

Adoption de la loi du 3 janvier 2008
—
Réforme de la publicité trompeuse : ce qui change vraiment

DEPARTEMENT TIMED&IP :

Télécommunications - Informatique
Médias - E-commerce – Données Personnelles
& Propriété Intellectuelle



Adoption de la loi du 3 janvier 2008

Réforme de la publicité trompeuse : ce qui change vraiment

Le législateur a récemment saisi l'occasion de l'adoption de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs pour transposer en droit français, avec retard, la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, qui devait être transposée avant le 12 juin 2007.

Cette loi refond le Titre II du Code de la consommation, relatif aux « *pratiques commerciales* », en y intégrant, dans un chapitre préliminaire, la notion communautaire de « *pratiques commerciales déloyales* », ayant valeur de notion de référence pour les dispositions suivantes¹. De telles pratiques sont définies comme celles qui sont « *contraire[s] aux exigences de la diligence professionnelle et [qui] altère[nt], ou [sont] susceptible[s] d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé², à l'égard d'un bien ou d'un service* »³. Il ressort de la directive que la loi française transpose que sont notamment déloyales les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives⁴, dont l'interdiction est sanctionnée par le Code de la consommation ainsi modifié.

Ce faisant, la loi étend le champ d'application de l'ancienne « *publicité trompeuse* », qu'elle remplace et élargit, avec la notion communautaire de « *pratiques commerciales trompeuses* » (1.), et sanctionne de nouveaux comportements, sous la dénomination de « *pratiques commerciales agressives* » (2.). La réglementation de certains types de publicités (publicité comparative, publicité par voie électronique) demeure, quant à elle, inchangée.

1. LES PRATIQUES COMMERCIALES TROMPEUSES

L'article L. 121-1 du Code de la consommation, jusqu'à présent consacré à l'interdiction de la publicité mensongère ou trompeuse, est modifié, et son champ d'application est élargi.

Alors qu'auparavant, seule la « *publicité* », telle qu'elle avait été définie par la jurisprudence⁵, était visée par le texte, celui-ci est aujourd'hui applicable à toute pratique commerciale, notion qui recouvre un plus grand nombre d'actions trompeuses (1.1.), mais également, expressément, l'omission trompeuse (1.2.).

¹ Ces pratiques, qui sont interdites, ne sont toutefois pas sanctionnées spécifiquement en tant que telles, autrement qu'en ce qu'elles constituent des pratiques trompeuses ou agressives (voir *infra*).

² Il est fort probable que le consommateur moyen, qui sert depuis longtemps de référence à la jurisprudence en la matière (CA Paris, 31 janvier 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 2, somm. p. 221) restera le même que le « *consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* » visé par le nouveau texte.

³ Article L. 120-1 du Code de la consommation.

⁴ Article 5.4. de la directive précitée.

⁵ La publicité est définie en jurisprudence comme « *tout moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services proposés* », Cass. crim., 14 oct. 1998, n° 98-80.527, et ce, quel que soit le support de cette communication (à propos d'un site Internet : voir TGI Bordeaux 9 janvier 2006, *Com. com. élec.*, mai 2006, comm. 80).

1.1. L'action trompeuse

Une pratique commerciale peut être déclarée trompeuse dans trois cas⁶ :

- Si l'action sur laquelle elle s'appuie « *crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent* ». Il reviendra aux juges de définir la notion de « *confusion* ». Il pourra être utilement fait référence à la définition de ce terme qui existe en droit des marques. En effet, la Cour de Justice des Communautés Européennes, suivie par les juridictions françaises⁷, définit la « *confusion* » comme « *le risque que le public puisse croire que les produits ou services en cause proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement* »⁸.
- Si elle « *repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur* », dès lors que ces dernières portent sur certains éléments limitativement énumérés par la loi. Il s'agit là de la reprise de la définition de l'ancienne notion de « *publicité trompeuse* », mais la liste des éléments sur lesquels peut porter la tromperie est plus large, puisqu'ils peuvent aujourd'hui concerner :
 - « *l'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service* » ;
 - « *les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service* » ;
 - « *le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service* » ;
 - « *le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation* » ;
 - « *la portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services* » ;
 - « *l'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel* » ;
 - « *le traitement des réclamations et les droits du consommateur liés à la publicité trompeuse* ».
- « *lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable* ». Cette disposition conduit à estimer que les opérations promotionnelles de *buzz marketing* fondées sur le mystère entourant l'identité de l'annonceur ne peuvent plus aujourd'hui être mises en œuvre sans encourir la qualification de pratique trompeuse. Il sera toutefois intéressant de surveiller l'appréciation que les juges feront de cette disposition.

Le législateur est venu préciser que les actions trompeuses peuvent être commises même au préjudice de professionnels (ce qui avait déjà été jugé à propos de la publicité mensongère ou trompeuse sous l'empire des anciens textes⁹), à l'inverse des omissions trompeuses, qui ne peuvent être commises que contre des consommateurs.

⁶ Article L. 121-1 I du Code de la consommation.

⁷ CA Paris, 4^{ème} Ch., 5 novembre 2003, Carrefour c/ Cora, JCP G 2004, n° 14, II, 10051, p. 631, n. C. Caron ; CA Versailles, 12^{ème} Ch., 22 février 2007, Sopamag c/ Bic, jurisdata n° 2007-346288.

⁸ CJCE, 29 septembre 1998, aff. C-39/97, Canon, RTD eur., 2000, p. 100, n. G. Bonet.

⁹ Cass. Crim. 14 novembre 2000, Dr. pén. 2001, p. 14.

1.2. L'omission trompeuse

L'article L. 121-1 II du Code de la consommation introduit expressément la notion d'« *omission trompeuse* ». Ainsi, une pratique commerciale est-telle trompeuse si son auteur :

- « *omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle* ». Les informations substantielles visées par le texte sont limitativement énumérées. Ainsi, sont présumés essentiels pour le consommateur :
 - les caractéristiques principales du bien ;
 - l'adresse et l'identité du professionnel ;
 - le prix TTC et les frais de livraison ;
 - l'existence d'un droit de rétractation, s'il est prévu par la loi.

L'omission ou la dissimulation de l'un quelconque de ces éléments expose donc le professionnel à une sanction du chef de pratique commerciale trompeuse. Là encore, la pratique des campagnes de *buzz marketing* dans lesquelles l'identité de l'annonceur est gardée secrète pendant le lancement du produit ou de la marque, risque de se trouver invalidée ;

- ou « *n'indique pas sa véritable intention commerciale* ». Il s'agit là de sanctionner les opérations promotionnelles déguisées, notamment en fausse information, en fausse enquête, etc.

Il convient toutefois de garder à l'esprit que l'appréciation de l'omission doit se faire « *compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé* »¹⁰, et, selon la directive que la loi transpose, en prenant en considération « *toute mesure prise par le professionnel pour mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens* »¹¹. Dès lors, il n'est pas attendu d'une personne qui vend ses produits ou prestations de service sur un téléphone mobile le même degré d'information du consommateur que de celui qui les propose sur un site Internet, par catalogue, ou dans un magasin classique. Une interprétation de la loi à la lumière de la directive permet de penser que le m-commerçant est fondé à communiquer les informations qu'il n'est pas en mesure de fournir directement sur le téléphone mobile de son client, en les lui adressant par email, sous réserve, bien évidemment, de ne pas contourner cette disposition pour se décharger de son obligation d'information¹².

1.3. Sanction des pratiques commerciales trompeuses¹³

La pratique commerciale trompeuse engage la responsabilité, à titre principal, de « *la personne pour le compte de laquelle l'infraction a été commise* » (et non plus de l'« *annonceur* » qui était visé par l'ancien texte relatif à la publicité mensongère¹⁴, les publicités n'étant plus les seuls supports des nouvelles pratiques trompeuses) ; les prestataires de l'auteur principal (telles que les agences de communication par exemple) pourront, évidemment, le cas échéant, voir leur responsabilité engagée au titre de la complicité, si les critères applicables sont remplis.

Les sanctions encourues au titre de ces pratiques ne changent pas :

- deux ans d'emprisonnement et/ou 37.500 euros d'amende (cette amende pouvant être portée à 50 % des sommes engagées pour la mise en œuvre de cette pratique) pour les personnes physiques ;
- et/ou 187.500 euros d'amende pour les personnes morales¹⁵.

¹⁰ Article L. 121-1 II du Code de la consommation.

¹¹ Article 7.3. de la directive précitée.

¹² En attendant l'adoption du décret d'application des articles 19 à 25 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, qui doit préciser les modalités de mise en œuvre de l'obligation d'information du commerçant électronique mobile, il nous semble que cette précision pourra être invoquée pour justifier une impossibilité technique d'information du consommateur liée au mode de communication utilisé.

¹³ Article L. 121-5 du Code de la consommation.

¹⁴ Il était défini par la jurisprudence comme celui qui donnait l'ordre de diffuser une publicité, y compris lorsqu'il agissait comme mandataire d'un tiers : Cass. Crim., 5 mai 1977, *D.* 1977, p. 502.

¹⁵ Article L. 121-6 du Code de la consommation.

2. LES PRATIQUES COMMERCIALES AGRESSIVES

1.1. Définition des pratiques commerciales agressives

La pratique commerciale agressive est constituée lorsque le consentement du consommateur a été acquis à raison de manœuvres consistant en des « *sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale* ».

Des dispositions existaient déjà en droit français pour lutter contre les pratiques que l'on pouvait qualifier d'agressives : l'abus de faiblesse, la reconnaissance du droit de rétractation dans certains types de contrats tels que le démarchage à domicile, la vente à distance, les contrats d'assurance, etc., mais elles restaient cantonnées à des domaines particuliers.

Le législateur communautaire est intervenu pour interdire d'une manière générale certains types de pratiques commerciales trop agressives, dont il donne une liste non exhaustive¹⁶. Ainsi, par exemple, constituent des pratiques commerciales réputées agressives en toutes circonstances, le fait de :

- se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique, ou tout autre outil de communication à distance, sauf pour les besoins de l'exécution d'une obligation contractuelle et sans préjudice de la réglementation propre à la prospection commerciale¹⁷ ;
- dans une publicité, 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.
- exiger le paiement immédiat ou différé de produits ou services fournis par le professionnel sans que le consommateur les ait demandés, ou exiger leur renvoi ou leur conservation.

Le législateur français a transposé cette interdiction dans le Code de la consommation¹⁸, à la suite des dispositions propres à l'abus de faiblesse, qui ne visent, quant à elles, que les personnes les plus vulnérables. Il n'a cependant pas souhaité reprendre les exemples de pratiques agressives visés par la directive. Les juridictions françaises n'hésiteront toutefois pas à utiliser la liste d'exemples de pratiques agressives fournie par la directive pour interpréter le nouveau texte.

A ce titre, on peut par exemple penser que la pratique consistant pour un vendeur en ligne à ajouter automatiquement de nouveaux produits ou services payants à la commande d'un consommateur (recharges, produits accessoires, etc.) pourra être sanctionnée sur le terrain des pratiques agressives¹⁹. En effet, la formulation large de l'exemple de pratique agressive visé par la directive consistant, pour le professionnel, à facturer des produits ou services « *non demandés* » par le consommateur, pourrait être de nature à conduire une juridiction saisie de la question à considérer que le consommateur à qui le vendeur impose un produit ou service supplémentaire qu'il n'a « pas demandé », est constitutif d'une pratique agressive.

¹⁶ Annexe 1 de la directive précitée.

¹⁷ En France, cet exemple de pratique agressive ne remet pas en cause la possibilité de prospector par email, télécopieur ou automate d'appel dans les conditions de l'article 22 de la loi du 21 juin 2004 précitée (consentement préalable du consommateur ou relation commerciale antérieure, sous réserve du respect des conditions posées par la loi).

¹⁸ Article L. 122-11 du Code de la consommation.

¹⁹ Ces pratiques auraient déjà pu tomber, selon nous, sous le coup de l'interdiction des ventes ou prestations de service sans commande préalable posée par l'article L. 122-3 du Code de la consommation, voire, en cas de vente de biens, constituer une vente forcée punie des peines prévues pour les contraventions de la quatrième classe par l'article R. 635-2 du Code pénal.

1.2. Sanction des pratiques commerciales agressives

Les pratiques commerciales agressives sont sanctionnées :

- d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende, outre une interdiction d'exercer une activité commerciale, pour les personnes physiques ;
- et/ou d'une peine de 750.000 euros, outre diverses sanctions complémentaires (fermeture judiciaire, interdiction d'exercer, etc.), pour les personnes morales ;
- et par la nullité du contrat ainsi conclu²⁰.

* * *

*

Marie-Hélène Tonnellier *Associée*

Marie-Hélène Tonnellier, avocat associée du Cabinet Latournerie Wolfrom & Associés, dirige le département TIMED & IP du Cabinet. Elle assure la direction et la supervision des dossiers de conseil et de contentieux du département.

Elle est titulaire d'un DEA de droit des affaires de Paris I Panthéon Sorbonne, d'un DESS de droit notarial de Paris II Assas, d'une Maîtrise en droit des affaires de Paris I Panthéon Sorbonne. Elle est chargée d'enseignement en droit de l'informatique au Master 2 Droit de l'informatique et du numérique de l'Université de Paris XI Sceaux.



Domaines de compétence

Droit des contrats Droit de l'informatique Droit de l'Internet et des télécommunications Droit des Médias Droit d'auteur Droit de la propriété industrielle (marque, brevet, savoir faire,...) Droit du commerce électronique Droit des données à caractère personnel Droit de la cryptologie

²⁰ Article L. 121-12 à L. 121-15 du Code de la consommation