 : l'annonceur qui se prétend leader mondial du secteur, alors qu'il réalise un chiffre d'affaires modeste, n'emploie que 17 salariés et n'a déposé qu'un nombre limité de brevets, ne commet pas de pratique commerciale déloyale dès lors que ce procédé certes exagérément emphatique de publicité n'est pas susceptible de tromper le public particulièrement averti auquel il s'adresse ; Paris, 25 octobre 2013, LawLex131483 : le fait, pour un annonceur, de prétendre que ses produits sont les premiers à présenter certaines fonctionnalités, alors que d'autres du même type existent déjà sur le marché, n'induit pas les consommateurs en erreur sur une qualité substantielle du produit.



61. Régime général.

A l'origine, l'infraction de publicité trompeuse ne semblait viser qu'un acte positif puisqu'elle interdisait la publicité comportant des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur. Néanmoins, la jurisprudence considérait que l'infraction pouvait aussi être caractérisée par une omission, un silence ou une dissimulation portant sur l'un des éléments de l'énumération limitative¹⁵¹. La loi du 3 janvier 2008, qui transpose la directive 2005-29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, a donné une consécration légale à la prohibition de la tromperie par omission, tout en l'enserrant dans des conditions très strictes. En effet, l'omission trompeuse doit : i) porter sur une information substantielle, ii) être appréciée au regard des limites propres au moyen de communication utilisé et iii) ne viser que des consommateurs. Lorsque la pratique en cause s'analyse comme une "invitation à l'achat"¹⁵², certaines informations substantielles ne doivent pas être omises. Le régime des omissions trompeuses, qui figurait au II de l'ancien article L. 121-1 du Code de consommation, fait désormais l'objet d'un texte à part entière, l'article L. 121-3, depuis l'ordonnance de recodification du 14 mars 2016.

1) Informations substantielles

L'article L. 121-3, alinéa 1 (ancien art. L. 121-1, II, al. 1), du Code de la consommation ne définit la notion d'information substantielle que lorsque la pratique en cause caractérise une "invitation à l'achat". Dans son document d'orientation pour la mise en œuvre de la directive, la Commission indique que "les autorités et juridictions nationales devront user de leur faculté de jugement pour apprécier si des éléments d'informations essentiels ont été omis"¹⁵³. Bien qu'elles n'y soient pas tenues¹⁵⁴, les juridictions s'inspireront vraisemblablement des exemples énumérés à l'alinéa 3 de l'article L. 121-3, qui concernent plus particulièrement les invitations à l'achat¹⁵⁵.

¹⁵¹ V. not. Cass. crim., 1er février 1990, LawLex033462 : publicité pour un prêt omettant de préciser que le taux du crédit est soumis à variation; Cass. crim., 18 avril 1991, LawLex033660, RJDA 1991, n° 651: agent immobilier ayant gardé le silence sur l'existence d'un projet de nature à affecter les qualités substantielle du bien vendu ; Rennes, 20 février 1997, LawLex032223, approuvée par Cass. crim., 4 février 1998, LawLex033572 : annonce de vente d'un véhicule ne précisant pas qu'il est accidenté.

¹⁵² La formulation "invitation commerciale", introduite par l'ordonnance de recodification 2016-301 du 14 mars 2013, a été abandonnée par la loi de ratification du 21 février 2017, qui revient à l'expression "invitation à l'achat", plus conforme à la directive 2005-29.

¹⁵³ Orientations du 3 décembre 2009 pour la mise en œuvre et l'application de la directive 2005-29-CE sur les pratiques commerciales déloyales, SEC (2009) 1666, pt 2.6.3.

¹⁵⁴ Dir. 2005-29 du 11 mai 2005, cons. 14 : "en ce qui concerne les omissions, la présente directive énumère un nombre limité d'informations clés dont le consommateur a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause. Ces informations ne devront pas être fournies dans toutes les publicités mais seulement lorsque le professionnel fera une invitation à l'achat."

¹⁵⁵ Sont considérées comme des informations substantielles par le texte les caractéristiques principales du bien ou du service ; l'adresse et l'identité du professionnel ; le prix et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance ; les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations des consommateurs, dès lors qu'elles sont différentes de celles habituellement pratiquées dans le domaine d'activité professionnelle concerné ; l'existence d'un droit de rétractation, si ce dernier est prévu par la loi. A cette énumération légale s'ajoute également l'annexe II de la directive à laquelle renvoie l'alinéa 5 de l'article



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

Sous l'empire de l'ancien article L. 121-1, le juge français a sanctionné de nombreux types d'omissions trompeuses sur les caractéristiques principales du produit ou du service vanté. Les solutions dégagées devraient servir de guide d'analyse aux juridictions appelées à appliquer le nouveau texte. A été jugé trompeur le fait :

- pour un agent immobilier, de dissimuler l'existence de nuisances futures susceptibles de remettre en cause ses allégations laudatives¹⁵⁶ ou la référence, sans le préciser, à la surface hors oeuvre nette d'un appartement et non à la surface habitable, alors que seule cette dernière importe aux locataires¹⁵⁷ ;
- pour un industriel, de vanter la supériorité d'un composant sans mentionner que cette qualité n'est observée que lorsqu'il est associé à un autre¹⁵⁸ ou de passer sous silence l'existence d'un composant ou le danger attaché à la trop forte consommation du produit commercialisé¹⁵⁹ ;
- de se prévaloir des résultats spectaculaires de produits amincissants sans indiquer la nécessité de conserver une bonne hygiène alimentaire¹⁶⁰ ou d'utiliser la mention "recette moins sucrée" sans préciser que la comparaison s'opère par rapport à ses propres produits ni dans quelle mesure la teneur en sucre du produit vendu est inférieure à celle du produit référent¹⁶¹ ;
- de ne pas signaler, lors de la vente d'un véhicule, qu'il est accidenté¹⁶², ou qu'il n'a pas été réceptionné par le service des mines¹⁶³.
- de fournir une information incomplète sur les risques financiers de placement, à destination de consommateurs non avertis¹⁶⁴ ou de proposer à des interdits bancaires de retrouver leurs pleines facultés en ouvrant un compte à l'étranger, sans les informer du risque pénal encouru¹⁶⁵ ;

7, aux termes duquel "Les informations qui sont prévues par le droit communautaire et qui sont relatives aux communications commerciales, y compris la publicité ou le marketing, et dont une liste non exhaustive figure à l'annexe II, sont réputées substantielles".

¹⁵⁶ Cass. crim., 18 avril 1991, LawLex033660, RJDA 1991, n° 651. - V. égal. Cass. crim., 3 avril 2012, LawLex121039 : la mise en place de panneaux publicitaires ne faisant pas apparaître que la construction annoncée sera assortie d'un local de stockage de conteneurs à ordures ménagères situé devant les vitrines des locaux à usage commercial vendus est constitutive de publicité trompeuse.

¹⁵⁷ Cass. crim., 7 mars 2006, LawLex061075, approuvant Paris, 5 octobre 2005, LawLex061167.

¹⁵⁸ Cass. com., 25 avril 2001, LawLex020479, Contrats Conc. Consom., 2001, n° 147, obs. RAYMOND, approuvant Paris, 14 janvier 1998, LawLex020486 et T. com. Paris, 31 octobre 1995, LawLex020488.

¹⁵⁹ Rennes, 19 décembre 2002, LawLex033827.

¹⁶⁰ TGI Paris, 18 décembre 1997, LawLex04485.

¹⁶¹ Paris, 24 octobre 2012, LawLex122254.

¹⁶² Cass. crim., 4 février 1998, LawLex033572, approuvant Rennes, 20 février 1997, LawLex032223 ;

¹⁶³ Paris, 31 janvier 2000, LawLex032523.

¹⁶⁴ T. com. Paris, 10 février 2006, LawLex061788, Gaz. Pal. 24/25 novembre 2006, 35, obs. VRAY ; RJDA 2006, n° 966. Contra, retenant qu'un annonceur n'était pas tenu de préciser tous les risques et inconvénients qu'un placement proposé peut présenter, TGI Paris, 14 avril 1999, LawLex031968.

¹⁶⁵ Cass. crim., 29 janvier 2002, LawLex03981.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

- de proposer de rejoindre une action collective en faisant miroiter au consommateur une indemnisation forfaitaire de 1 000 euro, sans préciser que ce montant peut être minoré par le juge et qu'il n'existe pas en France d'indemnisation forfaitaire, et sans évoquer le risque d'une condamnation aux dépens en cas d'échec de l'action¹⁶⁶ ;

- d'offrir un accès illimité à Internet qui ne précise pas dans ses conditions générales, que le fournisseur d'accès met en place un système de déconnexion des utilisateurs toutes les trente minutes¹⁶⁷, ou pour un fournisseur d'accès à Internet (FAI) de ne pas indiquer de manière intelligible aux consommateurs néophytes que l'accès à son service de téléphonie gratuite est subordonné à l'éligibilité de sa ligne¹⁶⁸ ou de revendiquer la qualité de n° 1 des FAI, fondée sur une étude menée par un magazine informatique, en dissimulant que celle-ci n'a porté que sur deux communes et sur des offres restreintes¹⁶⁹, ou d'annoncer une baisse de tarifs des appels fixes vers mobiles sans expliquer que celle-ci ne s'applique qu'aux appels longs, qui ne correspondent pas à la durée moyenne d'un appel de ce type¹⁷⁰.

En revanche, la publicité qui présente la consommation de margarine comme positive pour la santé ne revêt pas de caractère trompeur par omission, lorsque, sans les citer explicitement, elle laisse entendre qu'il existe d'autres facteurs de diminution du cholestérol sanguin et dès lors qu'il n'existe pas de règle imposant aux annonceurs de préciser la nécessité d'un suivi médical en cas d'utilisation prolongée d'un produit¹⁷¹. Il en est de même pour le fabricant commercialisant des ordinateurs équipés de logiciels préinstallés dès lors que par l'intermédiaire de ses revendeurs, il fournit au consommateur des informations précises sur les logiciels préinstallés et sur les caractéristiques principales de l'appareil¹⁷².

Les omissions trompeuses sur l'identité du professionnel étaient déjà condamnées sur le fondement de l'ancien article L. 121-1. L'agent immobilier qui avait omis sciemment de préciser sa qualité de professionnel¹⁷³ ou le site comparateur de prix qui ne s'était pas identifié clairement en tant que site publicitaire¹⁷⁴ avaient ainsi été sanctionnés.

¹⁶⁶ TGI Paris, 6 décembre 2005, LawLex0510323, Contrats Conc. Consom. 2006, n° 38, obs. RAYMOND ; *Communic. com. électr.* 2006, n° 50, obs. LECUYER.

¹⁶⁷ Versailles, 14 mars 2001, LawLex034368, *Communic. com. électr.* 2001, n° 48, obs. LE STANC.

¹⁶⁸ Cass. crim., 15 juin 2010, LawLex121084, Contrats Conc. Consom. 2010, n° 285, obs. RAYMOND.

¹⁶⁹ Paris, 18 juin 2013, LawLex131050.

¹⁷⁰ TGI Paris, 10 mai 2005, LawLex061398, *Gaz. Pal.* 31 mai/1er juin 2006, 11, obs. BIOLAY.

¹⁷¹ TGI Paris, 13 juin 2006, LawLex07207, *Légipresse* juin 2007, 81, obs. ANDRIEU ; RJDA 2006, n° 1275, confirmé par Paris, 16 novembre 2007, LawLex071992.

¹⁷² Versailles, 5 novembre 2013, LawLex131590 ; 22 janvier 2015, LawLex15124, qui précise que le revendeur de matériel informatique, même s'il n'est pas partie au contrat de licence, est tenu d'informer le consommateur sur les conditions d'utilisation des logiciels d'exploitation préinstallés sur les ordinateurs qu'il commercialise.

¹⁷³ Cass. crim., 1er juin 1999, LawLex033806, approuvant Reims, 18 mars 1998, LawLex031962.

¹⁷⁴ Grenoble, 21 octobre 2010, LawLex101367.



Enfin, relevaient également du champ d'application de l'ancien article L. 121-1 les omissions trompeuses sur le prix du bien ou de la prestation. L'annonce d'un prix fixe ou "à partir de ..." ne devait pas omettre de préciser qu'à la somme demandée, s'ajoutaient des coûts supplémentaires¹⁷⁵ ou, pour un prêt, que son taux était soumis à variation¹⁷⁶. Les garanties de remboursement devaient aussi détailler l'ensemble des conditions auxquelles elles étaient soumises¹⁷⁷. Était également trompeuse la publicité qui laissait planer le doute sur le caractère gratuit ou payant de la prestation jusqu'à un stade très avancé de la transaction¹⁷⁸. Toutefois, la Cour de justice a considéré, sur le fondement des dispositions de la directive 2005-29, que "l'indication du prix du produit peut être remplie si la communication commerciale contient un prix de départ, c'est-à-dire le prix le plus bas auquel peut être acheté le produit ou le type de produits commercialisé, alors que celui-ci existe en d'autres variantes, ou avec un contenu différent, à des prix qui ne sont pas indiqués"¹⁷⁹. Par ailleurs, saisie de l'appréciation d'une publicité comparative, la Cour d'appel de Paris a interrogé la Cour de justice sur la question de savoir si le fait que des produits comparés dans une publicité comparative sont vendus dans des magasins de formats ou de taille différents constitue une information substantielle au sens de la directive 2005-29¹⁸⁰. **La Cour de justice a répondu par l'affirmative : lorsque l'annonceur compare les prix pratiqués par les magasins de tailles ou de formats supérieurs de son enseigne à ceux relevés dans des magasins de tailles ou de formats inférieurs de ses concurrents, alors que tous possèdent des gammes de magasins de tailles et de formats différents, cette information présente un caractère substantiel et doit être fournie de façon claire, dans le message publicitaire lui-même**¹⁸¹.

¹⁷⁵ Cass. crim., 28 septembre 1994, LawLex033443, Dr. pén. 1995, n° 19, obs. ROBERT, RJDA, 1995, n° 659 ; T. com. Paris, 16 mai 2007, LawLex07599 : offre d'abonnement à Internet ne mentionnant pas l'obligation de souscrire et maintenir un abonnement téléphonique complémentaire d'un montant mensuel de 15 euro ; Cass. crim., 15 décembre 2009, LawLex12741, approuvant Paris, 23 mars 2009, LawLex121310 : publicité annonçant des tarifs de communications téléphoniques à la durée, sans mentionner les coûts additionnels de connexion, de paiement par chèque ou l'existence d'un minimum de facturation. V. aussi, T. com. Paris, 15 septembre 2006, LawLex062372 : publicité faisant état de la gratuité d'un service de renseignements téléphoniques, sans préciser que celle-ci ne s'appliquait qu'aux appels émis depuis les téléphones fixes ou la ligne de l'opérateur, et que le service était payant à partir de la mise en relation.

¹⁷⁶ Cass. crim., 1er février 1990, LawLex033462.

¹⁷⁷ Paris, 14 mai 2000, LawLex032522 ; Toulouse, 19 décembre 2002, LawLex031793 ; TGI Nanterre, 2 juillet 2009, LawLex092946 ; Cass. crim., 15 mai 2012, LawLex121959, RJDA 2012, n° 902. - V. égal. Cass. crim., 28 novembre 2006, LawLex062557, Légipresse juin 2007, 81, obs. ANDRIEU ; RLDA 2007, n° 796, estimant trompeuse la mention "satisfait ou échangé" apposée sur le boîtier de produits, alors que les conditions de l'échange, et notamment le fait qu'il soit subordonné à une participation financière d'un montant équivalent à près du tiers du coût d'achat du produit, ne sont pas précisées.

¹⁷⁸ TGI Nanterre, 2 juillet 2009, LawLex092946 et, dans la même affaire, Cass. crim., 15 mai 2012, LawLex121959, RJDA 2012, n° 902.

¹⁷⁹ CJUE, 12 mai 2011, aff. C-122-10, LawLex11898, préc.

¹⁸⁰ Paris, 29 octobre 2015, LawLex151758, JCP E, 2015, n° 1600, obs. DISSAUX ; Contrats Conc. Consom. 2016, n° 27, obs. BERNHEIM-DESSAUX.

¹⁸¹ CJUE, 8 février 2017, Carrefour Hypermarchés SAS c. ITM Alimentaire International SASU, aff. C-562-15, LawLex17275, Gaz. Pal. 4 avril 2017, 17, obs. PIEDELIEVRE ; RLDA 2017, n° 6192, obs. DARY et TITONE ; Europe 2017, n° 156, obs. RIGAUX ; Contrats Conc. Consom. 2017, n° 90, obs. BERNHEIM-DESSAUX ; D. 2018, 586, obs. POILLOT ; RJDA 2017, n° 292.



En cas de vente d'ordinateurs équipés de logiciels préinstallés, la Cour de cassation retient désormais, à l'instar de la Cour de justice¹⁸², que ne constitue pas une omission trompeuse le fait de ne pas détailler le coût de chacun des éléments de l'offre composite¹⁸³ ou de ne pas indiquer au consommateur la faculté d'acquiescer un ordinateur nu¹⁸⁴. En revanche, elle estime que les informations sur les caractéristiques principales des logiciels d'exploitation et d'application préinstallés dans l'ordinateur présentent un caractère substantiel au sens de l'article 7 de la directive 2005-29¹⁸⁵.

2) Limites propres au moyen de communication utilisé

Le caractère trompeur de l'omission reprochée au professionnel s'apprécie au regard des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent. Dans ses orientations, la Commission indique que le but de la réglementation n'est pas d'imposer aux professionnels des obligations d'information inutiles ou disproportionnées. Ces derniers ne sont donc pas tenus de communiquer des informations qui sont déjà évidentes ou qui ressortent du contexte. De même, la quantité et le type d'informations relatives aux caractéristiques principales du produit peuvent varier en fonction de ce qui peut être considéré comme "approprié", eu égard au medium utilisé par le professionnel. Selon la Commission, l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une offre diffusée à la radio fournisse aux consommateurs des informations moins détaillées sur les caractéristiques principales du produit qu'une publicité publiée sur un site Internet ou dans une revue spécialisée. Ainsi, il a été jugé que le caractère trompeur d'une publicité télévisée doit s'apprécier en fonction des contraintes d'espace et de temps imposées par le moyen de communication utilisé, certaines informations ne pouvant être données de la même façon que sur d'autres supports¹⁸⁶. En revanche, une annonce radiophonique qui amalgamait dans un même message trois offres différentes a été considérée trompeuse, en dépit des limites imposées par le support choisi, dès lors qu'il aurait été possible d'énoncer les conditions de ces offres sans allonger inconsidérément le message¹⁸⁷.

¹⁸² CJUE, 7 septembre 2016, LawLex161380, JCP E 2016, 1538, obs. BAZIN ; LPA 10 octobre 2016, 6, obs. LEGRAND ; *Communic. comm. électr.* 2016, n° 81, obs. LOISEAU ; *Contrats Conc. Consom.* 2016, n° 243, obs. BERNHEIM-DESVAUX ; JCP E 2016, 2087 et RDC 2017, 52, obs. HUET ; *Communic. Com. électr.* octobre 2016, études, 9 et *Gaz. Pal.*, 13 décembre 2016, 27, obs. PIEDELIEVRE ; *Europe* 2016, n° 423, obs. BOUVERESSE ; *AJ Contrat* 2016, 484, obs. AUBRY ; *RLDA* 2016, n° 6067, obs. TITONE et DARY ; *RJDA* 2017, n° 49

¹⁸³ *Cass. 1re civ.*, 14 décembre 2016, LawLex162055, LD janvier 2017, 14, obs. BOUFFARD ; *Communic. Com. électr.* 2017, n° 13, obs. LOISEAU ; *AJ Contrat*, 2017, 81, obs. LEGRAND ; *Contrats Conc. Consom.* 2017, n° 44, obs. BERNHEIM-DESVAUX ; 29 mars 2017, LawLex17646, *Contrats Conc. Consom.* 2017, n° 138, obs. BERNHEIM-DESVAUX ; JCP E, 2017, n° 1359, obs. LE GACH-PECH ; *Communic. Com. électr.* 2017, n° 53, obs. LOISEAU ; *Gaz. Pal.* 19 septembre 2017, 29, obs. PIEDELIEVRE ; *D.* 2018, 585, obs. POILLOT ; *RJDA* 2017, n° 508 ; 26 avril 2017, LawLex17832.

¹⁸⁴ *Cass. 1re civ.*, 29 mars 2017, LawLex17646, précit.

¹⁸⁵ *Cass. 1re civ.*, 29 mars 2017, LawLex17646, précit.

¹⁸⁶ Paris, 16 novembre 2007, LawLex071992.

¹⁸⁷ *Cass. crim.*, 19 avril 2017, LawLex17739.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

Dès lors, l'article L. 121-3, alinéa 2, précise que "lorsque le moyen de communication utilisé impose des limites d'espace ou de temps, il y a lieu, pour apprécier si des informations substantielles ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens". De fait, selon la Cour de justice, "il peut suffire que seules certaines caractéristiques principales du produit soient indiquées, si le professionnel renvoie pour le surplus à son site Internet, pour peu que ce site contienne les informations substantielles relatives aux caractéristiques principales du produit, au prix et aux autres conditions"¹⁸⁸. La Cour de cassation a ainsi retenu qu'un professionnel ne peut se voir imputer la dissimulation d'informations substantielles dans le cadre d'une publicité radiophonique qu'après que le juge ait apprécié les limites propres au moyen de communication utilisé et les mesures prises pour mettre ces informations à la disposition du consommateur¹⁸⁹.

3) Destinataire du message

Les anciens articles L. 121-1, III et L. 121-1-1 in fine n'accordaient aux professionnels la protection du Code de la consommation qu'en cas de pratiques commerciales trompeuses par action ou de pratiques commerciales trompeuses per se. Ceux-ci ne pouvaient donc plus se plaindre d'avoir été victimes d'une omission trompeuse, sanctionnée par l'article L. 121-3¹⁹⁰. La loi de ratification de l'ordonnance du 14 mars 2016¹⁹¹ revient sur cette solution : l'actuel article L. 121-5 étend aux professionnels et aux non-professionnels¹⁹² la faculté de se prévaloir de l'article L. 121-3.

D. Sanction

1° Sanction pénale

a) Pouvoirs de l'Administration

69. Preuve de l'infraction¹⁹³.

¹⁸⁸ CJUE, 12 mai 2011, LawLex11898, préc.

¹⁸⁹ Cass. crim., 1er septembre 2015, LawLex151023, Dr. pén. 2015, n° 146, obs. ROBERT ; Europe janvier 2016, Chron. 1, obs. BAZIN-BEUST ; RDC 2016, 300, obs. MALABAT.

¹⁹⁰ Lyon, 28 septembre 2012, LawLex122224. Adde : Rép. Min., JO 28 octobre 2008, Q. 30590.

¹⁹¹ L. 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services, JO n° 45 du 22 février 2017.

¹⁹² La loi du 21 février 2017 modifie également la définition du non-professionnel, à l'article liminaire, qui recouvre désormais "toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles".

¹⁹³ SAINT-ESTEBEN et BRETZNER, La charge de la preuve en matière de publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur, D. 2006, 1610.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

La loi de 1963 disposait que les agents verbalisateurs pouvaient se faire communiquer par les annonceurs tous documents afin d'étayer leur enquête. La loi de 1973 a encore renforcé les pouvoirs de l'Administration en l'autorisant à exiger de l'annonceur qu'il mette à sa disposition tous éléments propres à justifier les allégations, indications ou présentations publicitaires. Le texte, devenu l'article L. 121-2 du Code de la consommation, a été modifié par la loi du 3 janvier 2008 qui a transposé la directive 2005-29 du 11 mai 2005. Recodifié par l'ordonnance du 14 mars 2016 à l'article L. 512-15, il dispose désormais que les agents "peuvent exiger du responsable de la pratique la mise à leur disposition ou la communication de tous les éléments propres à justifier les allégations, indications ou présentations".

Quelle est la portée exacte de cette disposition ? Selon une partie de la doctrine, la loi a réalisé un renversement de la charge de la preuve en imposant à l'annonceur de justifier du contenu du message¹⁹⁴, dès lors qu'en droit pénal, il appartient en principe à la partie poursuivante de prouver les éléments constitutifs du délit. A cela s'ajoute que le refus de déférer aux demandes de pièces des agents de l'Administration constitue l'infraction spécifique de refus de communication sanctionnée par les articles L. 132-6 et L. 132-7 (anciennement l'art. L. 121-7) du Code de la consommation. Aussi, la Chambre criminelle a-t-elle posé le principe que le prévenu ne peut être condamné du chef de pratique trompeuse que si la partie poursuivante réussit à démontrer que l'infraction est constituée¹⁹⁵. Toutefois, une divergence d'interprétation s'est fait jour entre la Chambre criminelle et la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Pour celle-ci, il revient à l'annonceur de prouver la véracité du message publicitaire¹⁹⁶ car les principes de la procédure pénale s'opposent à ce que l'on impose au prévenu de prouver l'existence des éléments constitutifs de l'infraction. En revanche, en matière civile, lorsqu'un concurrent intente une action en concurrence déloyale contre un annonceur, il doit établir la faute¹⁹⁷ et l'annonceur peut, pour sa défense, prouver l'exactitude des mentions contenues dans son message publicitaire¹⁹⁸. Ainsi, dans une affaire où, sur le fondement de la concurrence déloyale, il était reproché à une publicité d'alléguer la supériorité du fluor contenu dans une pâte dentaire par rapport à un autre type de fluor contenu dans le produit concurrent, la Cour d'appel de Paris a estimé qu'il appartenait au demandeur, en application du droit commun de la preuve, d'établir que le message publicitaire était trompeur, tout en précisant que

¹⁹⁴ CALAIS-AULOY et TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 9e éd., 2015, 100.

¹⁹⁵ Cass. crim., 28 octobre 1992, *LawLex033861*, *RTD com.* 1993, 729, obs. BOUZAT ; *RJDA* 1993, n° 354, approuvant Douai, 7 février 1990, *LawLex031595*.

¹⁹⁶ Cass. com., 18 mai 1993, *LawLex021642*, *D.* 1994, *Somm.*, 172, obs. GAVALDA et LUCAS de LEYSSAC ; *Contrats Conc. Consom.* 1993, n° 168, obs. RAYMOND ; *JCP G*, 1994, II, 22243, obs. DEKEUWER ; *RJDA* 1993, n° 760.

¹⁹⁷ V. Colmar, 19 février 2014, *LawLex141568* : celui qui se prévaut du caractère trompeur d'une publicité dans le cadre d'une action en concurrence déloyale doit apporter la preuve de l'inexactitude des allégations de l'annonceur.

¹⁹⁸ V. Versailles, 17 mai 2016, *LawLex161005*.



cette règle de preuve ne privait pas l'annonceur de la faculté de justifier ses affirmations. La Chambre commerciale a approuvé l'arrêt dès lors que le demandeur avait apporté la preuve de l'existence d'un débat virulent au sein de la communauté scientifique sur cette question alors que l'auteur du message n'apportait aucun élément probant à l'appui de cette thèse¹⁹⁹. **Plus récemment, elle a réitéré cette position : si la directive 2005-29 du 11 mai 2005 prévoit qu'il appartient au juge national de vérifier si une information fautive doit être qualifiée de pratique commerciale trompeuse, elle ne lui impose pas pour autant d'ordonner une mesure d'instruction ni ne dispense les parties de prouver les faits nécessaires au succès de leur prétention²⁰⁰. Une entreprise dispose néanmoins d'un intérêt légitime à demander une expertise in futurum dans la perspective de l'exercice d'une action pour pratique commerciale trompeuse, lorsqu'à la suite de la diffusion d'une publicité télévisée par une enseigne concurrente, elle constate que les stocks de produits concernés sont très rapidement épuisés en magasins²⁰¹. Le demandeur peut également produire des rapports d'expertise, mais à condition que ceux-ci respectent les règles de l'art s'agissant des produits en cause et ne délaissent pas des facteurs déterminants susceptibles d'influer sur les conclusions de l'étude²⁰². Bien que la Chambre criminelle ait ultérieurement réaffirmé sa position²⁰³, la solution ne semble pas aussi fermement établie que l'on pourrait le penser. Certains juges correctionnels continuent d'exiger que l'annonceur justifie ses allégations²⁰⁴. Leurs décisions sont parfois même approuvées par la Haute juridiction, sans que celle-ci réponde clairement à l'argument des prévenus invoquant un renversement de la charge de la preuve²⁰⁵. Dans les affaires où l'application de l'article L. 121-2 a été combinée avec les dispositions de l'ancien arrêté du 2 septembre 1977 relatif aux annonces de réduction de prix²⁰⁶, il a été jugé que l'annonceur qui ne démontre pas la pratique effective du prix de référence allégué ou du prix conseillé engage sa responsabilité, puisqu'en vertu de l'arrêté, la charge de la preuve lui incombe²⁰⁷.**

Enfin, l'article L. 121-4 (ancien art. L. 121-1-1) qui dresse une liste de vingt-deux pratiques réputées trompeuses quelles que soient les circonstances, conduit lui aussi à renverser la charge de la preuve. Le

¹⁹⁹ Cass. com., 25 avril 2001, LawLex020479, Contrats Conc. Consom. 2001, n° 147, obs. RAYMOND, approuvant Paris, 14 janvier 1998, LawLex020486 et, dans la même affaire : T. com. Paris, 21 juin 1994, LawLex020481 ; Paris, 10 novembre 1995, LawLex020487, approuvé par Cass. com., 24 février 1998, LawLex020485 : il n'y a pas lieu d'ordonner la cessation du trouble prétendument causé par la diffusion d'une publicité lorsque l'annonceur a apporté des éléments de nature à établir la véracité de ses allégations.

²⁰⁰ Cass. com., 6 décembre 2016, LawLex162032.

²⁰¹ Paris, 12 janvier 2018, LawLex18111.

²⁰² Versailles, 10 janvier 2017, LawLex17110.

²⁰³ Cass. crim., 18 mars 2008, LawLex08527.

²⁰⁴ V. not. Paris, 4 mars 1996, LawLex032165 ; TGI Paris, 23 avril 1997, LawLex032233, Gaz. Pal. 17/19 mai 1998, 29, obs. GRELIER-LENAIN ; Paris, 8 octobre 1997, LawLex033281 ; Paris, 5 décembre 1997, LawLex032189 ; Grenoble, 22 juillet 1998, LawLex031978.

²⁰⁵ V. not. Cass. crim., 4 mai 1999, LawLex033400 ; 17 mai 2011, LawLex121082 ; 21 janvier 2014, LawLex14171.

²⁰⁶ abrogé et remplacé depuis : V. n°.

²⁰⁷ Cass. crim., 6 février 2001, LawLex033254 ; 20 mars 2001, LawLex034461.



texte condamne en effet une série de comportements ou de clauses qui sont a priori qualifiées de trompeuses, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une appréciation sur le fondement des critères posés par les articles L. 121-2 et L. 121-3. Pour ces pratiques, la partie poursuivante est dispensée d'apporter la preuve de leur caractère trompeur.

i) Action civile

89. Action des victimes directes et indirectes.

Au pénal, la victime dispose de deux voies d'action, selon que l'action publique a été ou non mise en mouvement contre l'auteur présumé de l'infraction. Lorsque des poursuites sont en cours, la partie lésée n'a pas à se soucier de la mise en mouvement de l'action publique : il lui suffit de se constituer partie civile par voie d'intervention. Dans le cas contraire, il faut qu'elle mette elle-même en mouvement l'action publique soit par citation directe de l'auteur présumé pour les délits et les contraventions²⁰⁸, soit par le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction pour les crimes et délits²⁰⁹. L'article 2 du Code de procédure pénale subordonne la recevabilité de l'action civile à la condition d'avoir "personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction". Outre l'action des victimes personnes physiques de l'infraction, qui souffrent du préjudice le plus direct²¹⁰, la jurisprudence admet la recevabilité de l'action de nombreuses autres entités.

1) Action du concurrent

L'action civile d'un concurrent de l'auteur de la pratique est recevable s'il démontre qu'il subit un préjudice direct et personnel en relation avec l'infraction²¹¹. En effet, la loi du 27 décembre 1973, qui a institué le délit de publicité trompeuse, était avant tout une loi d'orientation du commerce et de l'artisanat et n'avait pas pour unique objet de protéger les consommateurs²¹². Par ailleurs, même si la

²⁰⁸ C. pr. pén., art. 388 et 531.

²⁰⁹ C. pr. pén., art. 85.

²¹⁰ V. not. Lyon, 7 mars 2007, LawLex07441.

²¹¹ Cass. crim., 23 février 1989, LawLex033580, approuvant Lyon, 2 mars 1988, LawLex031609 ; Pau, 21 octobre 1992, LawLex031726, Contrats Conc. Consom. 1993, n° 120, obs. RAYMOND ; Cass. crim., 3 avril 2001, LawLex034460, approuvant Aix-en-Provence, 30 mai 2000, LawLex0473 : jugeant que la constitution de partie civile d'un agent immobilier, justifiant d'un intérêt direct et personnel à agir contre une publicité trompeuse proposant des appartements à louer, est recevable ; Paris, 6 février 2018, LawLex18270.

²¹² Paris, 15 décembre 1992, LawLex031605, jugeant que le droit de se constituer partie civile en matière de publicité de nature à induire en erreur n'est pas réservé à l'acheteur du produit mais appartient également au commerçant concurrent qui a subi un préjudice découlant des faits, objet de la poursuite ; Cass. crim., 2 décembre 1998, LawLex033587 approuvant Paris, 17 juin 1997, LawLex032174 ; Cass. crim., 9 mars 1999, LawLex033666, approuvant Paris, 27 janvier 1998, LawLex031779 : jugeant recevable la constitution de partie civile d'une société placée dans un rapport de concurrence avec l'annonceur ; Rouen, 3 avril 2000, LawLex0410 ; Cass. crim., 17 octobre 2000, LawLex033244, jugeant que le droit de se constituer partie civile dans une procédure suivie du chef de publicité de nature à induire en erreur n'est pas réservé aux consommateurs ou à leurs associations, mais appartient également à toute personne ayant subi un préjudice découlant des faits objet de la poursuite.



directive 2005-29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales énonce que ses dispositions "sont conçues essentiellement dans l'optique du consommateur en tant que destinataire et victime de pratiques commerciales déloyales", elle ajoute qu'elles peuvent "indirectement protéger les intérêts économiques des entreprises qui respectent la réglementation à l'égard des concurrents qui ne s'y conforment pas" et permet aux Etats membres d'étendre aux professionnels la protection accordée aux consommateurs²¹³. **La France a fait usage de cette faculté en deux temps : elle a d'abord limité la protection des concurrents aux pratiques commerciales trompeuses par action et aux pratiques commerciales trompeuses per se²¹⁴ puis, avec la loi de ratification de l'ordonnance du 14 mars 2016²¹⁵, elle l'a étendue aux omissions trompeuses et inclus les non-professionnels dans la liste de ses bénéficiaires.** Du reste, les professionnels bénéficient encore plus directement de la protection accordée par la directive 2006-114 du 12 décembre 2006 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, également transposée par les articles L. 121-2 et suivants.

Une pratique commerciale trompeuse peut notamment avoir pour conséquence de détourner la clientèle du concurrent²¹⁶, qui peut ainsi se plaindre du préjudice résultant de la baisse de son chiffre d'affaires en relation directe avec la diffusion de la publicité²¹⁷. En revanche, l'action d'un concurrent est irrecevable lorsque le rapport de concurrence entre ce dernier et le prévenu de publicité trompeuse n'est qu'indirect et que par conséquent, aucun préjudice personnel et direct ne peut être établi²¹⁸. Même lorsque le rapport de concurrence existe, les juges rejettent l'action civile du concurrent incapable de démontrer son préjudice²¹⁹.

2) Action des organismes professionnels

Dans un arrêt de principe, la Chambre criminelle avait interdit aux syndicats professionnels de se porter partie civile au motif que la législation réprimant la publicité mensongère avait pour unique objet la

²¹³ Dir. 2005-29 du 11 mai 2005, cons. 6.

²¹⁴ V. pour une application à des professionnels non-concurrents, Paris, 5 mars 2015, LawLex15302. - Contra : Metz, 3 février 2015, LawLex15204, retenant que les dispositions de l'article L. 121-2 du Code de la consommation qui définissent les pratiques commerciales trompeuses s'appliquent au consommateur et non au professionnel qui conclut un contrat ayant un rapport direct avec son activité.

²¹⁵ L. 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services, JO n° 45 du 22 février 2017.

²¹⁶ TGI Paris, 22 mars 2001, LawLex032457.

²¹⁷ Cass. crim., 2 décembre 1998, LawLex033587, jugeant qu'une publicité vantant un périodique d'annonces adressée directement aux clients d'une société de presse concurrente permet à cette dernière de faire valoir légitimement une baisse corrélative du nombre de ses annonceurs ; 3 novembre 2009, LawLex121085.

²¹⁸ Cass. crim., 26 mars 2002, LawLex031305 ; Pau, 14 mars 1995, LawLex031686 : jugeant que la constitution est irrecevable s'agissant non d'un consommateur mais d'un concurrent, souffrant indirectement de la publicité de la publicité qui avantage l'annonceur.

²¹⁹ Paris, 2 mai 2002, LawLex031287 ; Cass. crim., 24 juin 2014, LawLex142170.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

défense des consommateurs et non la protection directe ou indirecte de l'intérêt de telle ou telle profession²²⁰. Cette solution a fait l'objet de nombreuses critiques, qui ont contraint la Cour de cassation à revoir sa position. Dans une seconde affaire, estimant cette fois que la loi de 1973 avait aussi pour objet l'amélioration des conditions de la concurrence, elle a déclaré que la diffusion d'une publicité trompeuse constituait en elle-même une atteinte aux conditions normales de la concurrence, de nature à porter préjudice à l'ensemble de la profession concernée et que l'action civile pouvait en conséquence être exercée par un syndicat professionnel conformément aux dispositions du Code du travail²²¹. En effet, les syndicats jouissent, en vertu de l'article L. 411-10 du Code du travail, de la personnalité civile et tirent leur droit d'agir de l'article L. 411-11 du même code²²². Depuis lors, la Cour de cassation a étendu cette solution aux professions libérales²²³. Les syndicats sont ainsi recevables en leur constitution de partie civile dès lors que les agissements délictueux causent à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent un préjudice moral et matériel distinct du préjudice social dont le ministère public peut poursuivre la réparation²²⁴. Un syndicat professionnel peut donc agir contre l'auteur d'une pratique trompeuse qui jette le discrédit sur les pratiques commerciales²²⁵ ou l'image de la profession représentée²²⁶, voire sur l'image de marque des produits commercialisés par la profession²²⁷, ou encore qui a pour effet de détourner la clientèle des membres de la profession²²⁸. En revanche, un syndicat

²²⁰ Cass. crim., 14 janvier 1969, D. 1969, 583, obs. FOURGOUX.

²²¹ Cass. crim., 23 janvier 1979, LawLex14618 ; 13 mars 1979, LawLex14617.

²²² L'article L. 141-11 dispose que les syndicats sont admis à "exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'il(s) représente(nt)"

²²³ Cass. crim., 11 mars 1998, LawLex033883. - V. aussi, Paris, 18 décembre 2015, LawLex0151821, JCP, G, 2016, Act. 4, obs. G'SELL.

²²⁴ Rennes, 21 janvier 1993, LawLex031646, RJDA 1993, n° 577, approuvant TGI Quimper, 28 juillet 1992, LawLex031642, Contrats Conc. Consom. 1992, n° 213, obs. RAYMOND ; Limoges, 20 mars 1998, LawLex031787 ; Cass. crim., 28 mars 2000, LawLex033243, approuvant Paris, 21 janvier 1999, LawLex032394 ; Cass. crim., 3 avril 2001, LawLex034460, approuvant Aix-en-Provence, 30 mai 2000, LawLex0473.

²²⁵ Paris, 7 septembre 1992, LawLex031603, jugeant recevable la constitution de partie civile de la Fédération nationale des chambres syndicales des Horlogers, Bijoutiers, Joailliers, Orfèvres Détaillants et Artisans de France et la Chambre syndicale des Horlogers, Bijoutiers, Joailliers, Orfèvres Détaillants et Artisans de Paris et de la région Parisienne à l'encontre d'une campagne publicitaire annonçant faussement sur les vitrines d'un magasin une réduction de 50 % sur l'or ; Versailles, 16 mars 2000, LawLex0479 ; Angers, 24 septembre 1992, LawLex031643 : la constitution de partie civile l'Union des Entreprises de l'Affinage de l'Eau est jugée recevable à l'encontre d'une publicité alléguant une méthode " mécanique " de purification d'eau, alors que l'appareil commercialisé reposait sur le traditionnel principe de l'échange d'ions, phénomène éminemment chimique.

²²⁶ Paris, 24 mars 1999, LawLex031807, jugeant recevable la constitution de partie civile d'une chambre des huissiers de justice contre une publicité trompeuse ; Paris, 31 janvier 2003, LawLex034547 : jugeant que l'action civile du syndicat des artistes musiciens à l'encontre d'une publicité altérant l'image de la profession est recevable.

²²⁷ Cass. crim., 24 avril 1997, LawLex033714 approuvant Paris, 21 mars 1995, LawLex031687 ; Cass. crim., 17 septembre 1997, LawLex033469 approuvant Paris, 30 mai 1996, LawLex032207 ; Cass. crim., 9 décembre 1998, LawLex033801 approuvant Colmar, 12 septembre 1997, LawLex032180.

²²⁸ Paris, 11 janvier 1995, LawLex031682 : jugeant recevable l'action civile du groupement interprofessionnel des fabricants d'appareils d'équipement ménager contre une publicité alléguant qu'une simple brosse et un peigne peuvent se substituer à un séchoir électrique ; Cass. crim., 11 mars 1998, LawLex033883, préc. approuvant Grenoble, 27 septembre 1996, LawLex032215 : jugeant que la publicité litigieuse était destinée à détourner la clientèle des chirurgiens-dentistes vers les deux prothésistes dentaires, auteurs de la publicité incriminée, dans le but, pour eux, de se livrer à l'exercice illégal de la profession de chirurgien-dentiste.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

professionnel qui n'existait pas à la date de commission de l'infraction de publicité trompeuse²²⁹, ou ne démontre pas son préjudice²³⁰, ne peut se constituer partie civile.

Les organisations interprofessionnelles peuvent aussi se constituer partie civile. Ainsi, la Cour de cassation a admis la constitution de partie civile, à la suite de la diffusion de publicités mensongères sur l'origine d'une viande, d'une organisation interprofessionnelle regroupant les organisations professionnelles les plus représentatives des divers intervenants de la filière de viandes. Elle a estimé que le préjudice personnel exigé par l'article 2 du Code de procédure pénale résultait de la transgression d'une disposition légale que l'organisme interprofessionnel avait pour objet statutaire de faire respecter²³¹. En revanche, le droit d'agir n'est pas reconnu aux associations de producteurs, en l'absence d'habilitation par la loi à exercer les droits reconnus à la partie civile pour la défense de l'intérêt collectif²³².

3) Action associative

L'action civile des associations de défense des consommateurs est également recevable dès lors qu'elles démontrent l'existence d'un préjudice moral et matériel porté à l'intérêt collectif des consommateurs découlant directement de l'infraction visée. Elles tirent leur pouvoir d'agir du premier alinéa de l'article L. 621-1 (ancien art. L. 421-1) du Code de la consommation, aux termes duquel "(l)es associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin en application de l'article L. 811-1, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs". Le deuxième alinéa du texte dispense les organisations définies à l'article L. 211-2 du Code de l'action sociale et des familles²³³ d'un agrément pour pouvoir agir en justice dans les conditions prévues. Les Fédérations départementales des associations familiales et rurales sont ainsi autorisées à agir en justice à condition d'avoir explicitement stipulé dans leurs statuts qu'elles ont pour mission la défense des intérêts des consommateurs. Elles sont alors recevables à poursuivre la réparation d'un

²²⁹ Rennes, 18 mai 2006, LawLex061854.

²³⁰ Bordeaux, 7 juillet 1993, LawLex031606, RTD com. 1994, 143, obs. BOUZAT.

²³¹ Cass. crim., 26 octobre 1999, LawLex033259, Dr. pén. 2000, n° 21, obs. ROBERT, RJDA 2000, n° 10, D. 2000, Act. jur., 80 ; 15 juin 1999, LawLex033750 : une organisation interprofessionnelle agricole reconnue par arrêté ministériel subit un préjudice direct et personnel du fait de l'usage abusif du logo qu'elle a créé ainsi que du discrédit porté par les agissements des prévenus à l'action qu'elle mène ; 7 octobre 1998, LawLex033380, Dr. pén. 1999, n° 60, obs. ROBERT approuvant Pau, 18 juin 1997, LawLex032175 ; Paris, 26 novembre 2008, LawLex09914 : recevabilité de l'action du comité interprofessionnel du vin de Champagne contre l'auteur d'une pratique commerciale trompeuse et de marque d'appel qui porte préjudice aux producteurs et négociants dont il défend les intérêts.

²³² Cass. crim., 4 mai 1999, LawLex033747.

²³³ " Il peut être créé : - dans chaque département, une fédération départementale dite union départementale des associations familiales, composée comme il est prévu à l'article L. 211-4 ; - au niveau national, une fédération dite union nationale des associations familiales, composée comme il est prévu à l'article L. 211-5 ".



préjudice même indirect causé par une infraction à l'intérêt collectif des consommateurs²³⁴. La Cour de cassation reconnaît la capacité à agir des associations familiales, jugeant que l'action relative au prix de vente des produits alimentaires concerne la défense des intérêts matériels des familles²³⁵.

Les autres associations de consommateurs ne sont investies du droit d'agir qu'à la condition d'être agréées par l'autorité administrative. Pour bénéficier d'un agrément, une association doit : être régulièrement déclarée auprès de la préfecture ; être indépendante de toute forme d'activité professionnelle ; avoir pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs ; être suffisamment représentative, c'est-à-dire exister depuis plus d'un an, exercer une activité effective et publique en vue de la défense des intérêts des consommateurs et, pour une association nationale, recenser au moins 10 000 adhérents²³⁶. Les agréments sont accordés pour une période de cinq ans par arrêté ministériel aux associations nationales et par arrêté préfectoral aux associations locales et sont renouvelables dans les mêmes conditions que l'agrément initial. Dès lors qu'une association de consommateurs est agréée, elle est recevable en sa constitution de partie civile en vertu de l'article L. 621-1 du Code de la consommation²³⁷. Il en va de même pour l'association dont l'agrément a été renouvelé²³⁸. Par ailleurs, les associations de consommateurs agréées sont recevables à se constituer parties civiles que le préjudice porté à l'intérêt collectif des consommateurs soit direct ou indirect²³⁹. Le préjudice résultant de la transgression d'une disposition légale que l'association avait pour objet statutaire de faire respecter suffit à justifier la condamnation du professionnel à des dommages-intérêts²⁴⁰. Il est indifférent, pour l'application de l'article L. 621-1, que le délit ait fait peu de victimes²⁴¹.

2° Sanction civile

91. Action en référé.

L'action en concurrence déloyale peut être exercée au fond, mais la saisine du juge des référés, sur le fondement des articles 809 ou 873 du Code de procédure civile, peut s'avérer un moyen efficace pour faire cesser rapidement le trouble qui résulte du message. La question s'est posée de savoir si l'article L. 121-3 (actuel art. L. 132-8) du Code de la consommation, qui permet au juge d'ordonner la cessation

²³⁴ Cass. crim., 5 janvier 1994, LawLex033381, RJDA 1994, n° 351.

²³⁵ Cass. crim., 3 septembre 1992, LawLex033472 approuvant Colmar, 26 septembre 1991, LawLex031614, RTD com. 1993, p. 592, obs. BOUZAT.

²³⁶ C. consom., art. R. 811-1 (ancien art. R. 411-1).

²³⁷ Versailles, 14 octobre 1999, LawLex032360.

²³⁸ T. com. Paris, 10 février 2006, LawLex061788, Gaz. Pal. 24/25 novembre 2006, 35, obs. VRAY ; RJDA 2006, n° 966.

²³⁹ Cass. crim., 5 janvier 1994, LawLex033381, préc. ; Rennes, 5 septembre 1996, LawLex033273, RJDA 1997, n° 593.

²⁴⁰ Cass. crim., 15 octobre 1997, LawLex033614, D. Aff. 1998, 20.

²⁴¹ Cass. crim., 30 janvier 1995, LawLex03990 ; 13 novembre 2002, LawLex03990, approuvant Grenoble, 6 juin 2001, LawLex04185.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

de la pratique commerciale trompeuse, réserve cette prérogative au juge d'instruction. Telle n'a pas été l'appréciation de la Cour d'appel de Paris, qui a retenu que l'article L. 121-3 n'accordait pas de compétence exclusive au juge pénal²⁴², solution que la Cour de cassation a consacrée²⁴³.

Pour que le juge des référés soit compétent, encore faut-il que l'existence d'un trouble manifestement illicite soit établie. Ainsi, la cessation d'une publicité peut être ordonnée par le juge lorsque le professionnel se prévaut fallacieusement de la réalisation de tests sur les produits offerts à la vente²⁴⁴, diffuse auprès de médecins un argumentaire présentant un médicament comme une nouveauté radicale, alors qu'il n'apporte qu'un plus grand confort d'utilisation²⁴⁵, fait état de réductions fictives alors qu'il pratique des prix promotionnels toute l'année²⁴⁶ ou trompe le consommateur moyennement avisé sur ses chances de gagner un lot²⁴⁷. En revanche, le caractère manifeste du trouble n'est pas établi lorsqu'une publicité affirme qu'un produit respecte l'environnement, tout en se gardant d'alléguer sa totale innocuité²⁴⁸, fait état de l'effet bénéfique, pour les consommateurs, d'une ouverture à la concurrence de la vente de médicaments²⁴⁹, ou désigne les dimensions d'un écran d'ordinateur en pouces plutôt qu'en centimètres, en présence d'une tolérance administrative sur ce point²⁵⁰. De même, en l'absence d'identité manifeste des activités exercées par le demandeur et le défendeur, une action demandant au juge des référés d'enjoindre la cessation d'une pratique commerciale déloyale doit être rejetée²⁵¹. Le trouble n'est pas davantage établi lorsque l'annonceur apporte en séance des éléments de nature à établir la véracité de ses allégations²⁵² ou lorsqu'avant l'audience, il a corrigé les mentions erronées sur son site Internet²⁵³.

Lorsque sa compétence est reconnue, le juge des référés peut prescrire les mesures conservatoires qui s'imposent, et notamment interdire à l'annonceur de poursuivre²⁵⁴ ou renouveler ses campagnes

²⁴² Paris, 18 septembre 1996, LawLex032211.

²⁴³ Cass. com., 19 octobre 1999, LawLex020900, Contrats Conc. Consom. 2000, n° 7, obs. MALAURIE-VIGNAL ; Contrats Conc. Consom. 2000, n° 37, obs. RAYMOND ; RJDA 1999, n° 1277, approuvant Angers, 29 avril 1997, LawLex032235.

²⁴⁴ Cass. com., 22 mai 2002, LawLex031309, approuvant Paris, 12 novembre 1999, LawLex031291, ordonnant de faire disparaître dans un délai déterminé, la mention "approuvé par un laboratoire de test", tant sur ses produits à venir que sur ceux actuellement en stock chez l'annonceur et dans les points de vente, et sur son site "web".

²⁴⁵ Versailles, 27 septembre 1996, LawLex034137, RJDA 1996, n° 1554.

²⁴⁶ Paris, 13 décembre 2016, LawLex1723.

²⁴⁷ TGI Paris, 11 décembre 1996, LawLex032220, Contrats Conc. Consom. 1997, n° 72, obs. RAYMOND.

²⁴⁸ Versailles, 14 juin 1991, LawLex021803, D. 1992, Somm., 343, obs. IZORCHE ; RJDA 1991, n° 989.

²⁴⁹ Cass. com., 13 octobre 2009, LawLex093250, RLDA 2010, n° 2664, obs. ROUSSET ; JCP E, 2011, n° 1135, obs. BALLOT-LÉNA.

²⁵⁰ Angers, 12 mars 2013, LawLex13375.

²⁵¹ Montpellier, 3 juillet 2014, LawLex142293.

²⁵² Paris, 10 novembre 1995, LawLex020487, approuvé par Cass. com., 24 février 1998, LawLex020485, rejetant la demande de mesures, pour défaut de preuve du caractère mensonger du message.

²⁵³ Caen, 12 mai 2016, LawLex161020.

²⁵⁴ Versailles, 10 avril 1996, LawLex021366, Gaz. Pal., 1996, Jur., 425, obs. DIVIER, approuvée par Cass. com., 9 février 1999, LawLex033808, RJDA 1999, n° 351 : interdiction de diffusion télévisée et radiophonique d'un message trompeur.



publicitaires²⁵⁵, ou lui imposer de modifier non la publicité, mais son comportement lui-même, afin que la publicité ne soit plus trompeuse²⁵⁶. Le juge peut également ordonner au professionnel de cesser sous astreinte la diffusion d'une publicité trompeuse²⁵⁷, notamment sur Facebook²⁵⁸, ou le référencement sur Internet après la fin de la campagne²⁵⁹. Il peut également ordonner la publication d'extraits de sa décision dans des quotidiens nationaux²⁶⁰ ou d'un communiqué sur le site du professionnel²⁶¹. De façon surprenante, après avoir estimé qu'une publication judiciaire ne s'imposait pas eu égard à ses conséquences irréversibles, un juge a même invité la victime à communiquer sur la décision sur les réseaux sociaux²⁶². Allant plus loin, certaines décisions n'hésitent pas à ordonner au professionnel non seulement de cesser de diffuser le message trompeur, mais aussi, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, de communiquer à son concurrent son plan média pour la campagne en cause²⁶³.

Le droit de demander la cessation de la publicité appartient aussi aux consommateurs ou aux associations de consommateurs agréées. Les juges considèrent que le droit d'exercer l'action civile en réparation du préjudice causé par une infraction pénale implique nécessairement, pour ces associations, la faculté de saisir le juge des référés pour faire cesser le trouble manifestement illicite qui en découle²⁶⁴, que le préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs soit direct ou indirect²⁶⁵. La Cour de cassation admet, par ailleurs, que les associations de consommateurs, agissant devant le juge des référés, peuvent solliciter la publication de la décision en vertu de l'article L. 621-11 (ancien art. L. 421-9) du Code de la Consommation²⁶⁶.

91_01. Nullité

Bien qu'aucun texte ne le prévoie expressément, la nullité du contrat est de plus en plus fréquemment demandée - et obtenue - sur le fondement combiné de l'article L. 121-2 du Code de la consommation

²⁵⁵ TGI Paris, 7 décembre 1994, LawLex031680 ; Paris, 13 décembre 2016, LawLex1723.

²⁵⁶ TGI Nanterre, 20 février 2001, LawLex034027 : s'agissant d'une publicité annonçant une connexion illimitée à l'Internet, alors que le professionnel a mis en place des modulateurs de session qui interrompaient la connexion en cas de trop grande affluence, le juge a ordonné la cessation de ces dispositifs techniques.

²⁵⁷ Paris, 13 décembre 2016, LawLex1723.

²⁵⁸ Reims, 7 juillet 2015, LawLex15977.

²⁵⁹ T. com. Paris, 20 décembre 2010, LawLex121370.

²⁶⁰ Paris, 13 décembre 2016, LawLex1723.

²⁶¹ Cass. civ. 1re, 9 mars 2004, LawLex04603 ; Paris, 13 décembre 2016, LawLex1723.

²⁶² T. com. Paris, 9 novembre 2016, LawLex161854.

²⁶³ Paris, 18 juin 2013, LawLex131050 ; T. com. Paris, 9 novembre 2016, LawLex161854.

²⁶⁴ TGI Nanterre, 22 mai 2002, LawLex031369, Contrats Conc. Consom. 2002, n° 116, obs. RAYMOND ; Gaz. Pal. 1er août 2002, 27 ; RJDA 2002, n° 950 : jugeant qu'une association de consommateurs est recevable à demander la cessation du trouble illicite causé par une publicité annonçant un temps de communication téléphonique qui ne correspond pas nécessairement à celui facturé.

²⁶⁵ Versailles, 14 mars 2001, LawLex034368, Communic. com. électr. 2001, n° 48, obs. LE STANC.

²⁶⁶ Cass. civ. 1re, 9 mars 2004, LawLex04603, préc.



et des dispositions du Code civil relatives au dol²⁶⁷. En effet, le mensonge publicitaire est susceptible de constituer une manoeuvre dolosive apte à vicier le consentement du consommateur. Si le recours aux règles du Code de la consommation n'apparaît pas réellement nécessaire, il permet, par sa combinaison avec celles du Code civil, de renforcer la preuve du caractère déloyal du comportement du professionnel.

Section 2 Autres pratiques commerciales interdites

III. Ventes subordonnées

C. Ventes subordonnées licites

119. Produits indissociables, identiques ou complémentaires²⁶⁸.

Contrairement aux ventes avec prime qui faisaient l'objet d'une interdiction per se et d'exceptions appliquées strictement, les juges interprètent largement et au cas par cas la prohibition des ventes ou prestations de services subordonnées qu'ils ont assortie d'un certain nombre d'exceptions.

Certaines ventes en quantité imposée de produits identiques sous un même emballage, telle que la vente d'oeufs, de yaourts, de bonbons, de jambon pré-découpé, sont, aux yeux du juge, justifiées²⁶⁹. Les produits ou services concernés doivent former un tout pour que leur vente liée soit licite. Tel n'est pas le cas de l'assurance responsabilité civile que la loi oblige les automobilistes à souscrire afin de permettre l'indemnisation des tiers en cas d'accident, dont l'objet diffère de celui de l'assurance " protection juridique ", qui garantit à l'assuré la prise en charge de ses frais de procédure en cas de litige l'opposant à un tiers, quelle que soit la nature du litige²⁷⁰. La vente par lot n'est pas non plus contraire à l'article L. 121-11 (ancien art. L. 122-1), lorsque les produits ou services peuvent être dissociés et que le consommateur peut les acquérir séparément²⁷¹.

²⁶⁷ Pour des applications, V. Nîmes, 20 mars 2014, LawLex141781 ; Paris, 5 février 2016, LawLex16303 ; Bordeaux, 28 septembre 2017, LawLex171604 ; Lyon, 26 avril 2018, LawLex18642.

²⁶⁸ STOFFEL-MUNCK, Vente d'ordinateur avec logiciels pré-installés : la loyauté de la pratique doit être vérifiée, *Communic. com. électr.* janvier 2011, n° 5 ; BAZIN, La vente d'un ordinateur prééquipé d'un logiciel d'exploitation sur un site Internet ne constitue pas une pratique commerciale déloyale lorsque la possibilité est offerte d'acquérir le même ordinateur dépourvu de tout logiciel sur un autre site lié, *JCP E*, 2012, 1531 ; LEGRAND, Vente d'ordinateurs "Plug and Play", *LPA* 15, 16 et 17 août 2012, 14 ; WILHELM et PRIOUX, Retour sur le contentieux de la vente d'ordinateurs avec logiciels préinstallés, *Contrats Conc. Consom.* février 2012, étude 14 ; RAYMOND, Encore et toujours la vente d'ordinateurs avec logiciel préinstallé, *Contrats Conc. Consom.* 2012, n° 268 ; BAZIN, Sur la loyauté de la vente d'un ordinateur pré-équipé de logiciels, *Communic. com. électronique* novembre 2014, étude n° 20 ; RAYMOND, La vente d'un ordinateur équipé de logiciels est-elle constitutive du délit de vente subordonnée ?, *Contrats Conc. Consom.* décembre 2015, n° 285 ; BAZIN, De la vente d'un ordinateur pré-équipé de logiciels, *Communic. Com. électr.* mai 2017, *Etudes*, n° 8.

²⁶⁹ Cass. crim., 29 octobre 1984, LawLex04134 : " plusieurs unités de la même marchandise réunies en un conditionnement unique conformément aux pratiques commerciales instaurées dans l'intérêt des consommateurs " constituent un produit unique.

²⁷⁰ Paris, 17 décembre 1993, LawLex04125.

²⁷¹ Dans ce type de vente les produits vendus par lots doivent comporter un écriteau mentionnant le prix et la composition du lot ainsi que les prix de chaque produit composant le lot (art. 7, arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix).



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

Les juges valident également la vente groupée de produits ou services complémentaires. Cette hypothèse recouvre notamment la vente d'ordinateur avec logiciel d'exploitation préinstallé, car le logiciel forme un tout avec l'ordinateur, dont il permet l'utilisation²⁷². En revanche, la pré-installation d'autres logiciels relèverait de l'interdiction des ventes subordonnées s'ils ne sont pas nécessaires à l'utilisation de l'ordinateur, peuvent être acquis postérieurement par l'utilisateur et installés facilement par la suite. La Haute juridiction a considéré que la vente couplée d'un ordinateur et de son logiciel d'exploitation ne constitue une pratique commerciale déloyale que si le consommateur n'est pas en mesure d'acheter un ordinateur nu identique auprès du fabricant²⁷³. Toutefois, lorsque les revendeurs se trouvent dans l'impossibilité pratique de commercialiser séparément les deux éléments et d'isoler leur coût, le caractère déloyal de la vente liée est écarté²⁷⁴. L'appréciation de la licéité de cette pratique commerciale fait débat au sein de la jurisprudence française²⁷⁵, à tel point qu'en 2015, la Cour de cassation a interrogé la Cour de justice à titre préjudiciel sur le caractère déloyal de l'offre conjointe d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés lorsque le fabricant ne précise pas le coût de chacun des éléments qui la composent, ne laisse pas d'autre choix au consommateur que d'accepter les logiciels ou d'obtenir la révocation de la vente ou ne propose pas d'ordinateurs non équipés de logiciels²⁷⁶. La Cour de justice a tranché²⁷⁷ : la vente d'un

²⁷² Montpellier, 7 mai 2009, LawLex101063 : l'installation par une société d'un système d'exploitation sur les ordinateurs qu'elle fabrique et commercialise n'est pas contraire à l'article L. 121-11 du Code de la consommation dès lors que le système d'exploitation en cause ne constitue pas un " autre produit " dont l'achat serait subordonné à celui de l'ordinateur, mais seulement un élément de ce dernier qui en permet l'utilisation immédiate ; TGI Tarascon, 20 nov. 2008, LawLex092916, qui décide qu'un ordinateur pré-équipé constitue un produit dans sa globalité et non tel ou tel élément au choix de l'acquéreur.

²⁷³ Cass. 1re civ., 5 février 2014, LawLex14181, LPA 28 février 2014, 7, obs. LEGRAND ; *Communic. com. électr.* 2014, n° 27, obs. LOISEAU ; JCP E, 2014, n° 1146, obs. DUPONT ; JCP G, 2014, n° 427, obs. AUBERT de VINCELLES ; *Contrats Conc. Consom.* 2014, n° 145, obs. RAYMOND ; D. 2014, 1300, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RLDA 2014, n° 5205, obs. FORTI ; LPA 3-4 septembre 2014, 6, obs. JAKOULOFF ; D. 2015, 2223, obs. LE STANC.

²⁷⁴ Versailles, 22 janvier 2015, LawLex15124, *Communic. com. électr.* 2015, *Chron.* 7, 25, obs. FROSSARD et BOULET ; *Légipresse* 2015, 312, obs. ANDRIEU.

²⁷⁵ Cass. 1re civ., 5 février 2014, LawLex14181, préc. : la vente couplée d'un ordinateur et de son logiciel d'exploitation dans une surface commerciale ouverte au grand public constitue une pratique commerciale au sens de la directive 2005-29, même s'ils sont plutôt destinés à une clientèle de PME et de professionnels indépendants. *Comp. Cass. 1re civ.*, 5 juin 2008, LawLex151205, *Communic. com. électr.*, 2008, *comm.*, 15, obs. STOFFEL-MUNCK excluant toute pratique commerciale déloyale aux motifs que l'acheteur, bien que client averti, n'avait jamais émis le souhait d'acquérir un ordinateur ne comportant pas de logiciels pré-installés et que, malgré le défaut d'affichage de la décomposition des prix du matériel informatique, la concurrence restait possible entre les différentes solutions présentes sur le marché ; 12 juillet 2012, LawLex121320 : la vente sur Internet d'ordinateurs pré-équipés d'un logiciel d'exploitation, sans indication d'éléments substantiels comme le prix du logiciel, ne constitue pas une pratique de vente liée présentant un caractère déloyal, dès lors que le consommateur est mis en mesure, par des liens Internet, de s'orienter sur un site dédié aux professionnels lui permettant d'acquérir des ordinateurs "nus" et qu'il est averti que l'installation d'un système d'exploitation libre constitue une démarche délicate dont la réussite n'est pas assurée ; 20 décembre 2012, LawLex135 : la vente d'un ordinateur équipé d'un logiciel d'exploitation pré-installé n'est pas illicite, dès lors qu'il n'est pas établi qu'elle présente le caractère d'une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 121-1 du Code de la consommation.

²⁷⁶ Cass. 1re civ., 17 juin 2015, LawLex15803.

²⁷⁷ CJUE, 7 septembre 2016, Deroo-Blanquart c. Sony Europe Limited, aff. C-310-15, LawLex161380, JCP E 2016, 1538, obs. BAZIN ; *Communic. com. électr.* 2016, n° 81, obs. LOISEAU ; *Contrats Conc. Consom.* 2016, n° 243, obs. BERNHEIM-DESVAUX ; JCP E 2016, 2087, obs. HUET ; *Europe* 216, n° 423, obs. BOUVERESSE ; AJCA 2016, 484, obs. AUBRY. Dans la même affaire, V. Cass. 1re civ., 14 décembre 2016, LawLex162055, AJCA 2017, 81, obs. LEGRAND : la vente d'un ordinateur équipé de logiciels pré-installés ne constitue pas une pratique commerciale déloyale dès lors que l'acheteur est dûment informé de l'existence de tels logiciels et de leurs caractéristiques précises à chacun, qu'il est mis à même de faire un choix différent en achetant un autre appareil vendu avec ou sans logiciels et qu'il peut obtenir le remboursement de l'ordinateur s'il estime qu'il ne correspond pas à ses attentes.



ordinateur équipé de logiciels préinstallés ne constitue pas, en soi, une pratique commerciale déloyale. En outre, l'absence d'indication du prix de chacun de ces logiciels ne caractérise pas non plus une pratique commerciale trompeuse dès lors que le prix de ces éléments ne représente pas une information substantielle de nature à empêcher le consommateur de prendre une décision commerciale en connaissance de cause, ou à l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. **Consacrant cette solution, la Cour de cassation a retenu que la directive 2005-29 fait obligation au professionnel d'indiquer au consommateur le seul prix global du produit concerné et non le prix de chacun de ses éléments**²⁷⁸.

D. Ventes subordonnées illicites

122. Pratiques commerciales déloyales²⁷⁹.

Depuis l'entrée en vigueur de la directive 2005-29, une réglementation nationale ne peut plus adopter ou maintenir de dispositions posant une interdiction générale lorsque la pratique commerciale en cause ne relève pas de l'annexe I, qui dresse une liste limitative de trente et une pratiques déloyales per se. L'article L. 121-11 (ancien art. L. 122-1) du Code de la consommation, mis en conformité avec le texte européen par la loi 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification du droit, prévoit ainsi que les ventes ou prestations de services subordonnées ne sont interdites qu'à la condition que la "subordination constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 121-1 (ancien art. L. 120-1)"²⁸⁰.

Pour revêtir un caractère déloyal, une pratique commerciale doit réunir cumulativement les deux conditions posées à l'article L. 121-1 du Code de la consommation : être contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altérer, ou être 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. Lorsque la pratique commerciale n'est ni une pratique commerciale trompeuse définie aux articles L. 121-2 à L. 121-4 (anciens art. L. 121-1 et L. 121-1-1),

²⁷⁸ Cass. 1re civ., 29 mars 2017, LawLex17646.

²⁷⁹ STOFFEL-MUNCK, Vente d'ordinateur avec logiciels pré-installés : la loyauté de la pratique doit être vérifiée, *Communic. com. électr.* janvier 2011, n° 5 ; BAZIN, La vente d'un ordinateur prééquipé d'un logiciel d'exploitation sur un site Internet ne constitue pas une pratique commerciale déloyale lorsque la possibilité est offerte d'acquérir le même ordinateur dépourvu de tout logiciel sur un autre site lié, *JCP E*, 2012, 1531 ; LEGRAND, Vente d'ordinateurs "Plug and Play", *LPA* 15, 16 et 17 août 2012, 14 ; WILHELM et PRIoux, Retour sur le contentieux de la vente d'ordinateurs avec logiciels préinstallés, *Contrats Conc. Consom.* février 2012, étude 4 ; RAYMOND, Encore et toujours la vente d'ordinateurs avec logiciel préinstallé, *Contrats conc. consom.* novembre 2012, n° 268 ; BAZIN, Sur la loyauté de la vente d'un ordinateur pré-équipé de logiciels, *Communic. com. électr.* novembre 2014, étude n° 20 ; RAYMOND, La vente d'un ordinateur équipé de logiciels est-elle constitutive du délit de vente subordonnée ?, *Contrats Conc. Consom.* décembre 2015, n° 285 ; BAZIN, De la vente d'un ordinateur pré-équipé de logiciels, *Communic. Com. électr.* mai 2017, *Etudes*, n° 8.

²⁸⁰ V. Versailles, 22 janvier 2015, LawLex15124, *Communic. com. électr.* 2015, *Chron.* 7, 25, obs. FROSSARD et BOULET ; *Légipresse* 2015, 312, obs. ANDRIEU : les ventes liées ne sont désormais prohibées que si elles constituent une pratique commerciale déloyale telle que définie par les articles L. 120-1 et L. 121-1 du Code de la consommation.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

ni une pratique commerciale agressive²⁸¹ au sens des articles L. 121-6 et L. 121-7 (anciens art. L. 122-11 et L. 122-11-1), le contrôle de loyauté relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Se référant à l'arrêt VTB-VAB²⁸², la Haute juridiction²⁸³ a récemment rappelé qu'une analyse du caractère déloyal d'une pratique commerciale doit être nécessairement menée, au regard du contexte factuel de chaque espèce, à la lumière des critères énoncés aux articles 5 à 9 de la directive 2005-29, en présence d'une pratique non visée à l'annexe I de celle-ci. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a considéré que le fait pour l'opérateur historique des télécommunications, d'imposer aux amateurs de football de souscrire un abonnement à Internet auprès de sa filiale pour visionner la chaîne Orange Foot, ne constitue pas une pratique déloyale de vente liée, dès lors qu'elle n'est ni contraire aux exigences de la diligence professionnelle, ni susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen, en particulier parce qu'elle n'est ni trompeuse au sens des articles 6 et 7, ni agressive au sens des articles 8 et 9 de la directive²⁸⁴. Après avoir énoncé le principe selon lequel l'article L. 121-11 doit être appliqué dans le respect des critères de la directive 2005-29 du 11 mai 2005 pour qualifier le caractère déloyal d'une pratique²⁸⁵, la Cour de cassation a approuvé cette solution, estimant qu'une telle vente n'est pas déloyale dès lors que le consommateur se détermine de façon générale en considération des services associés à l'offre et, par conséquent, des capacités de différenciation des diverses offres concurrentes²⁸⁶.

L'appréciation du caractère déloyal de la vente liée donne lieu à des divergences jurisprudentielles en cas de vente d'ordinateurs avec logiciels préinstallés. Le Tribunal de grande instance de Bobigny a exclu

²⁸¹ V. not. Paris, 22 mars 2016, LawLex16668 et 7 décembre 2016, LawLex162104, sur l'offre globale de publication d'avis de décès sur Internet et sur format papier.

²⁸² CJCE, 23 avril 2009, VTB-VAB NV, Galatea BVBA c. Total Belgium NV, Sanoma Magazines Belgium NV, aff. C-261-07 ; C-299-07, LawLex091482, Gaz. Pal. 18/19 novembre 2009, 30, note GREFFE; Contrats conc. consom. juillet 2009, Etude 8, obs. WILHELM et FERCHICHE ; RLDA 2009, n° 2418, note GRALL et CAMILLERI; RTD com. 2009, 607, obs. BOULOC ; Contrats conc. consom. 2009, n° 183, obs. RAYMOND ; RLDA 2009, n° 2549, note PELLEGRINI et BERNADSKAYA ; D. 2009, Act. jur., 1273 ; Gaz. Pal. 19/20 février 2010, 23, obs. PHILIPPE et TRABUCCHI (sous la dir.) ; Europe 2009, n° 251, obs. MICHEL; RDC 2009, 1458, obs. AUBERT de VINCELLES; Contrats Conc. Consom. mars 2010, alerte 22, obs. RAZAVI et FALKMAN ; Gaz. Pal. 10/11 février 2010, 25, note PIEDELIÈVRE ; JCP E, 2009, Act., n° 222 ; RJDA 2009, n° 720 ; JDE, 2009, 171, note BUSSEUIL ; LPA 10 juin 2010, num. spéc. Cahier de droit de la consommation, 12, obs. Roque ; Gaz. Pal. 7-8 juillet 2010, num. spéc., 41, obs. NICOLLELA ; RDC 2010/1, 18, obs. ROCHFELD. V. aussi CJUE, 11 mars 2010, LawLex10290, RLDA 2010/48, n° 2829, obs. ANNADON ; Europe 2010, n° 182, obs. IDOT ; Commun. com. électr. 2010, n° 63, obs. CHAGNY ; Gaz. Pal. 8-9 octobre 2010, num. spéc., 16, obs. PHILIPPE et TRABUCCHI (sous la dir.); RTD eur. 46 (3), juill.-sept. 2010, 715, obs. AUBERT de VINCELLES.

²⁸³ Cass. civ. 1re, 17 juin 2015, LawLex15803.

²⁸⁴ Paris, 14 mai 2009, LawLex091726.

²⁸⁵ Cass. com., 13 juillet 2010, LawLex10838. - V. aussi Cass. civ. 1re, 15 novembre 2010, LawLex101240, rappelant que le fait que l'accord des parties se soit fait sur un type d'ordinateur complet et prêt à l'emploi et que le consommateur ait, une fois l'acquisition effectuée, la possibilité de se faire rembourser les marchandises dans leur globalité ne dispense pas le juge d'examiner la licéité de la vente d'ordinateurs pré-équipés au regard des conditions générales de loyauté fixées par la directive.

²⁸⁶ Cass. com., 13 juillet 2010, LawLex10838. - V. aussi Cass. civ. 1re, 15 novembre 2010, LawLex101240, rappelant que le fait que l'accord des parties se soit fait sur un type d'ordinateur complet et prêt à l'emploi et que le consommateur ait, une fois l'acquisition effectuée, la possibilité de se faire rembourser les marchandises dans leur globalité ne dispense pas le juge d'examiner la licéité de la vente d'ordinateurs pré-équipés au regard des conditions générales de loyauté fixées par la directive.



qu'une telle pratique soit trompeuse, agressive, ou susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement du consommateur moyen auquel elle s'adresse, dès lors que la preuve d'une demande forte et majoritaire de clients d'une grande surface généraliste en faveur de l'offre d'ordinateurs nus n'est pas établie, alors que les difficultés d'installation d'un logiciel acquis distinctement par un usager non particulièrement qualifié en matière de matériel informatique sont patentées²⁸⁷. Les juges versaillais ont considéré, au contraire, que la vente d'ordinateurs prééquipés de logiciels d'exploitation préinstallés, sans information suffisante sur la valeur des éléments composant l'ordinateur et notamment le prix du logiciel préinstallé, caractérise une omission trompeuse constitutive de pratique commerciale déloyale au sens de l'article 7 de la directive du 11 mai 2005, ainsi qu'un manquement du vendeur à l'exigence de diligence professionnelle posée par l'article 5 de la directive²⁸⁸. Saisie de la question, la Cour de cassation a tenté de mettre fin à cette opposition. Elle a, tout d'abord, souligné que la vente liée de l'ordinateur et de son logiciel d'exploitation n'est pas illicite dès lors qu'il n'est pas établi qu'une telle vente présente le caractère d'une pratique commerciale déloyale²⁸⁹. Elle a ensuite précisé que la vente couplée d'un ordinateur et de son logiciel d'exploitation, dans une surface commerciale ouverte au grand public, alors que l'ensemble se compose de deux éléments intrinsèquement distincts, constitue une pratique commerciale, qui n'est déloyale que si le consommateur est dans l'impossibilité d'acheter un ordinateur nu identique auprès du fabricant²⁹⁰. Puis, semblant revenir sur cette position, la Cour a considéré que la vente d'un ordinateur préinstallé constitue une pratique commerciale déloyale, même si le consommateur achète un ordinateur préinstallé en toute connaissance de cause²⁹¹. Finalement, pour lever le doute suscité par ces interprétations divergentes, la Cour de cassation a préféré interroger la Cour de justice à titre préjudiciel sur le caractère de pratique commerciale déloyale de l'offre conjointe d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés lorsque le fabricant ne précise pas le coût de chacun des éléments qui la composent, ne laisse pas d'autre choix au consommateur que d'accepter les logiciels ou d'obtenir la révocation de la vente ou ne propose pas d'ordinateurs non équipés de logiciels²⁹². **La Cour de justice a tranché : la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés ne constitue pas, en soi, une pratique commerciale déloyale. En outre, l'absence d'indication du prix de chacun de ces logiciels ne caractérise pas non plus une pratique**

²⁸⁷ TGI Bobigny, 15 mai 2009, LawLex121344.

²⁸⁸ Versailles, 5 mai 2011, LawLex111021.

²⁸⁹ Cass. civ. 1re, 12 juillet 2012, LawLex121320 ; 20 décembre 2012, LawLex135 ; Paris, 5 juin 2014, LawLex142053.

²⁹⁰ Cass. civ. 1re, 5 février 2014, LawLex14181, LPA 28 février 2014, 7, obs. LEGRAND ; *Communic. com. électr.* 2014, n° 27, obs. LOISEAU ; JCP E, 2014, n° 1146, obs. DUPONT ; JCP G, 2014, n° 427, obs. AUBERT de VINCELLES ; *Contrats Conc. Consom.* 2014, n° 145, obs. RAYMOND ; D. 2014, 1300, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RLDA 2014, n° 5205, obs. FORTI ; LPA 3-4 septembre 2014, 6, obs. JAKOULOFF ; D. 2015, 2223, obs. LE STANC.

²⁹¹ Cass. civ. 1re, 4 juin 2014, LawLex14747, *Contrats Conc. Consom.* 2014, n° 234, obs. RAYMOND ; *Communic. com. électr.* 2015, *Chron.* 7, 25, obs. FROSSARD et BOULET.

²⁹² Cass. civ. 1re, 17 juin 2015, LawLex15803.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

commerciale trompeuse dès lors que le prix des éléments ne représente pas une information substantielle de nature à empêcher le consommateur de prendre une décision commerciale en connaissance de cause, ou à l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement²⁹³.

²⁹³ CJUE, 7 septembre 2016, Deroo-Blanquart c. Sony Europe Limited, aff. C-310-15, LawLex161380, JCP E 2016, 1538, obs. BAZIN ; *Communic. comm. électr.* 2016, n° 81, obs. LOISEAU ; *Contrats Conc. Consom.* 2016, n° 243, obs. BERNHEIM-DESVAUX ; JCP E 2016, 2087, obs. HUET ; *Europe* 216, n° 423, obs. BOUVERESSE ; AJCA 2016, 484, obs. AUBRY. La Haute juridiction s'est alignée sur cette solution, V.ans la même affaire, V. Cass. civ. 1re, 14 décembre 2016, LawLex162055, AJCA 2017, 81, obs. LEGRAND. V. aussi Cass. com., 29 mars 2017, LawLex17698.



Chapitre 3 Pratiques commerciales réglementées

Section 1 Publicité comparative

I. Droit de l'Union

B. Conditions de licéité

161. Absence de caractère trompeur.

En vertu de l'article 4, a), de la directive 2006-114, une publicité comparative ne doit pas être trompeuse. Le caractère trompeur s'apprécie au regard des articles 2, point b)²⁹⁴, 3²⁹⁵ et 8, paragraphe 1²⁹⁶, de la

²⁹⁴ Ce texte définit la "publicité trompeuse" comme toute publicité qui, d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent.

²⁹⁵ Selon l'art. 3, "pour déterminer si une publicité est trompeuse, il est tenu compte de tous ses éléments et notamment de ses indications concernant : a) les caractéristiques des biens ou services, telles que leur disponibilité, leur nature, leur exécution, leur composition, le mode et la date de fabrication ou de prestation, leur caractère approprié, leurs utilisations, leur quantité, leurs spécifications, leur origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentiels des tests ou contrôles effectués sur les biens ou les services ; b) le prix ou son mode d'établissement et les conditions de fourniture des biens ou de prestation des services ; c) la nature, les qualités et les droits de l'annonceur, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les prix qu'il a reçus ou ses distinctions.

²⁹⁶ Aux termes duquel "la présente directive ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption par les États membres de dispositions visant à assurer, en matière de publicité trompeuse, une protection plus étendue des professionnels et des concurrents".



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

directive 2006/114 et les articles 6²⁹⁷ et 7²⁹⁸ de la directive 2005/29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales.

Une apparente contradiction dans les termes de la directive a soulevé des difficultés d'interprétation. En effet, le texte dispose que pour être licite, la publicité comparative ne doit pas être trompeuse, et renvoie à la définition posée par l'article 3, mais semble exclure, en son article 8, paragraphe 2, l'application du régime de la publicité trompeuse "pour autant que la comparaison est concernée". Interrogée, la Cour de justice a précisé qu'en matière de publicité comparative, seule est exclue la faculté pour les États membres de prévoir une réglementation plus stricte que celle édictée par la directive. Selon le juge de

²⁹⁷ Ce texte, relatif aux actions trompeuses, précise qu' "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; b) les caractéristiques principales du produit, telles que sa disponibilité, ses avantages, les risques qu'il présente, son exécution, sa composition, ses accessoires, le service après-vente et le traitement des réclamations, le mode et la date de fabrication ou de prestation, sa livraison, son aptitude à l'usage, son utilisation, sa quantité, ses spécifications, son origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent être attendus de son utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentielles des tests ou contrôles effectués sur le produit; c) l'étendue des engagements du professionnel, la motivation de la pratique commerciale et la nature du processus de vente, ainsi que toute affirmation ou tout symbole faisant croire que le professionnel ou le produit bénéficie d'un parrainage ou d'un appui direct ou indirect; d) le prix ou le mode de calcul du prix, ou l'existence d'un avantage spécifique quant au prix; e) la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation; f) la nature, les qualités et les droits du professionnel ou de son représentant, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications, son statut, son agrément, son affiliation ou ses liens et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les récompenses et distinctions qu'il a reçues; g) les droits du consommateur, en particulier le droit de remplacement ou de remboursement selon les dispositions de la directive 1999-44-CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (1), ou les risques qu'il peut encourir". Par ailleurs, "une pratique commerciale est également réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, et qu'elle implique: a) toute activité de marketing concernant un produit, y compris la publicité comparative, créant une confusion avec un autre produit, marque, nom commercial ou autre signe distinctif d'un concurrent; b) le non-respect par le professionnel d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors: i) que ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables, et ii) que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code".

²⁹⁸ Cet article, relatif aux omissions trompeuses, précise qu' "Une pratique commerciale est réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement". Une pratique commerciale est également considérée comme une omission trompeuse "lorsqu'un professionnel, compte tenu des aspects mentionnés au paragraphe 1, dissimule une information substantielle visée audit paragraphe ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, ou lorsqu'il n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte et lorsque, dans l'un ou l'autre cas, le consommateur moyen est ainsi amené ou est susceptible d'être amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement". Lorsque le moyen de communication utilisé aux fins de la pratique commerciale "impose des limites d'espace ou de temps, il convient, en vue de déterminer si des informations ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens". "Lors d'une invitation à l'achat, sont considérées comme substantielles, dès lors qu'elles ne ressortent pas déjà du contexte, les informations suivantes: a) les caractéristiques principales du produit, dans la mesure appropriée eu égard au moyen de communication utilisé et au produit concerné; b) l'adresse géographique et l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale et, le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité du professionnel pour le compte duquel il agit; c) le prix toutes taxes comprises, ou, lorsque la nature du produit signifie que le prix ne peut raisonnablement pas être calculé à l'avance, la manière dont le prix est calculé, ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, ou, lorsque ces coûts ne peuvent raisonnablement pas être calculés à l'avance, la mention que ces coûts peuvent être à la charge du consommateur; d) les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, si elles diffèrent des conditions de la diligence professionnelle; e) pour les produits et transactions impliquant un droit de rétractation ou d'annulation, l'existence d'un tel droit". Enfin, "les informations qui sont prévues par le droit communautaire et qui sont relatives aux communications commerciales, y compris la publicité ou le marketing, et dont une liste non exhaustive figure à l'annexe II, sont réputées substantielles".



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

l'Union, l'harmonisation réalisée en ce domaine est maximale. Ainsi, l'auteur d'une publicité comparative ne peut se voir opposer que les critères de la publicité trompeuse tels que définis par la directive, et non ceux édictés par les législations nationales²⁹⁹. La Cour a également souligné dans cette affaire que dans les cas où la marque des produits peut conditionner d'une façon sensible le choix de l'acheteur et où la comparaison concerne des produits concurrents dont les marques respectives présentent une importante différence en termes de notoriété, le fait d'omettre la marque la plus renommée peut rendre la publicité trompeuse.

La publicité qui compare le niveau général des prix pratiqués par différentes chaînes de magasins de détail et qui donne l'impression que l'annonceur est généralement moins cher que ses concurrents est-elle trompeuse du seul fait que le niveau de prix invoqué résulte d'une extrapolation effectuée à partir d'un simple échantillon de produits ? Selon la Cour de justice, une telle publicité doit, pour éviter de présenter un caractère trompeur, respecter trois conditions cumulatives³⁰⁰ : i) ne pas faire apparaître que la comparaison a été effectuée sur l'ensemble des produits de l'annonceur et de ses concurrents alors qu'elle repose sur un échantillon³⁰¹ ; ii) identifier les éléments de la comparaison ou renseigner le destinataire sur la source d'information auprès de laquelle une telle identification est accessible ; iii) ne pas comporter de référence collective à une fourchette d'économies pouvant être réalisées par le consommateur qui effectue ses achats auprès de l'annonceur plutôt qu'auprès de ses concurrents sans individualiser le niveau général des prix pratiqués, respectivement, par chacun desdits concurrents et le montant des économies susceptibles d'être réalisées en effectuant ses achats auprès de l'annonceur plutôt que de chacun d'entre eux. La Cour a, par la suite, ajouté que (iv) l'annonceur ne doit pas avoir sélectionné des produits qui présentent des différences objectives de nature à conditionner de manière sensible le choix du consommateur³⁰². En effet selon elle, à défaut de faire apparaître ces différences, une publicité effectuée sous l'angle exclusif du prix est susceptible d'être perçue par le consommateur moyen comme comportant implicitement l'affirmation de l'existence d'une équivalence entre les autres caractéristiques des produits en cause qui sont également de nature à exercer une influence sensible sur le choix du consommateur³⁰³. Celui-ci peut ainsi être induit en erreur quant aux raisons qui permettent

²⁹⁹ CJCE, 8 avril 2003, Pippig Augenohtik GmbH & Co. KG, aff. C-44-01, LawLex031196, Gaz. Pal. 23/25 novembre 2003, 30, obs. BIOLAY ; JCP G, 2004, I, 111, n° 9, obs. RUEDA ; RJDA 2003, n° 787.

³⁰⁰ CJCE, 19 septembre 2006, Lidl Belgium, aff. C-356-04, LawLex061866, Contrats Conc. Consom. 2006, n° 240, obs. RAYMOND ; RJDA 2006, n° 1277 ; Gaz. Pal. 6/10 mai 2007, obs. BILLE ; Légipresse novembre 2006, 203 et juin 2007, 83, obs. ANDRIEU.

³⁰¹ V. aussi CJUE, 18 novembre 2010, Lidl SNC, aff. C-159-09, LawLex101252, Europe 2011, n° 31, obs. RIGAUX ; Contrats Conc. Consom. 2011, n° 61, obs. MALAURIE-VIGNAL.

³⁰² CJUE, 18 novembre 2010, préc.

³⁰³ Tel pourrait être le cas des composants du produit ou de son mode ou lieu de fabrication.



d'expliquer l'écart de prix vanté et quant à l'avantage financier réellement susceptible d'être obtenu en faisant ses achats auprès de l'annonceur plutôt qu'auprès d'un concurrent déterminé.

Par ailleurs, selon la Cour, présente un caractère trompeur au sens de l'article 4, sous a), de la directive 2006-114, la publicité qui n'informe pas le consommateur que l'annonceur a comparé les prix pratiqués par les magasins de tailles ou de formats supérieurs de son enseigne à ceux relevés dans des magasins de tailles ou de formats inférieurs de ses concurrents, alors que tous possèdent des gammes de magasins de tailles et de formats différents³⁰⁴. En effet, selon le juge européen, une telle information présente un caractère substantiel au sens de l'article 7 de la directive 2005-29 du 11 mai 2005.

III. Conditions de licéité

A. Objet de la comparaison

1° Produits comparés

174. Biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif.

L'article L. 122-1 (ancien art. L. 121-8) du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi du 18 janvier 1992³⁰⁵, exigeait que la comparaison porte sur des produits de même nature et, lorsqu'elle concernait les prix, sur des produits identiques. La jurisprudence interprétait strictement cette disposition³⁰⁶ et exigeait que les produits soient identiques quant à leur marque, leur conditionnement, leur contexture, leur volume, leur taille ou leur couleur³⁰⁷, bien que certains assouplissements aient été observés dans le domaine des services³⁰⁸, ou des médicaments³⁰⁹.

³⁰⁴ CJUE, 8 février 2017, Carrefour Hypermarchés SAS c. ITM Alimentaire International SASU, aff. C-562-15, LawLex17275, Gaz. Pal. 4 avril 2017, 17, obs. PIEDELIEVRE ; RLDA 2017, n° 6192, obs. DARY et TITONE ; Europe 2017, n° 156, obs. RIGAUX ; Contrats Conc. Consom. 2017, n° 90, obs. BERNHEIM-DESSAUX ; D. 2018, 586, obs. POILLOT ; RJDA 2017, n° 292.

³⁰⁵ Art. L. 122-1, rédac. L. 18 janvier 1992 : "La publicité qui met en comparaison des biens ou services (...) doit être limitée à une comparaison objective qui ne peut porter que sur des caractéristiques essentielles, significatives, pertinentes et vérifiables de biens ou services de même nature et disponibles sur le marché. Lorsque la comparaison porte sur les prix, elle doit concerner des produits identiques vendus dans les mêmes conditions et indiquer la durée pendant laquelle sont maintenus les prix mentionnés comme siens par l'annonceur (...)"

³⁰⁶ TGI Paris, 18 janvier 1989, LawLex031364, JCP G, 1989, II, 21312, note HEIDSIECK, qui voit dans le fioul et l'électricité ou le gaz deux produits non identiques même s'ils ont une finalité similaire ; TGI Paris, 18 novembre 1992, LawLex021686, RJDA 1993, n° 73 ; Gaz. Pal. 1993, 1, 265, note MASSONI, qui déclare illicite la comparaison entre le coût du chauffage au gaz et à la vapeur car les produits ne sont pas vendus dans les mêmes conditions et ne sont donc pas identiques ; Metz, 10 mai 1995, LawLex031357, exigeant que les produits soient de même marque et de même origine ; Paris, 8 décembre 1999, LawLex031336 : ne sont pas de même nature deux modèles de tailleurs similaires mais dont l'un porte la marque d'une grande maison de couture, alors que l'autre provient d'une chaîne de grande diffusion ; Versailles, 27 juin 2002, LawLex03979 et 30 avril 2004, LawLex054416, exigeant une stricte identité des produits dont les prix sont comparés.

³⁰⁷ Cass. crim., 22 décembre 1986, LawLex032643.

³⁰⁸ Paris, 5 avril 1993, LawLex032871, Contrats Conc. Consom. 1993, n° 169, obs. RAYMOND ; RJ com. 1994, 208 et D. 1994, Somm., 282, obs. HASSLER, à propos d'une publicité comparative comparant des taux d'audience radiophonique sur la base d'une enquête médiamétrie.

³⁰⁹ T. com. Nanterre, 21 avril 1997, LawLex031350, estimant que la condition d'identité absolue n'était pas possible lorsque les annonceurs sont non des distributeurs, mais des fabricants ; 19 décembre 1997, LawLex031345, prenant appui sur une recommandation de l'Agence du



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

L'ordonnance 2001-741 du 23 août 2001, qui a transposé la directive 97-55 du 6 octobre 1997 en droit interne, a modifié le texte français. En effet, la directive 97-55, d'harmonisation maximale, se contentait d'exiger que la comparaison porte sur des biens ou services "répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif"³¹⁰. L'article L. 121-8 (devenu l'art. L. 122-1) issu de l'ordonnance de 2001 se conforme à cette rédaction, qui élargit de manière significative le champ d'application de la réglementation, même si le texte exige toujours une certaine substituabilité entre les produits ou services comparés.

Ainsi, le régime de la publicité comparative a été jugé applicable à une publicité qui compare des produits de consommation courante répondant aux mêmes besoins : se nourrir, se laver, nettoyer³¹¹, ou s'ils ne répondent pas exactement aux mêmes besoins, lorsque leurs différences ne sont pas perceptibles par le consommateur moyen³¹². Les différences de qualité gustatives des produits comparés, liées à la diversité de leur origine, sont indifférentes³¹³. En effet, une publicité comparative ne peut être critiquée sur le fondement de préférences subjectives, variables d'un consommateur à l'autre³¹⁴. **Lorsque la publicité concerne des services, ils doivent également répondre aux mêmes besoins que ceux auxquels ils sont comparés : tel est le cas des services publicitaires que peut rendre un groupement de radios indépendantes qui se compare à de grandes stations nationales**³¹⁵. Par ailleurs, les produits comparés n'ayant pas à être rigoureusement identiques, le fait que leurs codes-barres diffèrent n'affecte en rien la licéité de la publicité³¹⁶.

A l'inverse, a été déclarée illicite la comparaison entre deux offres d'abonnement à Internet, dès lors qu'elles n'étaient pas commercialisées dans les mêmes conditions, l'une étant subordonnée à la souscription d'un abonnement d'une durée minimale de douze mois, tandis que l'autre n'exigeait qu'une durée minimum de trois mois³¹⁷. De même, un opérateur de téléphonie mobile ne peut comparer son offre low cost avec les forfaits hauts de gamme de ses concurrents, dès lors que les services proposés ne

médicament, admettant que la publicité comparative est possible pour des produits de classes chimiques différentes mais à même visée thérapeutique.

³¹⁰ La directive 2006-114 du 12 décembre 2006 reprend cette exigence l'article 4, b).

³¹¹ Poitiers, 16 juin 2006, LawLex071075. - V. égal., Paris, 26 septembre 2017, LawLex171540, estimant que la comparaison entre des gourdes filtrantes et des bouteilles d'eau minérale est conforme aux prescriptions de l'article L. 122-1 du Code de la consommation dès lors qu'elle porte sur des produits qui répondent au même besoin, s'hydrater en buvant de l'eau.

³¹² Paris, 4 décembre 2002, LawLex031289.

³¹³ Rennes, 27 mai 2008, LawLex121008. - Contra : Lyon, 5 mars 2009, LawLex121193, retenant que ne peuvent être considérés comme répondant aux mêmes besoins ou au même objectif, en raison de leur composition et de leurs qualités nutritionnelles, ou gustatives, sensiblement sinon largement différentes, une confiture contenant 50 % de fruits et une autre 35 % de fruits ; Nancy, 21 novembre 2012, LawLex13598 : la comparaison de produits alimentaires suppose leur substituabilité, laquelle s'apprécie en fonction de la recherche par le consommateur de sensations gustatives essentiellement déterminées par la composition du produit.

³¹⁴ Montpellier, 3 mai 2016, LawLex16922.

³¹⁵ Paris, 20 septembre 2016, LawLex161567.

³¹⁶ Caen, 11 juin 2015, LawLex15804.

³¹⁷ T. com. Paris, 15 janvier 2002, LawLex020513.



sont pas comparables³¹⁸. Une publicité ne peut pas davantage comparer la diffusion d'une brochure publicitaire à celle de magazines périodiques³¹⁹ ou des caddies d'enseignes distinctes dont le contenu n'est pas interchangeable en termes de caractéristiques ou de composition³²⁰. La vente du même produit en conditionnement de 200 ou 500 g ne répond pas aux mêmes besoins, dès lors que le second format correspond aux familles et le premier à d'autres consommateurs, moins nombreux³²¹. Plus généralement, la publicité qui compare des produits désignés par leur seule catégorie sans indiquer ni leur qualité, ni leurs caractéristiques ne permet pas de vérifier si elle porte sur des biens répondant aux mêmes besoins³²².

2° Caractéristiques comparées

179. Caractéristiques vérifiables.

Pour être licite, la comparaison doit reposer sur des éléments vérifiables. Si l'annonceur est libre de choisir les paramètres de comparaison qui lui sont les plus favorables, encore faut-il que les données sur lesquelles se fonde la comparaison soient exactes et vérifiables³²³. Le destinataire de la publicité doit être en mesure de s'assurer de l'exactitude de ses assertions. La comparaison n'est pas vérifiable lorsqu'elle se réfère à des opinions ou des appréciations subjectives. Le caractère invérifiable des allégations mentionnées les rend immanquablement suspectes³²⁴. Si une publicité comparative reprend les résultats d'une étude de marché pour comparer l'activité du commanditaire avec celle de ses concurrents ou les performances de ses produits, il importe que le destinataire soit informé avec précision des méthodes retenues par cette étude. Tel n'est pas le cas d'une publicité qui ne ferait aucune mention des personnes sondées, ni du mode de sondage effectué³²⁵. **De même, l'enseigne qui s'appuie sur l'enquête menée par une association de consommateurs pour réaliser une publicité comparative doit permettre au consommateur de vérifier les relevés de prix effectués, la liste des magasins concernés et des produits comparés ainsi que la méthodologie adoptée par l'association autrement qu'en renvoyant au site de cette**

³¹⁸ Saint-Denis de la Réunion, 6 mai 2015, LawLex151112. -V. déjà, T. com. Paris, 16 mai 2007, LawLex07599 : absence de caractère comparable de services de téléphonie, dont l'un proposait des services dissociables alors que l'autre proposait un service global.

³¹⁹ TGI Paris, 31 mai 2006, LawLex061994.

³²⁰ Caen, 26 septembre 2013, LawLex131454.

³²¹ Bordeaux, 21 septembre 2015, LawLex151162.

³²² Bourges, 10 janvier 2013, LawLex13158. -V. aussi, Lyon, 5 juin 2008, LawLex091221.

³²³ T. com. Paris, 7 juin 2006, LawLex061372, Légipresse juin 2007, 83, obs. ANDRIEU ; Rev. Lamy dr. immat. 2006, n° 650, obs. POURDIEU ; Communic. Com. électr. 2007, n° 28, obs. DEBET ; Gaz. Pal. 18/19 octobre 2006, 34, obs. AVIGNON ; Paris, 18 juin 2008, LawLex20081070.

³²⁴ T. com. Paris, 3 octobre 1995, LawLex021423, publicité fondée sur des appréciations individuelles de professionnels interrogés dans des conditions inconnues et invérifiables ; TGI Pointe-à-Pitre, 7 janvier 1998, LawLex031827, retenant qu'une comparaison fondée sur des appréciations subjectives n'est pas vérifiable.

³²⁵ T. com. Paris, 16 mai 1995, LawLex021453, Contrats Conc. Consom. 1995, n° 214, obs. RAYMOND, approuvé par Paris, 22 octobre 1997, LawLex021209, D. aff. 1997, 1458.



dernière, dont l'accès est réservé aux abonnés³²⁶. Lorsque la comparaison porte sur le taux d'audience de plusieurs stations de radio, le juge qui retient que les données des études de mesure d'audience sont par essence volatiles, doit rechercher si la comparaison portant sur ces données est pertinente et vérifiable³²⁷.

Si le prix est assimilé à une caractéristique essentielle, pertinente et représentative, les comparaisons chiffrées n'en doivent pas moins être vérifiables. Ainsi, n'est pas conforme à l'article L. 122-1 (ancien art. L. 121-8) du Code de la consommation une publicité qui fait état d'un écart de prix de 391 % entre deux opérateurs aériens sans indiquer la manière dont l'annonceur a obtenu ce pourcentage³²⁸. La pratique dite des "caddies comparatifs" n'échappe pas à la règle. Cette forme de comparaison, très prisée des entreprises de la grande distribution, consiste à comparer le coût d'un caddie rempli de produits de consommation courante avec le coût du même caddie rempli chez le concurrent³²⁹. La Cour de cassation exige une description exhaustive des caractéristiques des produits composant l'assortiment³³⁰, notamment de leur conditionnement³³¹. Le consommateur doit pouvoir connaître les caractéristiques propres à justifier les différences de prix³³² sans pour autant que l'annonceur soit tenu d'exposer les paramètres de détermination de son prix³³³. La production de tickets de caisse peut constituer un moyen de rendre le message vérifiable³³⁴, à condition de ne pas dissimuler un ajustement provisoire de certains prix pour les besoins de la cause³³⁵, de ne pas être rédigés avec des mentions abrégées ne permettant pas d'identifier clairement les produits comparés³³⁶, de ne pas être illisibles³³⁷, ou de ne pas avoir été imprimés dans des conditions inconnues³³⁸. La condition de vérifiabilité n'est pas remplie lorsque les produits comparés sur les tickets de caisse affichés ne figurent pas dans les caddies en exposition³³⁹, qu'un

³²⁶ Paris, 18 octobre 2017, LawLex171700.

³²⁷ Cass. com., 28 avril 2004, LawLex041185.

³²⁸ T. com. Paris, 12 mai 2006, LawLex062371, *Légipresse* juin 2007, 84, obs. ANDRIEU. - V. aussi, Paris, 18 février 2009, LawLex091830, retenant qu'une comparaison objective suppose que le consommateur puisse avoir connaissance des caractéristiques propres à justifier ou à expliquer les différences de prix, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il est dissimulé que le concurrent propose des services supplémentaires que l'annonceur n'offre pas.

³²⁹ L'échantillonnage peut aussi prendre la forme d'un tableau comparatif.

³³⁰ Cass. crim., 4 mars 2008, LawLex08448 ; 9 mai 2007, LawLex07704, *Contrats Conc. Consom.* 2007, n° 314, obs. RAYMOND ; D. 2007, Jur., 2144, obs. ARCELIN ; Cass. com., 31 octobre 2006, LawLex062298, RJDA 2007, n° 415 ; *Contrats Conc. Consom.* 2007, n° 32, obs. MALAURIE-VIGNAL ; *Concurrences* 1/2007, 108, obs. FASQUELLE, approuvant Riom, 20 octobre 2004, LawLex062478, qui exclut toute description générique des produits sans autre précision sur les qualités ou les marques ; Nancy, 21 novembre 2012, LawLex13598 ; Dijon, 26 mars 2009, LawLex12726 ; Cass. com., 2 février 2010, LawLex10144.

³³¹ Bourges, 10 janvier 2013, LawLex13158.

³³² Cass. com., 31 octobre 2006, préc. ; T. com. Paris, 19 février 2010, LawLex12369, concernant le tableau qui compare les prix de machines à expresso et de leurs capsules ; TGI Colmar, 9 février 2012, LawLex12492.

³³³ Paris, 3 septembre 2014, LawLex14860.

³³⁴ T. com. Paris, 28 septembre 2010, LawLex121223.

³³⁵ Cass. com., 31 octobre 2006, préc. ; Orléans, 10 juillet 2008, LawLex121018.

³³⁶ Pau, 15 juin 2006, LawLex062471.

³³⁷ Montpellier, 12 mai 2015, LawLex15655.

³³⁸ Versailles, 29 janvier 2009, LawLex121019

³³⁹ Bordeaux, 12 mars 2013, LawLex13385.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

amalgame est réalisé entre les produits et les prix de deux concurrents³⁴⁰ ou que le nombre de produits comparés est approximatif³⁴¹. La comparaison n'est pas davantage vérifiable lorsque les caddies sont présentés sur une estrade inaccessible au consommateur³⁴², recouverts d'un film plastifié³⁴³, ou fermés par un cadenas³⁴⁴. La publicité doit également individualiser le magasin dont les prix ont été relevés³⁴⁵. Une publicité comparative n'encourt aucune critique lorsque les éléments et la méthode de comparaison sont accessibles aux consommateurs sur Internet et dans un "book magasin" mis à la disposition de toute personne qui en fait la demande³⁴⁶.

La publicité est également difficilement vérifiable lorsque l'annonceur emploie des méthodes complexes de comparaison, telle la méthode indiciaire. Une telle méthode a, dans un premier temps, été condamnée, en raison de sa complexité et parce qu'elle ne permet pas aux consommateurs de vérifier l'identité des produits dont les prix sont comparés³⁴⁷. Les juges français semblent avoir assoupli leur position sous l'influence du droit de l'Union qui, reconnaissant la licéité des comparaisons portant sur le niveau général des prix ou sur le montant des économies réalisables par le consommateur, pose désormais en principe que la condition de vérifiabilité n'implique pas que l'exactitude des caractéristiques comparées doive être vérifiée par le destinataire de la publicité en personne³⁴⁸ : il suffit que les éléments permettant la vérification soient accessibles au consommateur afin qu'il puisse procéder lui-même à la vérification souhaitée ou s'adresser à un tiers plus compétent, s'il n'est pas en mesure d'appréhender les informations lui-même. Cette solution a été consacrée par les juridictions françaises dans une affaire

³⁴⁰ Rennes, 24 février 2009, LawLex121037, publicité présentant les produits de deux enseignes concurrentes dans un même chariot.

³⁴¹ Toulouse, 14 mai 2013, LawLex13848.

³⁴² Pau, 15 juin 2006, préc. ; Caen, 29 septembre 2013, LawLex131454.

³⁴³ Cass. crim., 4 mars 2008, précité.

³⁴⁴ Nîmes, 5 mars 2009, LawLex121036.

³⁴⁵ Poitiers, 12 juin 2012, LawLex12995.

³⁴⁶ Paris, 12 décembre 2013, LawLex131810. La décision précise également qu'il ne peut être imposé à l'annonceur de conditions plus strictes que celles qui figurent dans la directive 2006-114, telle que la nécessité de produire, parmi les éléments mis à la disposition du public, les constats d'huissier qui attestent des relevés de prix effectués. - V. égal. Douai, 29 janvier 2015, LawLex15282 : les indications contenues dans un prospectus comparatif sont vérifiables lorsque l'annonceur renvoie le consommateur, pour les détails de l'offre, les références et les prix concernés, à un site Internet dédié ; Colmar, 9 mars 2016, LawLex16656, publicité précisant très clairement que la liste des produits comparés est disponible à l'accueil du magasin, sous forme de tableau répertoriant de manière précise et détaillée leur marque, leur quantité, leur poids, et le cas échéant, leur conditionnement.

³⁴⁷ Aix-en-Provence, 20 mars 1997, LawLex031351, RJDA 1997, n° 1559 ; D. Aff. 1997, 789, approuvant T. com. Salon-de-Provence, 21 avril 1993, LawLex031359, Gaz. Pal. 1993, 2, 478, obs. MASSONI, déclarant illicite une publicité présentant sous forme d'indices les seuls prix pratiqués au cours du trimestre précédent ; Besançon, 11 juin 2014, LawLex142192.

³⁴⁸ CJCE, 19 septembre 2006, Lidl Belgium, aff. C-356-04, LawLex061866, Contrats Conc. Consom. 2006, n° 240, obs. RAYMOND ; RJDA 2006, n° 1277 ; Gaz. Pal. 6/10 mai 2007, obs. BILLE ; Légipresse novembre 2006, 203 et juin 2007, 83, obs. ANDRIEU, pts 71 à 73 : dans l'hypothèse où les caractéristiques comparées ne figurent pas dans le corps du message, l'annonceur doit, pour satisfaire à la condition de vérifiabilité, indiquer, notamment à l'adresse des destinataires du message, où et comment ceux-ci peuvent aisément prendre connaissance de ces éléments aux fins de vérifier ou, s'ils ne disposent pas de la compétence requise à cette fin, d'en faire vérifier l'exactitude ainsi que celle de la caractéristique en cause ; CJUE, 18 novembre 2010, Lidl SNC, aff. C-159-09, LawLex101252, Europe 2011, n° 31, obs. RIGAUX ; Contrats Conc. Consom. 2011, n° 61, obs. MALAURIE-VIGNAL, qui estime que la condition de vérifiabilité exige, s'agissant d'une publicité qui compare les prix de deux assortiments de biens, que les biens en question puissent être identifiés sur la base des informations contenues dans la publicité.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

relative à un site comparateur de prix mis en ligne par une entreprise de la grande distribution. Le site ne comparait pas directement les prix mais des indices, les résultats des relevés de prix étant publiés sous la forme d'écarts indiciels en pourcentage : les produits étaient présentés comme x % moins chers que ceux d'une autre grande surface. Alors que l'impossibilité de vérifier les informations diffusées avait entraîné la fermeture d'une première version du site³⁴⁹, une deuxième mouture du site a été déclarée conforme à l'article L. 122-1 du Code de la consommation. Le comparateur présentait une information complète et accessible sur la méthodologie de la comparaison : les produits, en nombre suffisant, étaient identifiés de même que les périodes de relevé des prix, les sociétés sélectionnées pour effectuer la comparaison, le nombre et les enseignes visitées avec leurs lieux d'implantation et leur superficie, les consommateurs disposant en outre d'un accès à une "foire aux questions" claire et précise³⁵⁰. Il s'ensuit qu'un annonceur peut recourir à la méthode statistique des quotas, dès lors que les méthodes de définition des calculs et des quotas sont clairement exposées sur le site et que le consommateur a la faculté de s'adresser à un tiers plus compétent s'il n'est pas en mesure de comprendre les informations³⁵¹.

B. Caractères de la publicité

1° Absence de caractère trompeur

181. Allégations trompeuses.

Aux termes de l'article L. 122-1, 1° (ancien art. L. 121-8, 1°) du Code de la consommation, la publicité ne doit pas être trompeuse ou de nature à induire en erreur. Comme en matière de pratiques commerciales trompeuses, l'incrimination peut être réalisée par voie d'allégations fausses ou de nature à induire en erreur.

Ainsi, un annonceur ne peut, en se fondant sur une étude réalisée auprès de professionnels, tenter de persuader les consommateurs de l'efficacité comparable de médicaments en contradiction avec l'avis de la Commission³⁵², se prévaloir, injustement, de la complète compatibilité de ses cartouches d'encre avec les copieurs d'une grande marque³⁵³, ou prétendre faussement que, comme celui de son concurrent, son

³⁴⁹ T. com. Paris, 7 juin 2006, LawLex061372, Légipresse juin 2007, 83, obs. ANDRIEU ; Rev. Lamy dr. immat. 2006, n° 650, obs. POURDIEU ; Commun. Com. électr. 2007, n° 28, obs. DEBET ; Gaz. Pal. 18/19 octobre 2006, 34, obs. AVIGNON.

³⁵⁰ T. com. Paris, 29 mars 2007, LawLex07409, Commun. Com. électr. 2007, n° 95, obs. DEBET ; Rev. Lamy dr. immat. 2007, n° 952, obs. GRYNBAUM ; Légipresse juin 2007, 83, obs. ANDRIEU.

³⁵¹ En l'occurrence, la publicité est déclarée licite, même si certaines zones de chalandises ont été exclues de l'étude ou si le choix des produits a été opéré en fonction de leur présence en magasin et non de l'importance du chiffre d'affaire généré. Solution confirmée par Paris, 18 juin 2008, préc., qui rappelle que, conformément aux textes communautaires, les conditions de validité de la publicité comparative s'apprécient dans le sens le plus favorable à celle-ci.

³⁵² Versailles, 23 mars 2011, LawLex121046 ; 25 mai 2011, LawLex121035.

³⁵³ TGI Paris, 13 juillet 2006, LawLex07598.



parking est surveillé et est le moins cher³⁵⁴. Cependant, l'éditeur, qui, pour promouvoir son magazine auprès des annonceurs, se prévaut des résultats d'une enquête le classant premier en termes de "notoriété spontanée", alors que le critère "top of mind" pourrait être plus pertinent, ne se rend pas coupable de publicité comparative trompeuse dès lors que son message s'adresse à des professionnels de la publicité coutumiers de ce type de pratiques et capables de vérifier ces allégations³⁵⁵.

Lorsque la comparaison porte sur le prix, les publicités ne doivent pas imputer au concurrent un prix de vente beaucoup plus élevé qu'il ne l'est en réalité³⁵⁶, ou attribuer à l'annonceur des prix de vente moins élevés qu'ils ne le sont en rayon³⁵⁷. Le fait que la fausseté d'un message publicitaire repose sur une erreur de calcul ne retire pas son caractère trompeur à l'annonce³⁵⁸. Sont également trompeuses la publicité qui présente les prix comparés comme des prix uniques pratiqués uniformément dans l'ensemble des points de vente en cause alors qu'il s'agit de prix moyens³⁵⁹, celle qui affirme comparer le prix de 150 produits alors qu'elle n'a en réalité porté que sur 127 d'entre eux³⁶⁰ ou celle qui laisse entendre que l'annonceur pratique de manière générale des prix moins élevés que ses concurrents sur les produits de grandes marques alors qu'il ne compare que deux produits sous marque de distributeur³⁶¹. Enfin, une enseigne ne peut, dans une publicité comparative, affirmer que le crédit porté sur ses cartes de fidélité est utilisable lorsque le client le souhaite alors qu'il ne peut l'être que 48 h après les achats y donnant droit, et seulement dans le point de vente qui les a délivrées³⁶².

En revanche, il est possible de recourir à l'hyperbole, d'usage dans la publicité, en tenant compte du degré de discernement et du sens critique du consommateur. Ainsi, l'utilisation de slogans tels que "le meilleur" ou "le plus apprécié" ne suffit pas à caractériser en soi une publicité trompeuse ou de nature à

³⁵⁴ Douai, 28 mars 2013, LawLex13532.

³⁵⁵ Paris, 7 novembre 2017, LawLex171855.

³⁵⁶ TGI Paris, 21 septembre 2005, LawLex061400, Gaz. Pal. 31 mai/1er juin 2006, 11, obs. BIOLAY ; Caen, 12 janvier 2012, LawLex12295 ; Montpellier, 22 mars 2016, LawLex16669 ; TGI Paris, 21 janvier 2017, LawLex17285.

³⁵⁷ Bordeaux, 12 mars 2013, LawLex13385 : lorsque le prix des produits comparés figurant sur le ticket de caisse est inférieur aux prix en rayon.

³⁵⁸ Rouen, 14 septembre 2017, LawLex171517. - Comp. Paris, 7 novembre 2017, LawLex171855, retenant que le fait de se prévaloir d'un impact supérieur à celui de ses concurrents, en recourant à des formules de calcul différentes de celles couramment usitées dans la profession n'est pas trompeur lorsque la méthode mise en oeuvre est explicitée.

³⁵⁹ T. com. Paris, 4 juin 2010, LawLex10691.

³⁶⁰ Versailles, 29 janvier 2009, LawLex20121019, qui constate le caractère trompeur de l'annonce prétendant que les prix comparés ont été constatés par huissier, alors que celui-ci est resté à l'extérieur du magasin et n'a vérifié ni la présence effective des articles énumérés, ni leur prix.

³⁶¹ Paris, 6 décembre 2017, LawLex172072.

³⁶² Paris, 6 décembre 2017, LawLex172072. - Comp. Rouen, 14 septembre 2017, LawLex171517, sanctionnant l'annonceur qui laisse entendre aux consommateurs qui n'ont pas eu accès au catalogue contenant cette précision que la remise annoncée est immédiate alors qu'elle n'est créditée sur la carte de fidélité de l'enseigne et utilisable que 48 h après l'achat.



induire en erreur³⁶³. De même, le slogan "qui d'autre que X" n'a pas été jugé trompeur, dès lors que l'annonceur ne se prévaut pas de prestations d'une qualité supérieure par rapport à celles des autres opérateurs³⁶⁴. La publicité qui allègue la supériorité d'un produit n'est pas de nature à induire en erreur le consommateur lorsqu'elle l'invite à se faire sa propre opinion³⁶⁵. **Une publicité comparative ne présente pas davantage de caractère trompeur du seul fait que l'annonceur se présente comme l'enseigne la moins chère de France dès lors que cette affirmation est tempérée par la précision qu'elle ne vaut qu'en ce qui concerne un panier composé de 80 produits³⁶⁶**. Toutefois, le recours au superlatif doit reposer sur des éléments objectifs de nature à le justifier. Dès lors, l'annonce d'un site de courtage en ligne indiquant être "le courtier le moins cher de France" alors que dans certains cas il ne l'est pas, est trompeuse³⁶⁷.

2° Caractère objectif

187. Exigence de loyauté.

L'objectivité implique la loyauté : une comparaison ne peut pas être objective si l'annonceur a adopté un comportement déloyal et retenu délibérément les éléments les plus favorables à son produit ou service, tout en écartant les critères de comparaison défavorables³⁶⁸, même s'il se fonde sur une étude scientifique³⁶⁹. Certes, le professionnel a le libre choix des paramètres de la comparaison³⁷⁰, mais son message publicitaire doit faire apparaître tous les termes de la comparaison, favorables ou défavorables³⁷¹, particulièrement lorsqu'il comporte deux annonces dont les messages se répondent³⁷², et ne pas accorder

³⁶³ T. com. Paris, 6 novembre 2002, LawLex03941, Gaz. Pal. 23/25 novembre 2003, 11, obs. JOSEPH : publicité comparative portant sur des aliments pour chiens et chats destinée à des professionnels.

³⁶⁴ Cass. crim., 10 mai 2011, LawLex11940, cassant Versailles, 16 octobre 2008, LawLex11155.

³⁶⁵ T. com. Nice, 18 octobre 2002, LawLex032251 : mentions "vous n'êtes pas obligé de me croire" et "goûtez et comparez".

³⁶⁶ Paris, 18 octobre 2017, LawLex171700.

³⁶⁷ Paris, 18 février 2009, LawLex091830, qui déclare trompeuse l'annonce d'un site de courtage en ligne indiquant être "le courtier le moins cher de France" alors que dans certains cas il ne l'est pas ; Versailles, 10 mars 2010, LawLex101507.

³⁶⁸ Cass. com., 23 avril 2003, LawLex031665, approuvant Versailles, 27 avril 2000, LawLex020797 : publicité pour un médicament à destination des professionnels de santé ; Paris, 23 mai 2003, LawLex034301, RJDA 2003, n° 1258 : publicité comparant les taux de réussite à un examen obtenus par différentes écoles et excluant celles dont le taux de réussite est meilleur que l'établissement de l'annonceur ; Reims, 4 avril 2005, LawLex061181 : publicité comparant le tarif de base de l'annonceur avec le tarif forfaitaire de l'un de ses concurrents, plaçant ce dernier en situation d'infériorité, alors que ce dernier propose également un tarif de base pour lequel il est dans certains cas plus compétitif ; Paris, 18 juin 2008, LawLex081070 et 12 décembre 2013, LawLex131810 : l'auteur d'une publicité comparative peut librement choisir les paramètres qui lui sont favorables dès lors que ceux-ci sont matériellement exacts et vérifiables et ne présentant pas de caractère trompeur en occultant une circonstance précise dont la méconnaissance aurait été de nature à faire renoncer un nombre significatif de consommateur à leur décision d'achat.

³⁶⁹ Versailles, 15 novembre 2001, LawLex020594, RJDA 2002, n° 569.

³⁷⁰ TGI Paris, 7 juin 2006, LawLex061372, Légipresse juin 2007, 83, obs. ANDRIEU ; Commun. com. électr. 2007, n° 28, obs. DEBET ; Rev. Lamy dr. immat. novembre 2006, 33, obs. POURDIEU ; Gaz. Pal. 18/19 octobre 2006, 34, obs. AVIGNON ; T. com. Paris, 29 mars 2007, LawLex07409, Commun. com. électr. 2007, n° 95, obs. DEBET ; Rev. Lamy dr. immat. juillet 2007, n° 952, obs. GRYNBAUM : l'annonceur étant libre de choisir les paramètres de comparaison qui lui sont favorables, la publicité est licite même si certaines zones de chalandise ont été exclues de son étude ou si le choix des produits a été opéré en fonction de la généralité de leur présence en magasin et non de l'importance du chiffre d'affaires qu'ils génèrent.

³⁷¹ Paris, 5 mars 2003, LawLex04424, Gaz. Pal. 23/25 novembre 2003, 29, obs. BIOLAY.

³⁷² T. com. Paris, 7 mai 2003, LawLex04595, Contrats Conc. Consom. 2004, n° 31, obs. RAYMOND : illicéité d'une publicité comparative effectuée par voie de presse qui, comparant les tarifs à la minute d'un opérateur de téléphonie fixe avec ceux de France Telecom pour les



une importance excessive à un détail de l'offre³⁷³. Ainsi, une publicité est dénuée d'objectivité lorsqu'elle constitue une extrapolation des résultats d'une étude que l'annonceur utilise pour se vanter d'un classement en première position, sans faire état des autres facteurs et paramètres susceptibles d'influer sur la comparaison³⁷⁴. Lorsque la comparaison porte sur un ensemble, tel qu'un assortiment de produits dans un chariot, le fait de comptabiliser moins de produits pour l'annonceur que pour son concurrent augmente le coût global du chariot du concurrent et viole l'exigence d'objectivité³⁷⁵. Dans une affaire où les prix comparés concernaient des produits vendus dans des magasins de formats ou de taille différents, la Cour d'appel de Paris a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle portant sur la loyauté d'une telle comparaison³⁷⁶. **Le juge européen a dit pour droit qu'une publicité qui, sans le préciser, compare les prix pratiqués par les magasins de tailles ou de formats supérieurs de l'annonceur à ceux relevés dans des magasins de tailles ou de formats inférieurs de ses concurrents, lorsque tous possèdent des gammes de magasins de tailles et de formats différents, ne remplit pas la condition d'objectivité mentionnée à l'article 4 de la directive 2006-114³⁷⁷. Par ailleurs, une publicité comparative manque d'objectivité lorsque les produits sélectionnés par l'annonceur font l'objet d'un avantage carte, contrairement à ceux de son concurrent³⁷⁸.** En matière d'assurances, constitue une infraction à l'article L. 122-1 (ancien art. L. 121-8) du Code de la consommation le fait de comparer des polices d'assurance sans faire état du montant des franchises applicables, alors que ces dernières ont une incidence sur le risque de l'assurance et donc sur le coût supporté par le consommateur³⁷⁹.

En revanche, l'annonceur ne manque pas à l'obligation de loyauté lorsqu'il retient principalement des critères favorables, mais précise que le destinataire de la publicité doit tenir compte d'autres critères que ceux auxquels il a eu recours³⁸⁰, lorsque l'échantillon retenu comporte également des produits offerts à

communications en local, faisait référence à une autre annonce parue dans des supports et à des dates différentes. En l'occurrence, la lecture conjointe des deux annonces était indispensable pour réunir toutes les informations nécessaires à la comparaison des tarifs.

³⁷³ T. com., Paris, 19 octobre 1999, LawLex031826, confirmé par Versailles, 27 juin 2002, LawLex03979, à propos d'une comparaison entre un tarif de communication local et le coût de l'abonnement de France Télécom, qui ne fait pas état des tarifs locaux.

³⁷⁴ Versailles, 10 septembre 1998, LawLex021094, RJDA 1998, n° 1432 ; D. Aff. 1998, 1895.

³⁷⁵ Rennes, 27 mai 2008, LawLex121008. - Comp. Paris, 4 novembre 2016, LawLex161822, retenant que le fait que les produits comparés chez un distributeur soient en nombre moins important que ceux relevés chez d'autres concurrents ne rend pas la publicité déloyale dès lors que la détermination du périmètre de la comparaison relève de la liberté économique de l'annonceur et que la différence peut s'expliquer par la présence ou l'absence de produits en rayon.

³⁷⁶ Paris, 29 octobre 2015, LawLex151758, JCP E, 2015, n° 1600, obs. DISSAUX ; Contrats Conc. Consom. 2016, n° 27, obs. BERNHEIM-DESVAUX.

³⁷⁷ CJUE, 8 février 2017, Carrefour Hypermarchés SAS c. ITM Alimentaire International SASU, aff. C-562-15, LawLex17275, Gaz. Pal. 4 avril 2017, 17, obs. PIEDELIEVRE ; RLDA 2017, n° 6192, obs. DARY et TITONE ; Europe 2017, n° 156, obs. RIGAUX ; Contrats Conc. Consom. 2017, n° 90, obs. BERNHEIM-DESVAUX ; D. 2018, 586, obs. POILLOT ; RJDA 2017, n° 292. - V., s'alignant sur cette position, Paris, 21 juin 2017, LawLex171111.

³⁷⁸ Rouen, 14 septembre 2017, LawLex171517.

³⁷⁹ Orléans, 6 février 2003, LawLex04553.

³⁸⁰ Cass. com., 18 juin 1996, LawLex021352, RJDA, 1997, n° 1574, approuvant Grenoble, 11 mai 1994, LawLex021574 : comparaison objective des performances de divers modèles de canons à neige.



prix moindre par son concurrent³⁸¹, que son message ne le met pas davantage en valeur que son concurrent³⁸², ou lorsqu'il ne dissimule pas la supériorité des produits du concurrent, si l'une ou l'autre des caractéristiques choisies par l'annonceur se révèle avantageuse pour ses propres produits³⁸³. Le fait que la comparaison soit favorable à l'annonceur ne suffit pas à établir l'illicéité de la publicité lorsque ce dernier n'a fait qu'appliquer les barèmes officiels de chacun des fournisseurs comparés³⁸⁴. **La publicité qui repose sur des relevés effectués en rayon et non sur le site Internet du concurrent, où il pratique des prix moins élevés, n'est pas non plus déloyale, dès lors que la grande majorité des distributeurs harmonise ses prix quel que soit le canal de vente, que les données publiées sont exactes et qu'elles correspondent à des prix effectivement payés par le consommateur³⁸⁵. De même, il est indifférent que les collectes de prix ne soient pas effectuées à la même période chez l'annonceur et chez son concurrent lorsque, quelle que soit la date de collecte, les prix de l'annonceur sont inférieurs aux siens et les écarts sensiblement identiques³⁸⁶ ou que l'intervalle entre les deux relevés n'est pas excessif³⁸⁷. Enfin, l'annonceur n'est pas tenu d'exposer les paramètres qui permettent de déterminer le prix des produits comparés, telle la qualité du service après-vente, surtout lorsque la société ciblée par l'annonce communique de façon intensive sur ces facteurs³⁸⁸.**

C. Preuve de l'exactitude du message

191. Charge de la preuve.

La publicité comparative doit, pour échapper au grief de publicité trompeuse ou dénuée d'objectivité, être fondée sur des données exactes³⁸⁹. Aux termes de l'article L. 122-5 (ancien art. L. 121-12) du Code de la consommation, l'annonceur pour le compte duquel la publicité est diffusée doit être en mesure de

³⁸¹ Colmar, 9 mars 2016, LawLex16656.

³⁸² T. com. Bobigny, 16 novembre 2005, LawLex06760, confirmé par Paris, 23 juin 2006, LawLex061736, JCP G, 2006, II, 10163, obs. du CREST ; Légipresse juin 2007, 84, obs. ANDRIEU : en l'espèce, la comparaison est jugée licite compte tenu de la clarté et de la neutralité de la présentation ainsi que de l'identité des tailles de caractères utilisés pour comparer les offres.

³⁸³ Versailles, 9 décembre 2004, LawLex061214 : comparaison objective sur les performances techniques de divers matériels d'impression (vitesse, résolution, compatibilité, support papier, garantie...) ; Paris, 12 janvier 2016, LawLex1669.

³⁸⁴ Versailles, 13 janvier 2010, LawLex121017.

³⁸⁵ Paris, 4 novembre 2016, LawLex161822.

³⁸⁶ Paris, 4 novembre 2016, LawLex161822.

³⁸⁷ Paris, 21 juin 2017, LawLex171111 ; 22 novembre 2017, LawLex171942.

³⁸⁸ Cass. com., 5 juillet 2016, LawLex161294.

³⁸⁹ Paris, 22 mars 1991, LawLex031362, Contrats Conc. Consom. 1991, n° 215, obs. RAYMOND : erreur matérielle rendant la comparaison inexacte ; Aix-en Provence, 21 décembre 2001, LawLex031257, Contrats Conc. Consom. 2002, n° 83, obs. RAYMOND : erreur dans la présentation des tarifs au détriment du concurrent ; Toulouse, 13 décembre 2011, LawLex121002 : indications inexactes quant au prix des produits comparés ; Lyon, 18 février 2014, LawLex141584 : comparaison fondée sur des données inexactes ou obsolètes. -Comp., Paris, 22 janvier 2013, LawLex13102, validant une publicité dès lors que la différence tarifaire alléguée était bien réelle ; Rouen, 24 septembre 2015, LawLex151196, retenant que le concurrent visé ne peut invoquer la contradiction des données chiffrées figurant sur une publicité papier et sur le site Internet de l'annonceur lorsque celles-ci ne se réfèrent pas aux mêmes relevés de prix et ne concernent pas les mêmes échantillons de produits.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

prouver dans un bref délai l'exactitude matérielle des énonciations, indications et présentations contenues dans la publicité. Le législateur a ainsi consacré la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 18 janvier 1992, mettant à la charge de l'annonceur la preuve de la véracité des allégations contenues dans le message publicitaire³⁹⁰.

La démonstration de l'exactitude des allégations³⁹¹ doit avoir lieu dans un "bref délai". Selon les juges du fond, un délai d'un mois ne répond pas à cette condition³⁹², car l'annonceur, lorsqu'il prend la responsabilité d'effectuer une publicité comparative, doit nécessairement disposer dès ce moment de tous les éléments qui ont permis sa mise en œuvre et être à même de les communiquer à un concurrent qui en fait la demande³⁹³. A fortiori, un délai de huit mois est manifestement incompatible avec l'exigence de célérité³⁹⁴. **En revanche, la condition est remplie lorsque l'annonceur renvoie à son site Internet consultable immédiatement par les consommateurs ou ses concurrents³⁹⁵, à moins que celui-ci ne comprenne qu'une masse de données inexploitable et exemptes d'indications sur les modes de calcul employés.³⁹⁶ La preuve à bref délai des allégations du message publicitaire comparatif peut également être apportée au moyen d'un fichier Excel de relevés de prix, même si celui-ci est fourni dans un format modifiable, lorsque ses indications sont corroborées par les attestations des tiers indépendants chargés d'effectuer les relevés³⁹⁷.** L'annonceur qui n'est pas en mesure de démontrer que le prix d'un produit est celui annoncé dans sa publicité, du fait de son indisponibilité en rayons et en stock, se rend coupable de publicité comparative illicite³⁹⁸. Toutefois, lorsqu'il démontre que les relevés de prix ont été réalisés par un organisme indépendant, il revient au concurrent visé qui en conteste l'exactitude dans la publicité d'apporter la preuve de ses propres prix, sans que cette exigence traduise un renversement de la charge

³⁹⁰ Cass. com., 18 mai 1993, LawLex021642, RJDA 1993, n° 760 ; Contrats Conc. Consom. 1993, n° 168, obs. RAYMOND ; D. 1994, Somm., 172, obs. GAVALDA et LUCAS de LEYSSAC ; JCP G, 1994, II, 22243, obs. DEKEUWER, approuvant Lyon, 17 juillet 1991, LawLex021796, dont la solution repose sur les anciennes dispositions relatives à la publicité trompeuse et plus particulièrement l'article L. 512-15 (ancien art. L. 121-2) du Code de la consommation, qui impose à l'annonceur de communiquer aux agents de la DGCCRF tout document de nature à justifier ses allégations ; Versailles, 20 novembre 1997, LawLex021205, RJDA 1998, n° 421 approuvée par Cass. com., 14 juin 2000, LawLex020768, LPA 4 avril 2001, 5, obs. ETNER ; Contrats Conc. Consom. 2001, n° 135, obs. RAYMOND ; RJDA 2000, n° 1184.

³⁹¹ Paris, 21 mars 2007, LawLex0829 ; TGI Strasbourg, 11 octobre 1997, LawLex071639 : incapacité de l'annonceur de prouver la pertinence des critères sélectionnés pour effectuer sa comparaison et la véracité de ses allégations ; Paris, 6 décembre 2017, LawLex172072 : incapacité de prouver que ses distributeurs pratiquent effectivement le prix sur lequel l'annonceur s'est engagé.

³⁹² Nancy, 19 mars 2007, LawLex08199, Contrats Conc. Consom. 2007, n° 315, obs. RAYMOND.

³⁹³ Colmar, 13 mai 2008, LawLex09375.

³⁹⁴ Dijon, 26 mars 2009, LawLex12726.

³⁹⁵ Paris, 4 novembre 2016, LawLex161822.

³⁹⁶ Paris, 21 juin 2017, LawLex171111.

³⁹⁷ Paris, 22 novembre 2017, LawLex171942.

³⁹⁸ Caen, 26 septembre 2013, LawLex131454 ; V. aussi, Douai, 29 janvier 2015, LawLex15282.



de la preuve³⁹⁹. En outre, l'exactitude des énonciations contenues dans la publicité comparative n'a pas à être démontrée par l'annonceur lorsque celle-ci n'est plus diffusée⁴⁰⁰.

Même s'il n'appartient pas au concurrent visé de prouver le caractère erroné du message, celui-ci peut, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile⁴⁰¹, obtenir par voie de référé une expertise in futurum tendant à vérifier l'exactitude des allégations du message publicitaire⁴⁰². La mesure d'expertise est admise dès lors qu'il n'est pas démontré qu'elle se heurte au risque de divulgation d'un secret de fabrique⁴⁰³. L'expertise in futurum se situe en amont de la procédure au fond et permet au concurrent visé de vérifier si la publicité est illicite avant d'engager des frais inutiles. Cette faculté suppose cependant que le concurrent visé ait connaissance de la préparation d'une campagne publicitaire comparative. Initialement, le droit français imposait à l'annonceur "de communiquer aux professionnels visés dans un délai au moins égal à celui exigé, selon le type de support retenu, pour l'annulation d'un ordre de publicité" la publicité comparative. L'ordonnance du 23 août 2001 a supprimé l'obligation de communication préalable, car celle-ci n'est pas exigée par le droit de l'Union⁴⁰⁴.

IV. Sanctions

192. Absence de sanction spécifique.

Ni la loi du 18 janvier 1992, ni l'ordonnance 2001-747 du 23 août 2001, ni la loi 2011-525 du 17 mai 2011, n'ont prévu de sanction spécifique en cas de violation des règles relatives à la publicité comparative. L'article L. 132-25 (ancien art. L. 121-14) du Code de la consommation, qui fixe les peines applicables, procède par renvoi à divers textes. Ainsi, les annonceurs qui ne respectent pas les conditions de licéité de la publicité comparative, s'exposent à des sanctions pénales, si la publicité est constitutive d'une pratique commerciale trompeuse au sens des articles L. 121-2 suivants (anciens art. L. 121-1 et s.) ou de contrefaçon de marque, en vertu des articles L. 716-9 et L. 716-12 du Code de la propriété intellectuelle. **Cependant, dans le cadre de poursuites uniquement fondées sur la publicité comparative**

³⁹⁹ Cass. com., 19 janvier 2010, LawLex1089.

⁴⁰⁰ Paris, 22 janvier 2013, LawLex13102.

⁴⁰¹ Ces dispositions prévoient la possibilité d'ordonner à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé lorsqu'il "existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige".

⁴⁰² Paris, 21 février 2013, LawLex13264, reconnaissant que le concurrent visé par une publicité comparant le prix de produits "standard" peut demander au juge, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, d'enjoindre à l'annonceur de justifier de la composition et des caractéristiques des produits en cause ; Cass. civ. 2e, 12 mai 2016, LawLex16950, retenant que l'expertise in futurum qui vise à analyser les prix pratiqués par l'auteur d'une publicité comparative pendant une durée d'un mois, repose sur un motif légitime lorsqu'il s'agit de vérifier si ce dernier n'a pas manipulé ses prix au cours de la période entourant la date de diffusion de son message.

⁴⁰³ Paris, 8 octobre 1997, LawLex031347, D. Aff. 1997, 1318.

⁴⁰⁴ Ni la directive 97-55 du 6 octobre 1997, ni la directive 2006-114 du 12 décembre 2006 en matière de publicité comparative qui la remplace, ne le prévoient.



illicite, le juge ne peut prononcer la peine complémentaire de l'affichage qui ne s'applique qu'au délit de pratique commerciale trompeuse⁴⁰⁵. Le texte renvoyait également aux sanctions civiles de l'article 1240 (ancien art. 1382) du Code civil, mais ce renvoi a été supprimé par l'ordonnance de recodification 2014-301 du 14 mars 2016. Nul doute, cependant, que cette suppression ne fasse que marquer l'évidence de l'application de l'article 1240 du Code civil à l'infraction, comme à tout comportement traduisant un non-respect d'une quelconque réglementation.

Ces différents fondements peuvent se cumuler selon les cas. Ils ne privent pas le concurrent, qui s'estime lésé par une publicité comparative, de la possibilité de recourir à des sanctions privées.

Section 3 Annonces de réduction de prix

III. Annonces faites dans un établissement commercial

B. Preuve de la réalité du prix de référence

234. Justification du prix de référence.

L'annonceur doit être en mesure de justifier de la réalité du prix de référence à partir duquel la réduction de prix est annoncée. Les solutions dégagées sous l'empire des arrêtés de 1977 et 2008 demeurent pleinement applicables, sous réserve d'ajustements eu égard à la liberté offerte par l'arrêté de 2015 aux annonceurs de déterminer leur prix de référence.

Si le commerçant opte pour le prix le plus bas pratiqué au cours de la période qui précède la publicité, la preuve de sa pratique effective peut être apportée par des notes, bordereaux, bons de commande ou tickets de caisse. Lorsque le produit a été proposé à la vente, mais n'a fait l'objet d'aucune transaction au cours de la période retenue, l'annonceur peut justifier des prix proposés par la production de catalogues, de prospectus publicitaires ou de tout autre document⁴⁰⁶. En revanche, la production de la liasse d'achats émise par une centrale d'achats, non corroborée par un document de caisse, ne répond pas à l'exigence légale⁴⁰⁷. En outre, les justificatifs doivent concerner l'ensemble des produits qui font l'objet de réductions et couvrir la période de référence exacte dans l'établissement dans lequel l'annonce de rabais

⁴⁰⁵ Rouen, 14 septembre 2017, LawLex171517.

⁴⁰⁶ Circ. du 7 juillet 2009, prise pour l'application de l'arrêté du 31 décembre 2008.

⁴⁰⁷ Paris, 3 mars 1998, LawLex033926.



Mise à jour Droit des pratiques commerciales - JuriStrateg

est affichée⁴⁰⁸, et non dans d'autres magasins du groupe⁴⁰⁹. Enfin et surtout, l'annonceur doit prouver que les prix de référence visés dans sa publicité sont les prix qu'il a réellement pratiqués, et non ceux qui étaient simplement affichés en magasin⁴¹⁰. **En effet, un professionnel qui pratique des offres promotionnelles toute l'année ne peut, sans violer l'article 4 de l'arrêté du 11 mars 2015, faire état de prix qu'il n'a pas effectivement facturés de manière habituelle à ses clients et qui ne correspondent à aucune réalité commerciale⁴¹¹.**

De telles règles sont-elles compatibles avec le principe de la présomption d'innocence, qui suppose, en matière pénale, que la partie poursuivante établisse la culpabilité du prévenu ? Dans un arrêt rendu sous l'empire de l'arrêté de 1977, la Cour de cassation a affirmé que le Gouvernement n'avait pas consacré un renversement de la charge de la preuve contraire aux droits de la défense⁴¹². Cependant, la règle ne profite qu'à l'Administration, puisque, lorsque l'action publique est mise en mouvement à l'initiative d'un concurrent ou de consommateurs, ces derniers ne sont pas dispensés d'apporter la preuve de tous les éléments constitutifs du délit⁴¹³.

⁴⁰⁸ Rennes, 16 novembre 1992, LawLex0430 ; Cass. crim., 1er octobre 1997, LawLex033718, feuilles de caisses et constats d'huissier ne concernant qu'une partie non représentative des articles incriminés. - V. égal. Cass. crim., 28 mars 2000, LawLex033243 : l'impossibilité matérielle pour l'annonceur d'apporter la preuve du prix de référence, en l'absence de système de gestion unitaire lui permettant d'individualiser les articles incriminés, ne l'exonère pas.

⁴⁰⁹ Paris, 24 juin 1998, LawLex034233.

⁴¹⁰ Cass. crim., 1er octobre 1997, LawLex033718.

⁴¹¹ Paris, 13 décembre 2016, LawLex1723.

⁴¹² Cass. crim., 1er octobre 1997, LawLex033718 et 20 mars 2001, LawLex034461.

⁴¹³ Cass. crim., 18 mars 2008, LawLex08527, approuvant Rennes, 3 mai 2007, LawLex09471.