

DIRECTION GENERALE DE LA CONCURRENCE,
DE LA CONSOMMATION ET DE LA REPRESSION DES FRAUDES
59, BD VINCENT AURIOL TELEDOC 051
75703 PARIS CEDEX 13

Réf ns2009-07.doc

Affaire suivie par Annick Chastanet-Marie
Bureau : C1 – Protection économique du consommateur
Téléphone : 01 44 97 25 32
Télécopie : 01 44 97 30 43
Mel : c1@dgccrf.finances.gouv.fr

D.G. 21	T.P	N.A.F. / C.P.F
Information générale du consommateur et clauses abusives		

PARIS, LE 29 JANVIER 2009

Note de service n° 2009-07 (non communicable)

Objet : Les pratiques commerciales déloyales

Résumé :

La loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (loi Chatel) a transposé la directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 relatives aux pratiques commerciales déloyales. Le texte, intégré au code de la consommation, définit les pratiques commerciales déloyales (article L.121-1), substitue aux dispositions sur la publicité mensongère ou trompeuse un nouveau dispositif relatif aux pratiques commerciales trompeuses (articles L.121-1 à L.121-7) et crée l'infraction de pratiques commerciales agressives (articles L.122-11 à L.122-15).

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a complété et précisé cette transposition.

Cette note présente les éléments constitutifs des nouvelles infractions à la lumière de la directive, les sanctions ainsi que les pouvoirs de recherche et de constatation.

La directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales a pour objet d'harmoniser les législations des États membres sur les pratiques commerciales visant à influencer les décisions des consommateurs à l'égard des produits et à porter atteinte à leurs intérêts économiques. Elle a pour objectif d'assurer un niveau élevé de protection aux consommateurs de l'Union européenne. Il s'agit d'une directive d'harmonisation maximale qui ne laisse aux États membres aucune marge d'appréciation pour la transposition des mesures qu'elle contient.

La directive a été transposée dans le code de la consommation par l'article 39 de la loi 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs. Ce nouveau dispositif d'application immédiate peut être utilisé pour qualifier des faits commis et constatés à compter du lendemain de la publication de la loi, c'est à dire à partir du 5 janvier 2008.

Les articles 83 et 84 de la loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008 (LME) ont achevé cette transposition, jugée incomplète par la Commission européenne : certaines précisions ont été apportées au texte initial et la liste des pratiques réputées trompeuses et des pratiques réputées agressives figurant à l'annexe n°1 de la directive a été intégrée dans notre droit.

Les ajouts résultants de la loi LME seront encadrés dans la présente note par des astérisques. Ils sont d'application immédiate et sont entrés en vigueur au 5 août 2008. Leur application dans le temps ne devrait pas poser de problèmes dans la mesure où ces ajouts ne créent pas de contraintes juridiques nouvelles. Dès lors, le texte résultant des articles 83 et 84 de la LME pourra être utilisé pour des faits commis depuis le 5 janvier 2008.

Le nouveau dispositif marque une évolution importante du droit de la consommation. Il pose le principe de l'interdiction des pratiques commerciales déloyales, refond le dispositif de la publicité trompeuse ou mensongère et l'étend à toutes les formes de pratiques commerciales trompeuses. Il est enfin crée une nouvelle infraction de pratiques commerciales agressives.

Ces dispositions renforcent notre droit positif en matière de loyauté des transactions et seront un outil essentiel pour les agents de la DGCCRF dans la recherche et la poursuite de pratiques commerciales qui ont pour objet ou pour effet de porter atteinte aux intérêts économiques des consommateurs.

Cette note présente ce nouveau dispositif législatif et en précise les conditions d'application à la lumière des définitions et prescriptions de la directive, ainsi que, lorsque cela sera possible et nécessaire, par référence aux textes précédents.

Seront examinées successivement les Pratiques Commerciales Déloyales **(I)**, puis les Pratiques Commerciales Trompeuses **(II)** et enfin les Pratiques Commerciales Agressives **(III)**, en définissant pour chacune d'elles les éléments constitutifs de la pratique **(A)**, les personnes concernées **(B)**, les sanctions **(C)** et les pouvoirs d'enquête **(D)**.

I) – LES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

A – Éléments constitutifs

L'article 5 de la directive pose le principe de l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et en définit les caractéristiques.

Ces pratiques font désormais l'objet d'un chapitre préliminaire intitulé « Pratiques commerciales déloyales » du titre II du chapitre Ier du code de la consommation. Ce chapitre est constitué par l'article L.120-1 ainsi rédigé :

Article L.120-1

I – Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.

****Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe.***

II – Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L.121-1 et L.121-1-1 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L.122-11 et L.122-11-1.*

On entendra la pratique commerciale, notion qui n'est pas définie dans le texte français, en se référant à la définition de la directive (article 2-d)) : « *La pratique commerciale des entreprises vis-à-vis des consommateurs est constituée par toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* ».

Dans la directive (article 2 c)) le produit est défini comme tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits ou les obligations.

Les pratiques commerciales déloyales sont donc envisagées de manière très large : elles visent la publicité mais également tous les procédés liés au commerce, c'est à dire toute forme d'acte en relation avec la vente d'un produit. Toutes les conditions de la vente, manœuvres, subterfuges pourront être utilisés pour caractériser une pratique commerciale déloyale.

Cette définition vise également la « fourniture » d'un produit ce qui signifie que la déloyauté commerciale peut être constatée à l'occasion de la remise à titre gratuit d'un produit.

Le caractère déloyal d'une pratique commerciale s'apprécie au regard de deux critères cumulatifs :

- **Le manquement aux exigences de la diligence professionnelle** : l'article 2 h) définit la 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* ».

Les codes de déontologie professionnelle pourront servir de référence (professions libérales, code de la Fédération de la Vente à distance ou de la Fédération de la Vente Directe... etc). Les usages peuvent également servir de base à la démonstration d'un manquement. Mais la diligence professionnelle sera appréhendée de manière plus large au regard de la bonne foi et/ou de la compétence du professionnel.

La définition de la directive fait en effet référence à la notion d'attente légitime du consommateur, eu égard à la qualité du professionnel. Le manquement aux exigences de la diligence professionnelle s'appréciera donc aussi par comparaison entre ce que le consommateur pouvait raisonnablement attendre d'un professionnel et la pratique effective de celui-ci.

- L'objet ou l'effet potentiel de la pratique commerciale sur le comportement économique du consommateur : l'article 2-e) précise que l'**altération substantielle du comportement économique du consommateur** consiste à compromettre sensiblement l'aptitude du consommateur à décider en connaissance de cause pour l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. De même que pour l'ancienne infraction de publicité trompeuse, il ne sera pas nécessaire de démontrer que la pratique a effectivement altéré le comportement économique du ou des consommateurs. Il suffira qu'elle soit susceptible d'altérer ou de nature à altérer son comportement.

Le paragraphe II précise que les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives constituent des pratiques commerciales déloyales par nature.

B- Les personnes concernées

L'article 3 -1) précise que la directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des **entreprises vis-à-vis des consommateurs**.

Selon la définition que l'article 2 d) donne aux pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, il s'agit de toute action (...) **de la part d'un professionnel**, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs.

La notion de **professionnel** est définie à l'article 2-b) de la directive : elle recouvre toute personne physique ou morale qui 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.

L'article L.120-1 apporte, conformément à la directive, un élément important d'appréciation générale sur le consommateur visé par le texte sur les pratiques commerciales déloyales : il s'agit du **consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé**. Le considérant (18) de la directive utilise également la notion de consommateur moyen.

Pour évaluer la notion de « consommateur moyen » il convient de se référer à la jurisprudence française en matière de publicité trompeuse. Celle-ci utilise les termes de « consommateur moyen » ou « d'attention moyenne »¹ pour apprécier la probabilité qu'un message publicitaire trompe le consommateur. Les notions de consommateur « moyennement avisé »², « normalement intelligent et attentif »³, « dans un état de vigilance normale »⁴, ont été régulièrement utilisées par les tribunaux.

L'article 83 de la LME a précisé qu'une pratique ciblée vers un groupe déterminé de personnes s'apprécie par rapport à la capacité moyenne de discernement de ce groupe (article 5-2. b) de la directive n° 2005/29/CE). Dans l'hypothèse où la pratique vise un public particulièrement vulnérable, en raison d'une infirmité mentale ou physique, de son âge ou de sa crédulité, il y a lieu également d'évaluer les conséquences au regard du membre moyen du groupe (article 5-3 de la directive). Par exemple, si une publicité s'adresse à des adolescents, son caractère déloyal s'appréciera au regard de la capacité moyenne de discernement des seuls adolescents et non de tous les consommateurs.

De la même façon, chaque fois qu'un public présentant des caractéristiques propres est visé, les tribunaux français abandonnent la référence au consommateur moyen pour apprécier le message publicitaire au regard du public ciblé (« personnes de condition modeste particulièrement vulnérables », « investisseurs aux moyens modestes », « personnes peu fortunées et en général mal armées pour se défendre »).

Enfin, la référence à la vigilance du consommateur moyen pour qualifier la pratique a pour conséquence d'admettre les pratiques publicitaires hyperboliques ou emphatiques. La directive admet en effet « *la pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral.* » (article 5-3 de la directive).

Là encore, la jurisprudence française avait consacré ce principe en matière de publicité trompeuse admettant que « *la loi n'interdisait pas la publicité hyperbolique qui se traduit par la parodie ou par l'emphase. L'outrance ou l'exagération de l'image publicitaire, dès lors que le message est fait par référence à l'optique du consommateur moyen, ne peuvent finalement tromper personne.* »⁵

C- Les sanctions

L'article L.121-20 du code de la consommation pose le principe général de l'interdiction des pratiques commerciales déloyales dont il fixe les caractéristiques de base. Celles-ci serviront d'élément matériel

¹ Cass.crim.5 avril 1990

² Cass.crim.5 sept.1981

³ CA Versailles 17 mai 1978

⁴ CA Paris, 13^ech.,24 sept.2003

⁵ Cass.crim 21 mai 1984

aux infractions qualifiées de pratiques commerciales trompeuses et de pratiques commerciales agressives, qui constituent deux formes de pratiques déloyales.

Cet article est une clause générale de même type que celle de l'article L.221-1 du code de la consommation posant le principe de l'obligation générale de sécurité.

Les critères d'incrimination de l'article L.121-20 ne sont pas suffisamment précis pour qu'il soit assorti de sanctions pénales. Il s'agit d'un article édictant un principe général qui n'a pas vocation à être utilisé en tant que tel pour relever une pratique commerciale déloyale, sauf dans l'hypothèse où celle-ci ne pourrait être qualifiée ni de trompeuse ni d'agressive.

D- Les pouvoirs d'enquête

Les agents disposent des pouvoirs de l'article L.141-I, IV, V et VI pour la recherche et la constatation d'infractions au L.120-1 du code de la consommation. Ces pouvoirs seront explicités infra dans le cadre des pratiques commerciales trompeuses.

II) - LES PRATIQUES COMMERCIALES TROMPEUSES

Le dispositif relatif aux pratiques commerciales trompeuses constitue la sous section 1 de la section I « Pratiques commerciales trompeuses et publicité » du Chapitre Ier du livre I du code de la consommation. Il occupe paradoxalement une place dans un chapitre consacré aux « Pratiques commerciales réglementées » alors qu'il vise des pratiques qui sont interdites. Le choix de cette place dans le code de la consommation s'explique par le fait que les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses se substituent à celles réglementant la publicité et sanctionnant celle qui est mensongère ou de nature à induire en erreur visées aux articles L.121-1 à L.121-7.

L'exercice en cours de refonte du code de la consommation prévoit toutefois d'intégrer ces dispositions dans un chapitre regroupant l'ensemble des pratiques commerciales interdites.

On distingue deux types de pratiques commerciales trompeuses : les pratiques trompeuses par action **(1)** et les pratiques commerciales trompeuses par omission **(2)**.

A- Les éléments constitutifs

1 – Les pratiques commerciales trompeuses par action :

L'élément matériel

Ces pratiques sont définies à l'article L.121-1 I du code de la consommation :

« Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes :

1° Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ;

2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants :

a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ;

b) 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 ;

- c) 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 ;
- d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;
- e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ;
- f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ;
- g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ;

3° *Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable. »*

L'alinéa 1° de l'article L.121-1 I considère comme une pratique commerciale trompeuse le fait de créer une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent. Pour des marques enregistrées à l'Institut National de la Propriété Intellectuelle, cette infraction s'apparente à la contrefaçon de marque. La contrefaçon vise en effet la reproduction, l'usage d'une marque reproduite, l'imitation et l'usage d'une marque imitée pour des produits ou services similaires ou identiques à ceux ayant faits l'objet d'un enregistrement (articles L.713-2 et L.713-3 du code de la propriété intellectuelle). La marque peut être constituée par une dénomination (mots, lettres, noms, lettres, chiffres, sigles), par des signes figuratifs (dessins, logos, reliefs, formes, étiquettes, hologrammes) ou par des signes sonores (sons, phrases musicales). Désormais, l'imitation de marque déposée portant sur un produit proposé à la vente pourra être qualifiée de pratique commerciale trompeuse au sens de l'article L.121-1 I 1° du code de la consommation.

Il conviendra cependant de n'utiliser l'article L.121-1 I 1° du code de la consommation que dans les cas où la confusion crée un préjudice certain au consommateur trompé sur la marque ou le produit qu'il achète, et de continuer à privilégier le code de la propriété intellectuelle pour qualifier les infractions de contrefaçon.

L'alinéa 2° de l'article L.121-1 I constitue le cœur du dispositif de la pratique commerciale trompeuse. Il englobe toutes les infractions de publicité trompeuses telles qu'elles étaient déjà visées à l'ancien article L.121-1, mais étend l'infraction, d'une part en élargissant la liste des éléments sur lesquels peut porter le caractère trompeur ou faux et, d'autre part en étendant son champ d'application à tous les procédés liés à la vente et pas uniquement aux messages publicitaires.

Les nouveaux éléments sur lesquels peuvent porter les allégations, indications ou présentations fausses ou trompeuses ont été soulignés supra. En particulier, le traitement des réclamations et les droits du consommateur qui feront l'objet de fausses indications de la part du vendeur pourront être appréhendés par le texte (par exemple, l'indication d'un numéro d'appel pour les clients qui serait inactif ou la fausse indication d'un droit à se rétracter) ; de même, tout ce qui concerne le suivi du produit ou du service entrera dans son champ d'application (indications erronées sur le SAV, sur la nécessité d'une réparation ou d'une pièce détachée). Les autres éléments nouveaux sont moins innovants car certains pouvaient être déjà appréhendés par l'ancienne mention « portée des engagements pris par l'annonceur » : il s'agit de la disponibilité, des résultats des tests et contrôles effectués sur le produit, des conditions de paiement et de livraison.

L'infraction qui visait autrefois « toute publicité sous quelque forme que ce soit » est étendue désormais à toute « pratique commerciale » trompeuse. Cette extension très importante du champ d'application facilitera la qualification de certaines pratiques commerciales que la jurisprudence avait déjà appréhendées sous l'angle de la publicité trompeuse, en retenant une acception large mais incertaine de cette notion.

Ainsi toutes les interrogations liées au support publicitaire, à la nature des indications ou présentations, ou au caractère public de la diffusion publicitaire ne devraient plus faire débat s'agissant de pratiques commerciales trompeuses. Tous éléments permettant de faire la démonstration du caractère trompeur de la pratique commerciale, qu'elle soit commise à l'égard d'un individu ou qu'elle ait un caractère plus général pourront être recueillis. Il peut s'agir des mentions d'un document contractuel, d'un bon

de commande, d'une facture, d'allégations verbales dont la preuve pourra être rapportée (propos relatés par plusieurs personnes par exemple, ou entendus par les enquêteurs dans un lieu de vente), les conditions de présentation des produits ou services.

La Cour de cassation avait par exemple considéré qu'un bon de commande qui ne constituait nullement un « *document vantant un produit ou guidant l'acheteur dans son choix* », mais se présentait sous la forme d'un « *simple imprimé employé contractuellement par les deux parties postérieurement à l'accord conclu sur la chose et sur le prix* » ne pouvait être considéré comme un document publicitaire susceptible de servir de base à une infraction de publicité trompeuse.⁶ Cette argumentation sur la notion de document publicitaire serait sans objet avec la nouvelle qualification de pratique commerciale trompeuse.

Le champ d'application est également plus large que celui visé par l'ancien article L.121-1, au regard du moment de la commission des faits. La directive précise en effet en son article 3-1 qu'elle « (...) *s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs (...), avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit.* » .

La Cour de cassation a défini, à de nombreuses reprises, la publicité comme :

- « *tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur le bien ou le service offert au consommateur* »⁷
- « *Tout moyen d'information du public (...) constitue une publicité (...) dès lors que le consommateur est conduit à en prendre connaissance pour guider son choix.* »⁸

La publicité s'entendant comme une information ayant pour objet de faire connaître le produit ou service et étant de nature à inciter le consommateur à contracter, la qualification de publicité trompeuse n'était pas retenue pour des messages diffusés après la conclusion du contrat, voire même sur le document contractuel.

Désormais, tout acte préalable, concomitant, voire postérieur, à la transaction commerciale pourra être appréhendé sous la qualification de pratiques commerciales trompeuses.

La notion d'acte postérieur à la transaction commerciale pourrait sembler en dehors du champ d'application dans la mesure où cet acte doit être de nature à altérer le comportement économique du consommateur, c'est à dire à influencer son choix, en amont de la transaction. Néanmoins, il faut déduire de la directive que tous les événements entourant la transaction, même postérieurs au contrat peuvent participer à la démonstration d'une pratique commerciale trompeuse. Il peut s'agir d'un courrier adressé au client récapitulant la commande et contenant des allégations fausses sur l'exécution du contrat, lesquelles auraient servi d'argument pour emporter la vente (avantages promis au client et non tenus).

Même si le champ d'application de l'infraction est plus large que celui de la publicité trompeuse, il est cependant à prévoir que la pratique sera, dans de nombreux cas, basée sur une publicité, au sens le plus large du terme tel qu'admis par la jurisprudence. La démonstration n'aura cependant plus à être faite que le message délivré a bien le caractère d'une publicité au sens de l'ancien article L.121-1 et de la jurisprudence.

L'alinéa 3° de l'article L.121-1 I vise au titre des pratiques commerciales trompeuses, les pratiques pour lesquelles la personne responsable n'est pas clairement identifiable. Cet alinéa est destiné à cibler les annonces publicitaires, tels les publiereportages, qui n'identifient pas clairement l'annonceur et qui

⁶ Cass.crim.31 janv.1989

⁷ Cass.crim.12 nov.1986, 18 mai 1998, 14 oct.1998,2 mai 2001

⁸ Cass.crim.25 juin 1984

de ce fait entretiennent une confusion sur la nature du message délivré (par exemple message à caractère médical qui est en réalité délivré par une marque de cosmétiques)

Élément intentionnel

La publicité mensongère faisait initialement partie des délits matériels pour lesquels il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence d'une intention frauduleuse : la seule diffusion d'information fausses ou de nature à tromper suffisait à caractériser l'infraction, même en l'absence de véritable intention de tromper

La loi n° 92-1336 du 16 septembre 1992 d'adaptation du nouveau code pénal a supprimé cette catégorie de délits matériels mais a prévu en son article 339 que « *tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs au 1^{er} mars 1994 demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence...même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément.* ». Depuis cette date, l'élément moral de l'infraction peut résulter de la négligence de l'annonceur qui peut s'apprécier comme le simple fait de ne pas avoir vérifié la véracité du message publicitaire, diligence normale pour un professionnel.

L'article L.121-1 constitue une nouvelle infraction pour laquelle il conviendra donc de s'attacher à mettre en évidence toutes les circonstances propres à caractériser l'élément intentionnel au-delà de la simple négligence (notamment par la connaissance qu'avait le professionnel du caractère trompeur de la pratique), et ce même si cette infraction s'apparente à l'infraction précédente de publicité mensongère. La jurisprudence nous fournira, par la suite, des éléments d'appréciation de cette notion.

Toutefois, il convient d'observer que la déloyauté du procédé utilisé par le professionnel caractérise l'intention de commettre l'infraction. La déloyauté d'une pratique pourra être établie à partir d'éléments tels que le non-respect de la lettre et de l'esprit de certaines règles tels que les codes de conduite, les usages inhérents à la profession, ou des conséquences prévisibles de la présentation trompeuse sur le consommateur, ou bien encore la connaissance qu'avait le professionnel de l'aspect trompeur de la pratique.

De même que pour la publicité trompeuse, il ne sera pas nécessaire de démontrer que la pratique commerciale trompeuse a entraîné un préjudice pour le consommateur. La définition de l'article L.120-1 précise en effet que la pratique doit « altérer ou être susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur ». La définition de la pratique commerciale trompeuse prévue à l'article L.121-1 I précise qu'elle doit contenir des allégations, indications « fausses ou de nature à induire en erreur le consommateur ».

2- Les pratiques commerciales trompeuses par omission

L'élément matériel

Les pratiques commerciales trompeuses par omission sont définies à l'article L.121-1 II du code de la consommation :

Article L.121-1 II – Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé *et des circonstances qui l'entourent*, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte.

Dans toute communication commerciale *constituant une invitation à l'achat et* destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes :

1°- Les caractéristiques principales du bien ou du service ;

2°- L'adresse et l'identité du professionnel ;

3° Le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance ;

4° 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 ;

5° L'existence d'un droit de rétractation, si ce dernier est prévu par la loi.

L'alinéa 1 vise au titre des pratiques commerciales trompeuses le fait d'omettre ou de ne pas indiquer clairement une information substantielle. Seront ainsi qualifiées les pratiques consistant à :

- Présenter des avantages (prix, taux, conditions de vente. etc) en n'indiquant pas les conditions restrictives dans lesquelles ils sont accordés.
- Indiquer des prix qui ne tiennent pas compte de frais inhérents au bien ou au service proposé.
- Omettre en matière de voyages ou de locations immobilières des éléments de circonstance de nature à déprécier le séjour ou la qualité du bien (Prestations indisponibles ou nuisances non signalées).

Le texte vise aussi toutes les communications qui ne sont pas ou sont difficilement perceptibles pour le consommateur : messages en caractères trop petits ou inaudibles ou confus. Il vise également la fourniture d'éléments substantiels à contretemps, c'est à dire après que le client ait contracté.

Le texte précise qu'il y a lieu de prendre en compte le moyen de communication utilisé et les circonstances qui entourent cette communication pour déterminer si l'on est en présence d'une pratique commerciale trompeuse. (Par exemple, la taille des caractères sera à apprécier selon le support publicitaire utilisé)

Beaucoup de ces omissions étaient déjà admises par la jurisprudence comme caractérisant des publicités trompeuses. Ainsi ont été jugées trompeuses :

- Des publicités de la SNCF annonçant des réductions de prix de 50% et omettant d'indiquer les conditions très restrictives dans lesquelles elles étaient accordées⁹
- Des publicités apposées sur des panneaux routiers situés en bordure de voie publique, dont les mentions restrictives n'étaient pas lisibles par un automobiliste.¹⁰
- La présentation d'une maison individuelle comme bénéficiant « d'un ensoleillement maximum », sans mentionner l'existence d'un projet de construction voisine.¹¹

La qualification de pratique commerciale trompeuse par omission résulte désormais du texte lui-même, mais il conviendra toujours de faire la démonstration du caractère substantiel de l'information omise ou présentée de façon peu claire ou inintelligible.

Cependant, le champ d'application se trouve élargi par rapport au texte précédent dès lors que l'omission trompeuse n'est plus à rechercher sur un support publicitaire mais peut résulter du procédé de la vente. Ainsi, la pratique d'un vendeur qui ne délivre l'offre préalable de crédit afférente à l'achat d'un bien que le jour de la livraison dudit, bien au lieu de l'établir le jour de la commande, peut être considérée comme trompeuse par omission, en ce que le vendeur fournit une information substantielle à contretemps limitant de ce fait considérablement la possibilité pour le client d'exercer son droit de rétractation puisque le bien lui a été livré.

L'alinéa 2 concerne les communications commerciales invitant à l'achat et précise les informations considérées comme substantielles devant être obligatoirement fournies au consommateur.

⁹ CA Paris 25 mai 1981 ; Cass.crim.2oct.1985

¹⁰ CA Angers 2 févr.1993 ; CA Paris 21 mai 2002

¹¹ Cass.crim.18 avril 1991

La notion de communication commerciale constituant une invitation à l'achat est définie à l'article 2 i) de la directive. L'invitation à l'achat, selon la directive, est « *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* ».

Il y a lieu d'inclure dans ce concept l'ensemble des publicités à l'extérieur des lieux de vente, destinées à promouvoir un produit, un service ou un ensemble de produits ou services. Les offres commerciales sur Internet répondent à cette définition puisque réalisées sur un support publicitaire et destinées à inciter à la conclusion de contrats de vente¹². Mais cette notion peut également viser, sur les lieux mêmes de la vente, une opération de promotion spécifique ou une mise en scène autour de la vente d'un produit (ventes à la poste) ainsi que les ventes promotionnelles organisées dans des lieux inhabituels de commercialisation.

Dès lors que la communication commerciale indique le prix et les caractéristiques du produit ou service, les mentions suivantes devront également figurer : caractéristiques principales du bien ou service, adresse et identité du professionnel, prix TTC et frais de livraison, modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des litiges si celles-ci sont différentes de celles habituellement pratiquées dans la profession concernée, et existence d'un droit légal de rétractation.

Ces obligations doivent être interprétées de la manière suivante :

- L'obligation de mentionner les caractéristiques principales du bien ou service a pour objectif, lorsqu'une caractéristique particulière est mise en avant, de ne pas occulter d'autres aspects essentiels du produit ou service qui doivent également être portés à la connaissance du consommateur.
- L'obligation d'indiquer un prix TTC ainsi que les frais de livraison à la charge du client vise à ce que le prix, dès lors qu'il est annoncé, intègre tous les frais résultant de l'achat.
- L'obligation d'informer le consommateur sur les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, ne s'impose au professionnel que dans la mesure où ces modalités sont spécifiques et inhabituelles et pourraient constituer un élément important dans la décision de contracter du consommateur (par exemple une livraison dans des délais particulièrement longs, un paiement intégral à la commande, une absence de service de livraison pour des biens traditionnellement livrés chez le consommateur...etc)

Il convient de noter que l'obligation visée au paragraphe 2 de l'article L.121-1 II se confond souvent avec des obligations d'informations qui existent déjà dans notre droit positif.

Ainsi:

- Toutes les communications en matière de vente à distance sont déjà soumises, en vertu de l'article L.121-18 du code de la consommation, à une obligation d'information sur les caractéristiques essentielles du produit, sur les prix, sur les frais de livraison, les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution, sur l'identité et l'adresse du professionnel et sur l'existence d'un droit de rétractation.
- L'obligation d'information sur la totalité du prix à payer par le consommateur, y compris sur les frais de livraison, résulte déjà de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix.

Or les manquements aux obligations d'information du consommateur sur les prix et les produits constituent des infractions contraventionnelles mais pourront constituer le délit de pratique commerciale trompeuse par omission si tous les éléments constitutifs de l'infraction sont caractérisés (cf. ci-après).

¹² CA Rennes 31 mars 2000

L'élément intentionnel

L'article 7 de la directive donne un éclairage sur les suites qu'il convient de réserver à de tels faits. Il précise en effet que l'omission trompeuse porte sur « *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* ».

Dès lors, il y aura lieu de réserver la qualification d'omission trompeuse à des défauts de mentions en matière de communication commerciale suffisamment graves et caractérisés pour qu'ils altèrent ou soient de nature à altérer le consentement du consommateur à l'égard du produit ou service proposé. S'agissant d'un délit, l'élément intentionnel se déduira notamment de la connaissance que le professionnel avait des éléments qu'il a omis de signaler au consommateur dans le but de le tromper.

A l'inverse, les défauts d'information formels seront qualifiés par les textes spécifiques.

La distinction entre défaut d'information et omission trompeuse pourra également s'apprécier au regard de l'impact de la communication commerciale (nombre de consommateurs victimes), de la taille de l'annonceur et des éventuels préjudices qui pourraient résulter de ce manquement.

3- La liste des pratiques commerciales réputées trompeuses

L'article 5 de la directive n°2005/29/CE renvoie en son annexe I à une liste de pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste est d'application obligatoire dans tous les Etats membres.

L'article 84 de la loi LME a intégré les 23 pratiques commerciales trompeuses de la liste dans un article L.121-1-1 du code de la consommation.

Cette liste de pratiques réputées trompeuses, reprise en annexe I de la présente note, n'est pas une liste exhaustive de toutes les pratiques trompeuses. Les 23 pratiques trompeuses citées sont considérées comme suffisamment graves pour être relevées en toutes circonstances et de manière uniforme par tous les Etats membres.

B- Les personnes concernées

La publicité trompeuse pouvait être commise par quiconque (particulier, professionnel, association...etc.) et viser aussi bien les professionnels que les consommateurs.

En revanche, les pratiques commerciales trompeuses visées par la directive sont celles commises par des professionnels à l'égard des consommateurs.

S'agissant des personnes protégées, il y a cependant lieu de distinguer les pratiques trompeuses par action des pratiques trompeuses par omission.

- **Les pratiques commerciales trompeuses par action :**

Afin d'être en conformité avec la directive n° 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative dont l'objet est de protéger les professionnels contre les publicités trompeuses et ses conséquences déloyales et de fixer des règles en matière de publicité comparative, la notion de pratiques trompeuses par action visées à l'article L.121-1 I, qui englobent les publicités trompeuses, a été étendue à toutes les pratiques s'adressant également aux professionnels. Cette extension figure à l'article L.121-1 III.

L'ancien article L.121-1 relatif à la publicité trompeuse s'appliquait également aux publicités diffusées à l'égard des professionnels.

Désormais les professionnels bénéficieront d'une protection plus large, contre toutes les pratiques commerciales trompeuses par action. Cette extension de l'infraction permettra d'appréhender plus aisément des pratiques déloyales visant certains professionnels (artisans ou petits commerçants) dans certains secteurs, tels que la vente d'encarts dans les annuaires professionnels ou la vente d'annonces pour la vente de fonds de commerce...etc.

En revanche, le nouveau texte ne permettra plus de relever d'infraction à l'égard d'un particulier qui met occasionnellement en vente un de ses biens en fournissant des indications erronées (véhicules d'occasion, bien vendu sur une plate-forme en ligne par exemple). Pour ce type de pratiques, les victimes pourront mettre en œuvre les dispositions du code civil (article 1382 du code civil) ; il pourra également être fait application de l'article L.213-1 du code de la consommation relatif à la tromperie, dès lors qu'un contrat aura été conclu.

Cette notion de particulier doit être cependant appréciée en fonction du contexte et de l'activité réelle du vendeur. Aux termes de l'article 2-b) de la directive, le professionnel est défini 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* ». Sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, des particuliers qui agiraient dans le cadre d'une activité commerciale régulière, moyennant paiement et dont les méthodes de promotion (publicité ou autres) seraient trompeuses et de nature à porter préjudice aux consommateurs, pourraient être poursuivis au titre de l'article L.121-1 et suivants du code de la consommation. L'inscription au RCS et donc le statut de commerçant n'est pas un critère exigé pour définir un professionnel au sens de la directive n°2005/29/CE.

- **Les pratiques commerciales trompeuses par omission**

Les omissions trompeuses commises en vertu de l'article L.121-1 II visent les seules pratiques commises par les professionnels à l'égard des consommateurs.

C- Les sanctions des pratiques commerciales trompeuses

Application du texte

La nouvelle infraction de pratique commerciale trompeuse peut être relevée pour des faits commis après le 5 janvier 2008 (cf. page 2).

Les faits antérieurs relevant de la qualification ancienne de publicité trompeuse peuvent également être relevés et visés au titre de la nouvelle qualification de pratique commerciale trompeuse dès lors que celle-ci englobe la publicité trompeuse. En effet, on peut considérer qu'il y a continuité entre l'ancien et le nouveau texte pour ce qui relève strictement de la diffusion de messages fallacieux ou erronés. Ces faits sont en outre sanctionnés des mêmes peines.

Les peines

Toutes les pratiques commerciales trompeuses relevant de l'article L.121-1 sont passibles des sanctions pénales prévues aux articles L.121-6 et L.121-4 du code de la consommation, à savoir :

- les peines de l'article L.213-1, c'est à dire **amende de 37.500 euros et/ou emprisonnement de 2 ans**
- **l'amende peut être portée à 50% des dépenses de la publicité ou de la pratique constituant le délit.**
- **Au titre des peines complémentaires le tribunal ordonne la publication du jugement. Il peut, de plus, ordonner la diffusion, aux frais du condamné d'annonces rectificatives.**

- **Les personnes morales, en vertu de l'article L.213-6 du code de la consommation sont passibles :**
 - **D'une amende égale au quintuple de celle prévue pour les personnes physiques.**
 - **D'une interdiction, à titre définitif ou pour une durée de 5 ans au plus, d'exercer directement ou indirectement l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.**
 - **L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique.**

La transaction pénale

L'article 39 de la loi du 3 janvier 2008 a doté la DGCCRF d'un pouvoir de transaction à mettre en œuvre selon les modalités prévues à l'article L.141-2 du code de la consommation, pour les infractions visées à l'article L.121-1.

C'est la première fois qu'un texte prévoyant des peines d'emprisonnement peut donner lieu à une transaction.

Les principes généraux de l'annexe 4 de la note de service n°2006-33 du 23/08/2006 fixant les instructions en matière transactionnelle s'applique aux transactions relatives à l'article L.121-1.

La présente note n'indique aucun montant minimum à proposer au titre de la transaction à l'auteur de l'infraction. Les pratiques commerciales trompeuses peuvent en effet revêtir des réalités extrêmement variées et une gravité également très variable, ce qui rend peu pertinente la fixation d'un seuil.

Le montant de la transaction sera à apprécier en fonction du contexte de l'infraction (retentissement local ou plus vaste, taille de l'entreprise, importance du préjudice. etc) et de la politique pénale des Parquets en la matière. Un accord sera donc à rechercher en priorité avec le ou les Procureurs de la République.

Il conviendra, en accord avec les Parquets, de n'utiliser la transaction pénale que pour des affaires ayant une portée limitée, sans dimension nationale et ne comptant pas de victimes déclarées susceptibles de se constituer partie civile.

Les poursuites pénales habituelles seront toujours privilégiées pour les affaires importantes, notamment celles causant un trouble grave à l'ordre public, celles ayant causé un préjudice à un ou plusieurs consommateurs ou celles dont la publicité du procès paraît nécessaire.

D- Les pouvoirs d'enquête

L'article L.141-1 du code de la consommation :

Les pratiques commerciales trompeuses sont recherchées et constatées dans les conditions fixées à l'article L.141-1 I, IV, V et VI :

- En vertu de l'article L.450-2 du code de commerce les procès-verbaux établis sur la base de l'article L.121-1 font foi jusqu'à preuve contraire et un double est laissé aux parties intéressées. Aux termes de l'article R.450-1 les procès-verbaux énoncent la nature, la date et le lieu des constatations ou des contrôles effectués. Ils sont signés de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations.
- Le cas échéant, des opérations de visite et de saisie peuvent être envisagées en vertu de l'article L.450-4 du code de commerce sur la base d'une autorisation judiciaire délivrée par un juge de la détention et des libertés.

- En vertu de l'article L.450-8 du code de commerce, l'opposition à l'exercice des fonctions des enquêteurs pourra être relevée (refus d'entrer en communication avec les enquêteurs, refus de les laisser accéder aux locaux. etc).
- En vertu de l'article L.470-5, des conclusions pourront être déposées par l'administration et développées oralement devant les juridictions pénales ou civiles.
- Les agents ne pourront se voir opposer le secret professionnel dans le cadre d'enquêtes relatives à des pratiques commerciales trompeuses (L.141-1 IV).
- S'agissant des moyens d'action, les agents pourront, après une procédure contradictoire, enjoindre au professionnel de se conformer à ses obligations et de cesser tout agissement illicite (L.141-1 V).
- La DGCCRF pourra, pour ces infractions, et après en avoir avisé le Procureur de la République, agir devant la juridiction civile, pour demander au juge d'ordonner, au besoin sous astreinte, toute mesure mettant un terme aux manquements ou agissements illicites (L.141-1 VI) (demande de cessation d'une publicité trompeuse par exemple).

Pour les modalités de mise en œuvre des suites administratives et civiles (injonctions et actions civiles), il convient de se reporter à la NS n° 2008-26 du 10 juin 2008.

Les articles L.121-2 à L.121-7 du code de la consommation :

Les pouvoirs d'enquête visés à l'article L.121-2 ont été maintenus et se trouvent étendus à toutes les pratiques commerciales trompeuses. Ils prévoient la possibilité pour les agents de la DGCCRF d'exiger du professionnel la production d'éléments de nature à justifier les pratiques reprochées.

Ainsi l'article L.121-2 précise que « les enquêteurs peuvent exiger du responsable d'une pratique commerciale la mise à leur disposition ou la communication de tous les éléments propres à justifier les allégations, indications ou présentations inhérentes à cette pratique. Ils peuvent également exiger de l'annonceur ou du responsable du support la mise à leur disposition des messages publicitaires diffusés ».

Pour demander la justification de la pratique commerciale trompeuse, les enquêteurs disposent des pouvoirs de l'article L.121-2 et de ceux du code de commerce.

Cependant, la procédure utilisée étant, dans une large mesure, celle du code de commerce (rédaction des procès-verbaux, signature. etc) il conviendra de qualifier le refus de produire les éléments justificatifs par le professionnel par l'article L.450-8 du code de commerce dont les peines (7500 euros d'amende et emprisonnement de 6 mois) sont inférieures à ce qui est prévu pour les mêmes faits à l'alinéa 2 de l'article L.121-7 du code de la consommation.

III) – LES PRATIQUES COMMERCIALES AGRESSIVES

L'article 39 de la loi du 3 janvier 2008 a introduit l'infraction de pratique commerciale agressive aux articles L.122-11 à L.122-15 du code de la consommation, pour la transposition des articles 8 et 9 de la directive n°2005/29/CE.

A- Les éléments constitutifs

Il s'agit d'une infraction nouvelle définie à l'article L.122-11 du code de la consommation :

Art.L.122-11 :

I. - Une pratique commerciale est agressive lorsque du fait de sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale, et compte tenu des circonstances qui l'entourent :*

1° Elle altère ou est de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur ;

2° Elle vicie ou est de nature à vicier le consentement d'un consommateur ;

3° Elle entrave l'exercice des droits contractuels d'un consommateur.

**II. - Afin de déterminer si une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée, les éléments suivants sont pris en considération :*

1° Le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance ;

2° Le recours à la menace physique ou verbale ;

3° 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 la décision du consommateur à l'égard du produit ;

4° 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 ;

*5° Toute menace d'action alors que cette action n'est pas légalement possible.**

Eléments matériel et intentionnel

L'article 8 de la directive vise le harcèlement ou la contrainte, y compris physique, ou l'influence injustifiée.

La notion d'influence injustifiée est définie à l'article 2 j) de la directive comme étant « l'utilisation d'une position de force vis à vis du consommateur de manière à faire pression sur celui-ci même sans avoir recours à la force physique ou menacer de la faire, de telle manière que son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause soit limitée de manière significative. »

Le **paragraphe I** de l'article L. 122-11 caractérise la pratique commerciale agressive par le recours à certains moyens et les effets produits sur le consommateur.

Aux termes de ce texte, une pratique commerciale agressive se traduit par des sollicitations répétées et insistantes ou l'usage d'une contrainte que celle-ci soit physique ou morale.

Le texte français est donc parfaitement conforme au texte communautaire puisque le harcèlement se manifeste nécessairement par des sollicitations insistantes et répétées et que la contrainte morale recouvre les cas d'exercice d'une influence injustifiée.

En définitive, une pratique commerciale agressive est caractérisée par la **pression** exercée sur le consommateur afin de le faire céder ou d'orienter ses choix.

Cette pression peut s'exercer selon des modalités différentes :

- Les sollicitations répétées et insistantes prenant par exemple la forme de sollicitations téléphoniques, de visites à domicile, de messages électroniques, de courriers ou de l'intervention successive dans un magasin de plusieurs vendeurs pour arracher la vente. Il s'agit de sollicitations personnalisées, commises individuellement à l'encontre d'un ou plusieurs consommateurs. Ainsi le simple harcèlement publicitaire ne pourra être considéré comme constituant une réelle pression sur le futur client et caractériser une pratique agressive, au sens de l'article L.122-11.

- La contrainte morale peut se manifester par un chantage, l'utilisation de la peur ou la crainte du client, l'intimidation, la menace, l'exploitation des circonstances.
- La contrainte physique, bien que sans doute plus rare dans le cadre des relations professionnels-consommateurs, peut être utilisée comme élément constituant la pratique agressive. Il peut en être ainsi de certaines méthodes de vente qui consistent à faire durer plusieurs heures le processus de négociation du prix ou des conditions de la vente et à « retenir » le client en magasin jusqu'à ce qu'ils contractent.

La pression exercée sur le consommateur doit avoir pour conséquence d'altérer sa liberté de choix, en amont de la conclusion du contrat, ou de vicier son consentement au moment de la conclusion du contrat, ou d'entraver l'exercice de ses droits contractuels après que le contrat ait été conclu.

Cette infraction recouvre un champ d'application large qui va de la négociation du contrat jusqu'à son exécution en passant par sa conclusion.

Les effets de la pression exercée sur le consommateur sont :

- l'altération de sa liberté de choix.

La directive, comme l'article L.122-11, précise que l'atteinte à la liberté de choix du consommateur doit être significative. Le texte vise là l'influence notable que doit avoir la pratique agressive sur le choix du consommateur quant à la conclusion d'un contrat, à son objet, à son prix et à son contenu.

- le vice de son consentement.

Cette notion, très proche de la précédente, vise l'absence de consentement libre et éclairé de la part du consommateur.

La directive rapproche ces deux notions en définissant la pratique agressive comme celle qui « amène ou est susceptible d'amener le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ». Elle vise ainsi le consommateur contraint de contracter et celui qui a consenti sous la pression à des conditions différentes de celles qu'il souhaitait.

La pratique commerciale agressive doit avoir une influence déterminante sur la décision d'achat du consommateur. Cependant, il n'est pas nécessaire que cette pratique ait abouti à un engagement contractuel. Une pratique agressive ayant seulement pour objet, ou étant de nature à faire contracter des consommateurs à des conditions notablement différentes de leur volonté initiale ou en l'absence d'un consentement libre et éclairé de leur part, pourra constituer une infraction à l'article L.122-11.

- l'entrave à l'exercice de ses droits contractuels

Tomberont également sous le coup de l'incrimination toutes les pratiques agressives faisant obstacle à l'exercice d'un droit contractuel (et a fortiori légal) : résolution de contrat, exercice d'un droit de rétractation, indemnisation au titre d'un contrat d'assurances, refus de l'échange prévu au contrat ...etc. L'entrave doit être effective. Elle devra être démontrée à partir d'éléments matériels tels que des courriers, des exigences du professionnel compliquant ou interdisant au consommateur d'exercer ses droits...etc.

Ainsi toutes pratiques consistant à accélérer le processus de la vente alors que le client bénéficie d'un délai de réflexion (perception d'un acompte le jour de la commande et livraison le jour même pour une vente réalisée à domicile par exemple), pourront être qualifiées de pratiques commerciales agressives si le client a été victime de pressions.

Le paragraphe II liste les éléments à prendre en considération pour déterminer les notions de harcèlement, de contrainte, y compris physique, et d'influence injustifiée. Il s'agit d'éléments qui précisent les circonstances qui entourent la pratique. Ils sont prévus à l'article 9 de la directive et ont été introduits à l'article L.122-11 par l'article 83 de la LME. Ils ne sont pas exhaustifs :

- Le moment, l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance.

Ce sont des éléments indispensables pour l'établissement d'un procès-verbal mais qui peuvent également revêtir parfois une importance particulière pour caractériser la pratique (heure tardive, endroit inhabituel pour une vente... etc).

- Le recours à la menace physique ou verbale.

Même en l'absence de preuves matérielles, tous les éléments relatifs à l'utilisation de la violence, même verbale, devront être relatés dans la procédure.

- 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 la décision du consommateur à l'égard du produit.

Tel peut être le cas, par exemple, d'un réparateur à domicile qui profiterait d'une situation d'urgence pour convaincre le client de la nécessité de changer des éléments coûteux ou de refaire une installation complète, alors qu'une réparation à moindre coût était possible. Néanmoins ces circonstances sont déjà visées au titre de l'abus de faiblesse.

- Tout obstacle non contractuel important ou disproportionné imposé par le professionnel au consommateur souhaitant faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur.

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

Il peut s'agir de menaces d'action en justice non fondée (cf. méthodes utilisées par certains organismes de recouvrement de créances).

En résumé, l'infraction de pratique commerciale agressive devra révéler le **caractère manifestement abusif** du harcèlement ou de la contrainte exercée par le professionnel sur le consommateur. La simple volonté de tromper le client, l'utilisation d'arguments de vente fallacieux (« boniment du marchand » ou « bagout du vendeur ») ou l'inexécution de la part du professionnel de ses obligations, ne pourront suffire à la caractériser.

Cette infraction emprunte beaucoup au droit des contrats, notamment à la théorie du vice du consentement (articles 1109 et suivants du code civil) aux termes de laquelle l'altération du consentement du consommateur doit résulter d'une contrainte de la part du professionnel. Pour les pratiques commerciales agressives, comme en matière de vice du consentement, l'accent est porté sur la manière dont le contrat a été formé, sur les circonstances contraignantes imposées par le professionnel, beaucoup plus que sur la teneur du contrat.

Cependant, même si le caractère agressif de la pratique et l'évaluation de ses conséquences sur la décision de contracter du consommateur sont les seuls éléments constitutifs de l'infraction, il est néanmoins vivement recommandé d'en apprécier l'ampleur en s'attachant au contenu du contrat lui-même. L'objet du contrat, la nature, le montant de celui-ci peuvent venir confirmer la pratique commerciale agressive ou en être, à tout le moins, une circonstance aggravante. Il peut en être ainsi de contrats de vente très onéreux alors que les moyens de la personne harcelée ne lui permettent pas un tel achat, de contrats pour la vente de biens inutilisables pour l'acheteur (une voiture pour une personne n'ayant pas le permis de conduire, une cuisine équipée à une personne ne possédant pas de bien immobilier), ou de contrats inadaptés aux besoins du consommateur.

2- La liste des pratiques commerciales réputées agressives

Une liste de huit pratiques réputées agressives figurant à l'annexe I de la directive, a été reprise à l'article L.122-11-1 du code de la consommation. Cette liste figure en annexe II de la présente note et ne constitue pas une liste exhaustive des pratiques commerciales agressives.

B- Les personnes concernées

L'infraction de pratique commerciale agressive, comme toute pratique commerciale déloyale, s'applique au consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

Elle se distingue en cela de l'abus de faiblesse visé à l'article L.122-8 du code de la consommation qui ne vise que les personnes en état de faiblesse ou d'ignorance, et pour laquelle il convient en premier lieu de démontrer l'état de vulnérabilité de la victime.

La nouvelle infraction réprime les pratiques agressives sans considération de la fragilité ou de l'ignorance du consommateur qui les subit.

Cependant, il convient, le cas échéant, de mentionner dans la procédure tous éléments relatifs à une situation de vulnérabilité particulière du consommateur (personne âgée, en état de grossesse, ne maîtrisant pas ou peu la langue française, endettée etc.), qui peuvent constituer des circonstances aggravantes à l'infraction commise.

C- Les sanctions

Les pratiques commerciales agressives sont passibles des sanctions pénales et peines complémentaires prévues aux articles L.122-11 à L.122-15 du code de la consommation, à savoir :

- **Emprisonnement de deux ans au plus et amende de 150.000 euros au plus (article L.122-12).**
- **Pour les personnes physiques, interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une activité commerciale. (article L.122-13).**
- **Pour les personnes morales, amende au quintuple de celle prévue pour la personne physique conformément à l'article 131-38 du code pénal et peines complémentaires mentionnées à l'article 131-39 du code pénal (article L.122-14).**

Par ailleurs, un **contrat** conclu au terme d'une pratique agressive, est **nul et de nul effet** (article L.122-15).

Le recours à la transaction pénale n'est pas prévu pour l'infraction de pratiques commerciales agressives. Les procès-verbaux établis sur la base de l'article L.122-11 seront donc transmis au Procureur de la République.

D- Les pouvoirs d'enquête

Les infractions à l'article L.122-11 et suivants sont recherchées et constatées dans les conditions prévues à l'article L.141-1 I, III, IV, V, VI du code de la consommation.

Les pouvoirs d'injonction du V et les pouvoirs d'action devant une juridiction civile (VI), n'apparaissent pas réellement adaptés à l'infraction de pratique commerciale agressive. Celle-ci doit en effet être appréciée in concreto, en considération de la personne victime, à l'occasion d'un acte isolé. Ce sera également une infraction instantanée qui nous sera rapportée, après qu'elle aura déjà été

commise. Enjoindre le professionnel de cesser la pratique aura peu de sens dans ce cas. Faire prononcer la cessation de la pratique par une juridiction civile n'en aura pas davantage.

Dans les cas où il sera démontré que les pratiques agressives relèvent d'un système organisé, les suites pénales seront également privilégiées, s'agissant d'infractions particulièrement graves.

Le nouveau dispositif relatif aux pratiques commerciales déloyales augmente de manière significative la protection du consommateur français en élargissant le champ de la publicité trompeuse à toutes les pratiques commerciales ayant un caractère trompeur et en créant l'infraction de pratiques commerciales agressives.

Ces textes ont un champ très large : ils sont applicables à toutes les relations commerciales (liées à la promotion ou la vente d'un produit) entre professionnels et consommateurs portant sur tous types de produits ou services, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations.

Il conviendra de les utiliser lorsque les relations commerciales qui vous seront soumises présenteront un déséquilibre en défaveur du consommateur en visant à l'influencer et à porter atteinte à ses intérêts économiques.

Le Chef de Service

Francis AMAND

Liste des pratiques trompeuses en toutes circonstances

Article L.121-1-1 du code de la consommation

- 1) Pour un professionnel, se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas.
- 2) Afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire.
- 3) Affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou autre alors que ce n'est pas le cas.
- 4) Affirmer qu'un professionnel (y compris ses pratiques commerciales) ou qu'un produit a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas ou sans respecter les conditions de l'agrément, de l'approbation ou de l'autorisation reçue.
- 5) Proposer l'achat de produits à un prix indiqué sans révéler les raisons plausibles que pourrait avoir le professionnel de penser qu'il ne pourra fournir lui-même, ou faire fournir par un autre professionnel, les produits en question ou des produits équivalents au prix indiqué, pendant une période et dans des quantités qui soient raisonnables compte tenu du produit, de l'ampleur de la publicité faite pour le produit et du prix proposé (publicité appât).
- 6) Proposer l'achat de produits à un prix indiqué, et ensuite, soit refuser de présenter aux consommateurs l'article ayant fait l'objet de la publicité, soit refuser de prendre des commandes concernant cet article ou de le livrer dans un délai raisonnable, soit en présenter un échantillon défectueux, dans le but de faire la promotion d'un produit différent (amorcer et ferrer).
- 7) Déclarer faussement qu'un produit ne sera disponible que pendant une période très limitée ou qu'il ne sera disponible que sous des conditions particulières pendant une période très limitée afin d'obtenir une décision immédiate et priver les consommateurs d'une possibilité ou d'un délai suffisant pour opérer un choix en connaissance de cause.
- 8) S'engager à fournir un service après-vente aux consommateurs avec lesquels le professionnel a communiqué avant la transaction dans une langue qui n'est pas une langue officielle de l'État membre dans lequel il est établi et, ensuite, assurer ce service uniquement dans une autre langue sans clairement en informer le consommateur avant que celui-ci ne s'engage dans la transaction.
- 9) Déclarer ou de toute autre manière donner l'impression que la vente d'un produit est licite alors qu'elle ne l'est pas.
- 10) Présenter les droits conférés au consommateur par la loi comme instituant une caractéristique propre à la proposition faite par le professionnel.
- 11) Utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit, alors que le professionnel a financé celle-ci par lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur (publi-reportage).
- 12) Formuler des affirmations factuellement inexactes en ce qui concerne la nature et l'ampleur des risques auxquels s'expose le consommateur sur le plan de sa sécurité personnelle ou celle de sa famille qu'il n'achète pas le produit.

- 13) Promouvoir un produit similaire à celui d'un fabricant particulier de manière à inciter délibérément le consommateur à penser que le produit provient de ce même fabricant alors que tel n'est pas le cas.
- 14) Créer, exploiter ou promouvoir de promotion pyramidale dans lequel un consommateur verse une participation en échange de la possibilité de percevoir une contrepartie provenant essentiellement de l'entrée d'autres consommateurs dans le système plutôt que de la vente ou de la consommation de produits.
- 15) Déclarer que le professionnel est sur le point de cesser ses activités ou de les établir ailleurs alors que tel n'est pas le cas.
- 16) Affirmer d'un produit qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard.
- 17) Affirmer faussement qu'un produit est de nature à guérir des maladies, des dysfonctionnements ou des malformations.
- 18) Communiquer des informations factuellement inexactes sur les conditions de marché ou sur les possibilités de trouver le produit, dans le but d'inciter le consommateur à acquérir celui-ci à des conditions moins favorables que les conditions normales de marché.
- 19) Affirmer dans le cadre d'une pratique commerciale qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable.
- 20) Décrire un produit comme étant « gratuit », « à titre gracieux », « sans frais » ou d'autres termes similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés à la réponse à la pratique commerciale et au fait de prendre possession ou livraison de l'article.
- 21) Inclure dans le matériel promotionnel une facture ou un document similaire demandant paiement qui donne au consommateur l'impression qu'il a déjà commandé le produit commercialisé alors que ce n'est pas le cas.
- 22) Faussement affirmer ou donner l'impression que le professionnel n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ou se présenter faussement comme un consommateur.
- 23) Créer faussement l'impression que le service après-vente en rapport avec un produit est disponible dans un État membre autre que celui dans lequel le produit est vendu.

Liste des pratiques agressives en toutes circonstances

Article L.122-11-1 du code de la consommation

- 1) - Donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu.

- 2) - Effectuer des visites personnelles au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux ou de ne pas y revenir, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle.

- 3) - Se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle.

- 4) - Obliger un consommateur qui souhaite demander une indemnité au titre d'une police d'assurance à produire des documents qui ne peuvent raisonnablement être considérés comme pertinents pour établir la validité de la demande ou s'abstenir systématiquement de répondre à des correspondances pertinentes, dans le but de dissuader ce consommateur d'exercer ses droits contractuels.

- 5) 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. Cette disposition ne porte pas atteinte à l'article 16 de la directive 89/552/CEE sur la radiodiffusion télévisuelle.

- 6) Exiger le paiement immédiat ou différé de produits fournis par le professionnel sans que le consommateur les ait demandés, ou exiger leur renvoi ou leur conservation, sauf lorsqu'il s'agit d'un produit de substitution fourni conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 97/7/CE (fournitures non demandées).

- 7) Informer explicitement le consommateur que s'il n'achète pas le produit ou le service, l'emploi ou les moyens d'existence du professionnel seront menacés.

- 8) Donner la fausse impression que le consommateur a déjà gagné, gagnera ou gagnera en accomplissant tel acte un prix ou un autre avantage équivalent, alors que, en fait :
 - soit il n'existe pas de prix ou autre avantage équivalent,
 - soit, l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande du prix ou autre avantage équivalent est subordonné à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût.