

1

Les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs

Cécile DELFORGE
assistante à L'U.Lg.
avocate

SOMMAIRE

Introduction	8
SECTION 1	
Les pratiques interdites dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur	9
SECTION 2	
La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de pratiques commerciales déloyales	40

Introduction

1. La législation belge relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs puise sa source dans la directive 2005/29/CE « sur les pratiques commerciales déloyales »¹. Les États membres disposaient d'un délai expirant le 12 juin 2007 pour transposer la directive, la transposition devant, en outre, être appliquée au plus tard le 12 décembre 2007². La Belgique est parvenue à effectuer ce travail dans le délai qui lui était imparti, mais de justesse, en promulguant, le 5 juin 2007, la loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (L.P.C.C.)³.

2. La transposition de la directive 2005/29/CE aurait pu être l'occasion de refondre intégralement la L.P.C.C., qui, en raison des modifications successives qui lui ont été apportées, manquait de clarté et de cohérence. Le législateur a préféré y insérer directement un nouveau chapitre VII intitulé « De la publicité et des pratiques commerciales déloyales » sans adapter le reste de la loi, alors que la conformité de certaines dispositions de celle-ci à la directive était discutable. La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de se prononcer sur ce choix légistique dans un arrêt du 23 avril 2009⁴. Même si une profonde réforme de la L.P.C.C. était en gestation⁵, c'est cet arrêt qui a servi de détonateur et contraint le législateur belge à « *revoir sa copie* »⁶ pour réaliser une transposition de la directive 2005/29/CE plus satisfaisante que celle issue de la loi du 5 juin 2007. Tel est l'objet de la

-
1. Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.U.E.*, L. 149, 11 juin 2005, p. 22.
 2. Article 19 de la directive 2005/29/CE.
 3. Loi du 5 juin 2007 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 21 juin 2007, p. 34272.
 4. C.J.C.E. (1^{re} ch.), 23 avril 2009, Aff. jointes C-261/07, *VTB-VAB n.v./Totalbelgium* et C-299/07, *Galatea b.v.b.a./Sanoma Magazines Belgium n.v.*, www.curia.europa.eu, *R.D.C.*, 2009, p. 770 et note L. DE BROUWER, *J.T.*, 2009, p. 428.
 5. Projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2983/001, p. 9.
 6. M. DUPONT, « La Cour européenne de justice sonne le glas de l'interdiction des offres conjointes », *J.T.*, 2009, p. 423.

loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (L.P.M.C.), qui abroge et remplace la loi du 14 juillet 1991 ⁷.

3. Dans la première section de notre contribution, nous commenterons les dispositions de la L.P.M.C. relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs ⁸. Nous y analyserons le triptyque que constitue le « test de loyauté » auquel la L.P.M.C. soumet ces pratiques commerciales. Nous nous attarderons ensuite sur la notion de consommateur moyen nouvellement insérée dans la loi avant d'envisager les sanctions civiles spécifiques qu'elle contient. Dans la seconde section, nous reviendrons sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne rendue en la matière et tenterons d'en dégager les enseignements.

SECTION 1

Les pratiques interdites dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur

A. Le cœur du régime

4. Le cœur du régime que nous commenterons se situe dans la section 1 du chapitre 4 de la loi du 6 avril 2010, intitulé « Pratiques interdites », et plus particulièrement aux articles 83 à 94. L'article 83 de la L.P.M.C. circonscrit le champ d'application de ce régime « aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs avant, pendant et après l'offre en vente et la vente de produits ». La notion de pratique commerciale recouvre « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'une entreprise, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit » ⁹. Cette définition, particulièrement large, englobe tant les pratiques commerciales qui s'exercent dans la phase précontractuelle que les pratiques commerciales intervenant dans la phase contractuelle. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette notion dans la seconde section de notre contribution.

7. Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010, p. 20803. Cette loi est entrée en vigueur le 12 mai 2010.

8. La loi du 6 avril 2010 régit également les pratiques du marché déloyales à l'égard d'autres personnes que les consommateurs, dans la section 2 du chapitre 4. Nous ne les envisagerons pas.

9. Article 2, 29°, de la L.P.M.C.

B. Le test de loyauté en cascade

5. Les articles 83 et suivants de la L.P.M.C. transposent le système contenu dans la directive 2005/29/CE et instaurent en droit belge ce que l'on a coutume d'appeler le « test de loyauté ». Ce test de loyauté s'articule sur trois niveaux qui doivent être envisagés en cascade.

D'abord, l'article 84 de la L.P.M.C. édicte une interdiction générale des pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs « avant, pendant et après l'offre en vente et la vente de produits »¹⁰.

Cette interdiction générale est ensuite complétée par deux normes d'interdiction « semi-générales » réputant déloyales les pratiques commerciales trompeuses (articles 88 à 90) et les pratiques commerciales agressives (articles 92 et 93)¹¹.

Enfin, on trouve une concrétisation de ces normes d'interdiction semi-générales aux articles 91 et 94, qui contiennent deux listes noires exhaustives reprenant respectivement les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives en toutes circonstances.

6. Pour soumettre une pratique commerciale au test de loyauté, le système que nous venons d'exposer doit lui être appliqué à rebours. En d'autres termes, il faudra, en premier lieu, vérifier si la pratique commerciale litigieuse est reprise dans l'une des listes noires. Si tel n'est pas le cas, on appréciera si cette pratique pourrait relever de l'interdiction semi-générale des pratiques commerciales trompeuses ou de l'interdiction semi-générale des pratiques commerciales agressives. Enfin, si cet examen se révèle également négatif, la pratique en question devra être confrontée à l'interdiction générale des pratiques commerciales déloyales. Ce n'est qu'après avoir constaté qu'elle ne relève pas non plus de cette interdiction générale que la pratique commerciale testée pourra être déclarée loyale et donc valide. Dans les lignes qui suivent, nous présenterons ces trois étapes du test de loyauté en suivant l'ordre prédécrit, ordre dans lequel le praticien doit les envisager.

1. Premier niveau – Les listes noires

7. Lorsqu'il s'agit de contrôler la loyauté d'une pratique commerciale, c'est en premier lieu à l'énumération contenue dans les listes noires qu'il faut se reporter. Les deux listes noires reprennent la liste figurant à l'annexe I de la

10. Articles 84 et 86 de la L.M.P.C.

11. Articles 85 et 86 de la L.P.M.C.

directive 2005/29/CE qui ne peut être modifiée que par une révision de la directive ¹².

Les pratiques commerciales « blacklistées » sont réputées déloyales en toutes circonstances et sont dès lors interdites en soi. Cela signifie que, face à l'une de ces pratiques, le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation. Au stade de l'examen d'une pratique commerciale au regard des listes noires, le comportement de l'entreprise est le seul élément à prendre en considération. Le magistrat n'est pas tenu de vérifier si ce comportement a influencé ou a pu influencer le consommateur, ce qu'il devra faire, en revanche, lorsqu'il confrontera le cas échéant la pratique commerciale aux interdictions semi-générales ¹³ et générale ¹⁴. S'il s'avère que la pratique dont il doit connaître appartient bien à l'une des listes noires, le magistrat n'aura d'autre choix que de reconnaître son caractère déloyal et d'en tirer les conséquences qui en découlent ¹⁵. Corrélativement, le consommateur victime d'une pratique commerciale réputée déloyale en toutes circonstances voit son fardeau probatoire allégé puisqu'il lui appartient uniquement d'établir que la pratique commerciale considérée constitue bien une pratique figurant sur l'une des deux listes noires ¹⁶. Cependant, cet allègement de la charge de la preuve demeure, selon nous, théorique. Les éléments constitutifs des pratiques reprises au sein des listes noires sont nombreux et précis, ce qui peut rendre la preuve de leur réunion malaisée.

8. L'article 91 de la L.P.M.C. liste vingt-trois pratiques commerciales trompeuses tandis que l'article 94 énumère huit pratiques commerciales agressives. Nous les examinerons dans les lignes qui suivent en tentant d'illustrer concrètement la plupart d'entre d'elles.

a) Les pratiques trompeuses

9. Aux termes de l'article 91 de la L.P.M.C., « *sont des pratiques commerciales déloyales, en toutes circonstances, les pratiques commerciales trompeuses qui ont pour objet de :*

1° *se prétendre signataire d'un code de conduite alors que ce n'est pas le cas ;*

La L.P.M.C. définit, à l'article 2, 31°, ce qu'il faut entendre par « code de conduite ». Il s'agit d'« un accord ou [d']un ensemble de règles qui ne sont pas imposés par les dispositions législatives, réglementaires ou

12. Article 5.5 de la directive 2005/29/CE.

13. Sur ce point, voy. *infra*, n°s 11 et s.

14. Sur ce point, voy. *infra*, n°s 24 et s.

15. Sur les sanctions, voy. *infra*, n°s 31 et s.

16. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *Wet marktpraktijken*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 42, n° 65.

administratives et qui définissent le comportement des entreprises qui s'engagent à être liées par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs d'activité ». Ce qui est réputé déloyal en toutes circonstances par l'article 91, 1°, de la L.P.M.C., c'est le fait, pour l'entreprise, de se prétendre faussement signataire d'un code de conduite et non le fait de violer un code de conduite auquel elle aurait préalablement adhéré. Une telle violation pourrait, éventuellement, relever de l'interdiction semi-générale des pratiques commerciales trompeuses (art. 89, 2°, de la L.P.M.C.)¹⁷.

- 2° *afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire ;*

La question s'est posée de savoir si l'autorisation devait émaner d'une autorité publique ou privée. Ni les travaux préparatoires de la loi du 5 juin 2007 ni la directive 2005/29/CE ne le précisent, de sorte qu'il est permis de penser que l'autorisation dont il est question à l'article 91, 2°, de la L.P.M.C. peut être délivrée tant par une autorité publique que par une instance privée¹⁸.

- 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'une entreprise, y compris ses pratiques commerciales, ou qu'un produit a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme 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 l'entreprise de penser qu'elle ne pourra fournir elle-même, ou faire fournir par une autre entreprise, 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 ;*

Il s'agit ici d'interdire la publicité-appât. Pour que la pratique envisagée relève de cette interdiction, il faut vérifier si l'entreprise est ou non en mesure de livrer les produits qu'elle propose, ou des produits semblables, soit elle-même, soit en ayant recours à une autre entreprise. Il doit notamment être tenu compte, dans le cadre de cette vérification, de l'ampleur de la publicité réalisée par l'entreprise¹⁹. Une entreprise qui

17. Sur ce point, voy. *infra*, n° 17.

18. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 43, n° 67.

19. Gand, 27 septembre 2005, *Jb. Hand.*, 2005, p. 176.

effectueraient une campagne de publicité massive sans disposer des stocks suffisants ou sans prendre les mesures nécessaires pour répondre à la demande générée par cette campagne publicitaire violerait l'article 91, 5°, de la L.P.M.C. L'entreprise échappera, par contre, à l'application de cette interdiction en signalant au consommateur qu'il est possible que le produit vanté ne puisse pas lui être fourni, ou ne puisse pas lui être fourni au prix proposé²⁰.

L'article 91, 5°, de la L.P.M.C. doit être lu en combinaison avec l'article 37 de la L.P.M.C. qui impose à l'entreprise de délivrer au consommateur un titre lui donnant le droit d'acquérir le produit proposé dans une publicité lorsqu'elle ne dispose plus de ce produit, cela « dans un délai raisonnable et selon les termes de l'offre »²¹. L'obligation de l'entreprise de délivrer un titre au consommateur vaut également lorsque la publicité ne constitue pas une publicité-appât interdite par l'article 91, 5°, de la L.P.M.C. Il n'en demeure pas moins qu'une entreprise qui ne peut répondre à la demande du consommateur à la suite d'une publicité-appât viole l'article 91, 5°, de la L.P.M.C. et ce, même si elle se conforme à l'article 37 de la L.P.M.C.²², ces deux dispositions étant applicables indépendamment l'une de l'autre.

6° *proposer l'achat de produits à un prix indiqué, et ensuite, dans le but de faire la promotion d'un produit différent :*

- a) *soit refuser de présenter au consommateur le produit proposé ;*
- b) *soit refuser de prendre des commandes concernant ce produit ou de le livrer dans un délai raisonnable ;*
- c) *soit en présenter un échantillon défectueux ;*

20. L. DE BROUWER et G. SORREAU, « La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur : une occasion manquée », *R.D.C.*, 2008, p. 393, n° 87.

21. L'article 37 modalise cette obligation faite à l'entreprise. Le titre donnant au consommateur le droit d'acquérir le produit ne doit pas lui être délivré si la valeur de ce produit est inférieure à 25 euros. L'alinéa 2 de l'article 37 contient en outre trois exceptions à l'obligation qu'a l'entreprise de délivrer ce titre au consommateur. L'entreprise échappera ainsi à cette obligation lorsqu'elle ne peut plus constituer un nouveau stock des biens concernés aux mêmes conditions (art. 37, al. 2, litt. a) ou ne souhaite plus, après épuisement de son stock, offrir en vente les biens concernés et qu'elle le mentionne clairement dans sa publicité (art. 37, al. 2, litt. b) ou encore lorsqu'elle a mentionné dans la publicité concernée le nombre de biens en stock pour chacun des points de vente pour lesquels la publicité a été faite (art. 37, al. 2, litt. c). L'article 37, alinéa 1^{er}, *initio*, réserve expressément l'application de l'article 88, 1° et 2°, de la L.P.M.C. relatif aux pratiques commerciales trompeuses en rapport avec l'existence ou la nature du produit (art. 88, 1°) et les caractéristiques de celui-ci au rang desquelles on trouve sa disponibilité (art. 88, 2°).

22. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, pp. 44-45, n° 67 et pp. 104-105, n°s 160 et 161.

Cette interdiction concerne la publicité “*bait and switch*” que l’on peut traduire par « amorcer et ferrer ». Pour qu’une pratique commerciale constitue la pratique interdite par l’article 91, 6°, de la L.P.M.C., il est requis que l’une des trois hypothèses listées soit rencontrée²³. Le but poursuivi par l’entreprise de faire la promotion d’un produit différent en proposant un produit à l’achat est un élément subjectif qu’il faudra rechercher dans son chef et ce, dans chacun des cas énumérés. Cette précision, conforme au texte de la directive 2005/29/CE, est nouvelle par rapport au texte de la L.P.C.C.²⁴. L’élément subjectif pourra certainement être excipé de circonstances objectives, telle que l’ampleur de la publicité qui permet d’inférer que l’entreprise savait ou devait savoir qu’elle ne serait pas en état de satisfaire la demande engendrée par cette publicité²⁵.

- 7° *déclarer faussement que le 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 le consommateur d’une possibilité ou d’un délai suffisant pour opérer un choix en connaissance de cause ;*

L’interprétation des termes « pendant une période très limitée » pose question. Il est généralement admis que l’article 91, 7°, de la L.P.M.C. peut s’appliquer quand bien même le consommateur aurait pris un temps de réflexion. En d’autres termes, il n’est pas exigé que l’entreprise ait forcé le consommateur à prendre une décision sur-le-champ. Le simple fait que l’entreprise annonce, par exemple, que l’action promotionnelle se termine le jour-même alors que cette action sera en réalité prolongée suffit à constituer la pratique commerciale trompeuse visée à l’article 91, 7°, de la L.P.M.C.²⁶.

- 8° *s’engager à fournir un service après-vente aux consommateurs, avec lesquels l’entreprise a communiqué avant la transaction, dans une langue qui n’est pas une langue nationale 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 ;*

23. *Idem*, p. 45.

24. Dans l’ancien article 94/8, 6°, de la L.P.C.C., les termes « dans le but de faire la promotion d’un produit ou d’un service différent » figuraient en finale du littera c), ce qui laissait entendre que cette intention de l’entreprise ne devait être recherchée que dans cette hypothèse et non dans les deux précédentes. Une mise en conformité avec la directive 2005/29/CE était donc nécessaire.

25. E. TERRY, « Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken », in *De Wet Handelspraktijken anno 2008*, G. STRAETMANS, J. STUYCK, E. TERRY (eds.), Malines, Kluwer, 2008, p. 74.

26. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 46.

Serait, par exemple, sanctionné sur la base de cette disposition le fait, pour une entreprise néerlandaise, de conclure aux Pays-Bas, avec un consommateur belge en anglais et d'assurer le service après-vente en néerlandais. L'on peut s'interroger sur l'opportunité de faire référence à « une langue qui n'est pas la langue nationale »²⁷. Il est vraisemblable que l'on ait, par là, visé le *quod plerumque fit*. Il arrive en effet que, pour des raisons évidentes de facilité, un contrat soit conclu entre une entreprise et un consommateur dans une langue que les deux parties comprennent mais qui n'est pas une langue nationale. Tel est fréquemment le cas lors de transactions commerciales transfrontalières que le législateur européen vise précisément à encourager²⁸.

Il aurait sans doute été plus indiqué d'interdire à l'entreprise d'assurer le service après-vente dans une langue différente de la langue dans laquelle le contrat a été conclu sans en informer auparavant le consommateur et, partant, d'omettre, dans le texte légal, la référence à une langue nationale. Imaginons que la conclusion du contrat ait eu lieu dans une langue nationale et que le service après-vente soit ensuite assuré dans une autre langue, nationale ou non. Dans ce cas, le consommateur ne pourra pas se prévaloir de l'article 91, 8°, de la L.P.M.C., puisque celui-ci vise l'hypothèse dans laquelle le contrat a été conclu dans une langue qui n'est pas une langue nationale, *quod non in casu*. Or, le consommateur qui contracte dans une langue nationale s'attend très certainement à ce que le service après-vente lui soit fourni dans cette même langue.

Notons qu'il n'est pas interdit d'assurer le service après-vente dans une autre langue que celle de la conclusion du contrat, à la condition, toutefois, d'en avoir préalablement averti le consommateur²⁹.

- 9° *déclarer ou donner l'impression que la vente d'un produit est licite alors qu'elle ne l'est pas ;*

Cette interdiction vise tant les déclarations explicites que les pratiques commerciales laissant implicitement penser que la vente d'un produit est licite. Quant à l'emploi du terme « licite », il doit être entendu dans le sens de « conforme aux dispositions légales ou réglementaires applicables »³⁰.

27. La huitième pratique listée à l'annexe I de la directive utilise les termes « une langue qui n'est pas une langue officielle de l'État membre dans lequel [le professionnel] est établi ».

28. Considérants 4 et 5 de la directive 2005/29/CE.

29. L. DE BROUWER et G. SORREAU, *op. cit.*, 2008, p. 396, n° 100.

30. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 46 ; L. DE BROUWER et G. SORREAU, *op. cit.*, p. 394, n° 90.

- 10° *présenter les droits conférés au consommateur par des dispositions légales ou réglementaires comme constituant une caractéristique propre à la proposition faite par l'entreprise ;*

Sont ici visées les pratiques des entreprises tendant à séduire le consommateur en lui présentant des droits dont il dispose en vertu de dispositions légales ou réglementaires comme étant uniquement conférés par l'entreprise. Tomberait, par exemple, sous le coup de cette interdiction, la pratique commerciale consistant, pour une entreprise, à présenter au consommateur la garantie des biens de consommation dont il bénéficie en application des articles 1649*bis* et suivants du Code civil³¹ comme une garantie qu'elle est la seule à offrir, laissant par-là entendre au consommateur qu'il est intéressant d'opter pour ses produits plutôt que pour ceux d'entreprises concurrentes. Il en irait bien entendu autrement si l'entreprise étendait, au profit du consommateur, les droits légaux ou réglementaires dont celui-ci bénéficie et l'annonçait dans le cadre de ses pratiques commerciales puisqu'elle proposerait alors effectivement un avantage par rapport à ses concurrents. Tel serait, par exemple, le cas si elle allongeait le délai de six mois prévu à l'article 1649*quater*, § 4, du Code civil pendant lequel le défaut de conformité du bien de consommation vendu est présumé exister au moment de la délivrance.

- 11° *utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit, alors que l'entreprise a financé celle-ci elle-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur ;*

L'article 91, 11°, de la L.P.M.C. incrimine le publireportage qui ne dit pas son nom. Ainsi, un article publié dans un magazine féminin et vantant les mérites d'une marque de cosmétiques alors que l'entreprise a contribué à la rédaction de cet article sans que cela ne soit clairement indiqué aux lectrices violerait l'article 91, 11°, de la L.P.M.C. La brochure explicative de la Commission européenne reprend un exemple où il est question d'« un article dans un magazine de voyages sur le trekking en Norvège [qui] vante également les mérites d'une certaine marque de matériel de camping pour ce genre de voyage [alors que] le fabricant de ce matériel a contribué financièrement à l'article et [que] les lecteurs

31. Nous raisonnons ici dans le cadre de la relation entre l'entreprise et le consommateur où l'entreprise est envisagée en tant que vendeur direct de biens de consommation et doit, dès lors, fournir au consommateur la garantie visée aux articles 1649*bis* et suivants du Code civil. Nous n'envisageons pas la garantie commerciale que pourrait offrir, par ailleurs, le producteur des biens de consommation vendus.

n'en sont pas informés »³². L'entreprise évitera cet écueil en faisant figurer, clairement et lisiblement, la mention « publiportage » ou « ceci est une publicité » dans sa communication³³.

- 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 de celle de sa famille s'il n'achète pas le produit ;*

La formulation de l'article 91, 12°, de la L.P.M.C. permet d'affirmer qu'il ne concerne que le fait, pour une entreprise, de faire état de fausses informations afin de générer chez le consommateur un sentiment de peur et l'amener à contracter. L'utilisation d'informations exactes créant un sentiment d'insécurité chez le consommateur ne relève pas, en revanche, de cette disposition. L'on ne pourrait pas, par exemple, reprocher à une entreprise de commettre une pratique trompeuse au sens de l'article 91, 12°, de la L.P.M.C. si elle se fondait sur les statistiques des vols et agressions survenus dans certains quartiers pour en faire état auprès des consommateurs qui y résident. Il en irait autrement si les statistiques invoquées dans le cadre des pratiques commerciales de l'entreprise étaient inexactes.

- 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 un système de promotion pyramidale dans lequel le consommateur verse une participation en échange de la possibilité de percevoir une contrepartie provenant plutôt de l'entrée de nouveaux consommateurs dans le système que de la vente ou de la consommation de produits ;*

Cette interdiction fut nouvellement intégrée dans la liste noire des pratiques trompeuses par la L.P.M.C. Le législateur a inséré, dans cette liste noire, le point 14 de l'Annexe I de la directive 2005/29/CE afin de transposer fidèlement celle-ci. L'article 91, 14°, de la L.P.M.C. remplace, de manière plus conforme à la directive 2005/29/CE, l'article 84 de la L.P.C.C. qui interdisait les ventes en chaîne³⁴.

La brochure explicative de la Commission européenne propose d'illustrer cette pratique interdite de la manière suivante : « Diriger une structure de

32. Brochure de la Commission européenne « La directive relative aux pratiques commerciales déloyales », p. 22, consultable à l'adresse : http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_fr.pdf.

33. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 47.

34. Exposé des motifs du projet de loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/005, p. 78.

marketing en réseau vendant des produits de beauté et demander à ceux qui souhaitent rejoindre le réseau de distributeurs de payer un droit d'entrée disproportionné par rapport à la valeur des documents reçus (par exemple, l'information sur les produits) ou des coûts administratifs, et dont la source principale de rémunération est le recrutement d'autres personnes pour le réseau »³⁵.

- 15° *déclarer faussement que l'entreprise est sur le point de cesser ses activités ou de les établir ailleurs, alors que tel n'est pas le cas, sans préjudice des articles 24 et suivants ;*

Est visée la pratique consistant à faire figurer sur la vitrine des locaux de l'entreprise des mentions telles que « liquidation de stock », « cessation d'activités, tout doit disparaître » alors que l'entreprise poursuit et poursuivra ses activités³⁶. La finale de l'article 91, 15°, de la L.P.M.C. réserve l'application des articles 24 et suivants qui réglementent les ventes en liquidation et, notamment, l'utilisation du terme « liquidation » et de « toute autre dénomination équivalente »³⁷.

- 16° *affirmer d'un produit qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard ;*

Seule l'affirmation qu'un produit augmente les chances de gagner aux jeux de hasard est interdite par l'article 91, 16°, de la L.P.M.C. La promotion des jeux de hasard n'est pas, en elle-même, interdite. La notion de « jeux de hasard » n'est définie ni dans la directive 2005/29/CE, ni dans la L.P.M.C. Il faudra attendre que la Cour de justice en détermine le sens³⁸, ce qu'elle n'a, à l'heure actuelle et à notre connaissance, pas encore fait. L'article 91, 16°, de la L.P.M.C. laisse donc la porte ouverte à des questions d'interprétation. Une solution temporaire pourrait être de se référer à la définition contenue dans la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs³⁹.

35. Brochure de la Commission européenne, *op. cit.*, p. 22.

36. *Idem.*

37. Article 24 de la L.P.M.C.

38. L. DE BROUWER et G. SORREAU, *op. cit.*, p. 395, n° 98 ; E. TERRY, *op. cit.*, p. 77.

39. Loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs, modifiée par la loi du 10 janvier 2010, avec effet au 1^{er} janvier 2011. L'article 2, 1°, de cette loi définit le jeu de hasard comme « tout jeu ou pari pour lequel un enjeu de nature quelconque est engagé, ayant pour conséquence soit la perte de l'enjeu par au moins un des joueurs ou des parieurs, soit le gain de quelque nature qu'il soit, au profit d'au moins un des joueurs, parieurs ou organisateurs du jeu ou du pari et pour lequel le hasard est un élément, même accessoire, pour le déroulement du jeu, la détermination du vainqueur ou la fixation du gain ». L'article 3 de la loi énonce, par ailleurs, ce qu'il ne faut pas considérer comme un jeu de hasard.

- 17° *affirmer faussement qu'un produit est de nature à guérir des maladies, des dysfonctionnements ou des malformations ;*

Cette disposition interdit, par exemple, d'affirmer d'un produit qu'il guérit les allergies, alors que ses résultats n'ont pas été démontrés scientifiquement.

- 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 le produit à des conditions moins favorables que les conditions normales de marché ;*

Pour que cette interdiction trouve à s'appliquer, il faut que, dans le cadre de la pratique commerciale mise en œuvre, les informations communiquées soient inexactes. Le consommateur doit-il, en sus, établir que ces informations ont pour but de l'inciter à contracter à des conditions moins favorables que celles du marché ? R. Steennot est d'avis que cette condition doit être objectivée de sorte qu'il faudra concrètement vérifier si les informations inexactes sont telles que l'entreprise sait ou doit savoir qu'elles sont de nature à amener le consommateur à contracter à des conditions moins favorables ⁴⁰.

- 19° *affirmer, dans le contexte 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 ;*

Même si l'on peut parfaitement concevoir ce que recouvre l'interdiction prévue par l'article 91, 19°, de la L.P.M.C., son application effective se heurtera le plus souvent à la difficulté, pour le consommateur, d'établir une telle pratique dans le chef de l'entreprise. En effet, en l'absence de publicité, chaque consommateur à qui aucun des prix décrits ou aucun équivalent raisonnable n'est attribué, peut penser qu'il en est ainsi parce qu'un autre consommateur l'a remporté, même si ce n'est pas le cas.

- 20° *décrire un produit comme étant « gratuit », « à titre gracieux », « sans frais », ou autres termes similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés à la réponse à l'offre et au fait de prendre possession ou livraison de l'article ;*

L'emploi, à l'article 91, 20°, de la L.P.M.C., des termes « gratuit », « à titre gracieux » et « sans frais » implique qu'une pratique commerciale pourrait être déclarée trompeuse, sur la base de cette disposition, si le consommateur devait, pour obtenir l'article présenté comme gratuit, acquérir un produit de l'entreprise ⁴¹. Il semble cependant qu'au vu de la

40. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 49.

41. *Idem*, p. 50 ; E. TERRY, *op. cit.*, p. 79, n° 57.

finale de l'article, le consommateur peut être amené à payer le coût d'un timbre, d'un appel téléphonique ⁴², etc. à condition que ces coûts représentent des « coûts inévitables » pour répondre à l'offre ou être mis en possession de l'article. La brochure de la Commission européenne illustre cette interdiction en prenant l'exemple d'une publicité dans un catalogue de vente par correspondance qui indique qu'un cadeau gratuit attend le consommateur alors que ce cadeau ne sera attribué qu'aux personnes qui effectueront des achats dans le catalogue ⁴³.

- 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 promu, alors que ce n'est pas le cas ;*

L'article 91, 21°, de la L.P.M.C. rappelle la pratique de la vente forcée par laquelle une entreprise expédie à un consommateur un produit qu'il n'a pas commandé et lui demande de le payer. Toutefois, dans l'hypothèse visée par l'article 91, 21°, de la L.P.M.C., le produit dont l'entreprise sollicite le paiement n'est pas remis au consommateur. Il s'agit plutôt d'adresser au consommateur une publicité ou une lettre à laquelle est annexé un bulletin de versement, ce qui est de nature à faire penser au consommateur qu'il a commandé un produit ou qu'il a bénéficié d'un service et qu'il doit donc le payer ⁴⁴. Si le consommateur effectuait le paiement réclamé, il pourrait assurément en exiger la restitution sur le fondement de la répétition de l'indu.

- 22° *affirmer faussement ou donner l'impression que l'entreprise n'agit pas à des fins qui entrent dans son activité professionnelle, ou se présenter faussement comme un consommateur ;*

À titre d'illustration, serait contraire à l'article 91, 22°, de la L.P.M.C. le fait, pour une entreprise, de mettre en vente une voiture d'occasion dans les petites annonces d'un journal local sans indiquer que son activité professionnelle consiste précisément dans la vente de véhicules d'occasion et laissant par là entendre que l'annonce émane d'un particulier ⁴⁵.

- 22° *créer faussement l'impression que le service après-vente en rapport avec un produit est disponible dans un État membre de l'Union européenne autre que celui dans lequel il est vendu ;*

42. Selon L. DE BROUWER et G. SORREAU, *op. cit.*, p. 396, n° 103, ne constituent pas un tel coût inévitable les frais liés à l'envoi d'un S.M.S. surtaxé.

43. Brochure de la Commission européenne, *op. cit.*, p. 23.

44. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 50.

45. Brochure de la Commission européenne, *op. cit.*, p. 23.

Le terme « faussement » n'implique pas que l'entreprise doive être de mauvaise foi. Il suffit que l'impression donnée au consommateur en ce qui concerne la disponibilité du service après-vente dans un État membre ne soit pas conforme à la réalité ⁴⁶.

b) Les pratiques agressives

10. La liste noire des pratiques réputées agressives en toutes circonstances figure à l'article 94 de la L.P.M.C. et vise à proscrire l'exercice, par l'entreprise, de pressions tant morales que physiques à l'égard du consommateur.

Les pratiques réputées agressives en toutes circonstances sont au nombre de huit :

- 1° *donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu ;*

Serait certainement appréhendée par cette interdiction la pratique consistant à imposer aux participants à une excursion de se rendre dans les locaux d'une entreprise et d'y subir une promotion des produits vendus par celle-ci de manière particulièrement insistante, en allant même jusqu'à leur suggérer qu'ils ne pourront poursuivre l'excursion qu'à la condition de passer une commande.

Plusieurs interrogations ont été soulevées à l'égard de cette interdiction lors de son introduction dans la L.P.C.C. par la loi du 5 juin 2007. La doctrine s'est d'abord demandé quel était le sens à donner aux mots « les lieux », qui étaient traduits en néerlandais par "*het pand*". L'on s'accorde à présent pour décider que « les lieux » visent tout lieu où l'entreprise exerce son commerce, en ce éventuellement compris, les moyens de transport utilisés par l'entreprise ⁴⁷. Ensuite, l'on s'est posé la question de savoir ce qu'il fallait entendre par « l'impression » que devait donner l'entreprise au consommateur. Selon R. Steennot, il reviendra au magistrat d'apprécier *in abstracto* si la pratique envisagée est de nature à donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra pas quitter les lieux ⁴⁸. En outre, une divergence existe entre la version française de l'article 94, 1°, de la L.P.M.C., qui parle de contrat « conclu » et la version néerlandaise, qui utilise le terme "*opgesteld*" (établi). La version française, qui reproduit

46. L. DE BROUWER et G. SORREAU, *op. cit.*, p. 396, n° 101 ; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 51.

47. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 51 ; J. STUYCK, « Agressieve handelspraktijken », in *De Wet Handelspraktijken anno 2008*, G. STRAETMANS, J. STUYCK, E. TERRY (eds.), Malines, Kluwer, 2008, p. 94, n° 21.

48. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 51.

le terme employé par la directive devrait l'emporter, la version néerlandaise se révélant trop étroite⁴⁹. La Commission européenne utilise, quant à elle, l'exemple suivant dans sa brochure explicative : « Oui, vous pourrez partir quand vous aurez signé le papier »⁵⁰. Enfin, si l'on peut louer l'ambition du législateur européen qui a voulu proscrire une pratique commerciale particulièrement désagréable, l'on peut aussi émettre des doutes en ce qui concerne la mise en œuvre concrète de cette interdiction en raison de la difficulté qu'aura le consommateur à faire la preuve de cette pratique agressive⁵¹.

- 2° *effectuer des visites personnelles au domicile du consommateur en ignorant sa demande de voir l'entreprise quitter les lieux ou ne pas y revenir, sans préjudice de dispositions légales ou réglementaires l'autorisant en vue d'assurer l'exécution d'une obligation contractuelle ;*

La Commission européenne illustre ainsi cette pratique agressive : « Un vendeur proposant des aspirateurs s'est introduit dans la maison d'un client pour lui faire la démonstration du produit et insiste pour continuer sa présentation alors que le client lui a clairement indiqué qu'il n'était pas intéressé »⁵².

Si la première partie de l'article 94, 2°, de la L.P.M.C. ne pose pas de difficulté, l'on ne peut en dire autant de la réserve contenue dans sa finale. Cette réserve était très certainement nécessaire pour transposer correctement le point 26 de l'annexe I de la directive 2005/29/CE, d'une part, et pour éviter que des pratiques – au demeurant légales – relèvent de l'interdiction des visites domiciliaires édictée par l'article 94, 2°, de la L.P.M.C., d'autre part. Mais l'intention qui animait le législateur européen lorsqu'il a réservé l'application de dispositions autorisant les visites au domicile du consommateur « en vue d'assurer l'exécution d'une obligation contractuelle » et contre la volonté de ce dernier, reste incertaine. Voulait-il permettre à l'entreprise de se rendre au domicile du consommateur et d'y demeurer malgré l'opposition de celui-ci en vue d'exécuter ses propres obligations contractuelles (par exemple, livrer le produit commandé, réaliser un travail...) ? Souhaitait-il laisser à l'entreprise la possibilité de procéder au recouvrement amiable de ses propres créances au domicile du consommateur ? Visait-il les procédures d'exécution forcée ?

49. L. DE BROUWER et G. SORREAU, *op. cit.*, p. 397, n° 106.

50. Brochure de la Commission européenne, *op. cit.*, p. 24.

51. *Idem.*

52. *Idem.*

Il nous semble que la réserve contenue dans la finale de l'article 94, 2°, de la L.P.M.C. ne peut trouver aucune concrétisation en droit belge. Nous n'apercevons pas, en droit national, de disposition permettant à une « entreprise » de s'introduire et de se maintenir au domicile d'un consommateur contre son gré.

Il faut, certes, réserver les procédures d'exécution forcée réalisées par un huissier de justice sur la base d'un titre exécutoire. Mais il nous paraît douteux que l'huissier de justice qui procède à une exécution forcée en vertu d'un titre exécutoire et qui se trouve, dès lors, investi d'une parcelle de la puissance publique puisse être qualifié d'« entreprise » au sens du droit européen. Ainsi, le recouvrement forcé opéré par un huissier de justice en vertu d'un titre exécutoire paraît bien se trouver en dehors du champ d'application tant de la directive⁵³ que de la L.P.M.C. qui la transpose en droit belge⁵⁴.

Certains auteurs⁵⁵ écrivent que la finale de l'article 94, 2°, de la L.P.M.C. vise la loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable de dettes du consommateur^{56 57}. Ainsi, l'entreprise qui effectue une visite au

53. La notion de « professionnel » employée par la directive 2005/29/CE englobe les professions libérales. Cependant, l'huissier de justice, envisagé en tant que dépositaire de la force publique, ne nous paraît pas relever de cette notion de sorte qu'envisagé comme tel, il se situe, selon nous, en dehors du champ d'application de la directive 2005/29/CE.
54. La L.P.M.C. définit l'entreprise à l'article 2, 1°, comme « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ». L'article 3, § 2, de la L.P.M.C. exclut cependant de son champ d'application les titulaires de professions libérales, étant entendu qu'un titulaire de profession libérale est : « toute entreprise qui n'est pas commerçante au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce et qui est soumise à un organe disciplinaire créé par la loi ». Le législateur belge soumet par ailleurs les titulaires de professions libérales à la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales. Cette dernière loi devra être adaptée en vue de la transposition de la directive 2005/29/CE à l'égard des professions libérales. Cela étant, comme nous l'avons dit, nous ne pensons pas que puisse être considéré comme une entreprise au sens du droit européen, l'huissier de justice qui agit en tant que dépositaire d'une parcelle de la puissance publique.
55. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 52 ; R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *Handboek consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 75, n° 123 ; L. DE BROUWER et G. SORREUX, *op. cit.*, p. 397, n° 107.
56. Loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur, *M.B.*, 29 janvier 2003, p. 3644.
57. Tel pourrait aussi être le cas du législateur belge. Les travaux préparatoires de la loi du 5 juin 2007 n'envisagent pas l'application de la loi du 20 décembre 2002 lorsqu'il est question de l'interdiction figurant à l'actuel article 94, 2°, de la L.P.M.C., mais ils l'envisagent lors de l'examen de l'actuel article 94, 3°, de la L.P.M.C., dont le littéra a) reprend exactement la même réserve que l'article 94, 2°. Il pourrait donc être permis d'inférer de la référence faite dans les travaux préparatoires à la loi du 20 décembre 2002 en ce qui concerne l'actuel article 94, 3°, de la L.P.M.C., que cette référence pourrait valoir également dans le cadre de l'interprétation de l'article 94, 2°, de la L.P.M.C.

domicile du consommateur conformément aux dispositions de cette loi ne se rend pas coupable d'une pratique commerciale agressive au sens de l'article 94, 2°, de la L.P.M.C. L'entreprise qui tente elle-même de recouvrer sa propre créance en se fondant sur la loi du 20 décembre 2002 est uniquement tenue de respecter certaines des dispositions de cette loi⁵⁸. Elle échappe, notamment, à son article 7 qui régit les visites domiciliaires et en définit les modalités de façon à permettre l'exercice, par le consommateur, de son droit de les refuser et d'y mettre fin à tout moment⁵⁹. Est-ce à dire que l'entreprise à laquelle cet article ne s'applique pas pourrait faire la sourde oreille à la demande que lui adresserait le consommateur de quitter les lieux ? Nous ne le pensons pas. L'entreprise qui procède au recouvrement amiable de sa propre créance demeure soumise à l'article 3 de la loi du 20 décembre 2002, qui interdit « tout comportement ou pratique qui porte atteinte à la vie privée du consommateur

58. La loi du 20 décembre 2002 distingue en effet le « recouvrement amiable de dettes » qui est « tout acte ou pratique qui a pour but d'inciter le débiteur à s'acquitter d'une dette impayée, à l'exception de tout recouvrement sur la base d'un titre exécutoire » (art. 2, § 1^{er}, 1^o) de l'« activité de recouvrement amiable de dettes » définie comme « l'activité professionnelle, exercée même à titre accessoire par une personne physique ou morale, et qui consiste dans le recouvrement amiable de dettes impayées pour compte d'autrui sans avoir contribué à la conclusion du contrat sous-jacent, ainsi que le recouvrement amiable de créances cédées contre rémunération » (art. 2, § 1^{er}, 2^o). La distinction entre ces notions détermine le champ d'application des règles générales et des règles spécifiques que la loi prévoit. Ainsi, le recouvrement amiable de dettes est soumis aux règles générales de l'article 3 tandis qu'il existe, outre ces règles générales, des règles spécifiques (les articles 4 à 8 de la loi) encadrant en plus l'activité de recouvrement amiable de dettes. Rappelons que la loi du 20 décembre 2002 a été modifiée par les articles 38 et 39 de la loi du 27 mars 2009 de relance économique (*M.B.*, 7 avril 2009, p. 25986) qui ont rendu applicables aux avocats, aux officiers ministériels et aux mandataires de justice certaines dispositions de la loi du 20 décembre 2002 alors qu'ils y échappaient auparavant. La Cour constitutionnelle, dans un arrêt du 16 septembre 2010, a annulé l'article 38, 2°, de la loi du 27 mars 2009 – qui modifiait l'article 2, § 2, de la loi du 20 décembre 2002 – en ce qu'il rendait applicable aux avocats, aux officiers ministériels et aux mandataires de justice, le régime des sanctions civiles de l'article 14 et ce, uniquement en ce qu'elles répriment une atteinte aux articles 5, 6 et 7 de la loi du 20 décembre 2002. Sur ce point, voy. M. KRINGS, « Le recouvrement amiable par les avocats, officiers ministériels et mandataires de justice de créances à charge du consommateur après l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 16 septembre 2010 », obs. sous C. const., 16 septembre 2010, n° 99/2010, *J.T.*, 2010, p. 631.

59. L'article 7 de la loi du 20 décembre 2002 prévoit que « Toute personne qui effectue une visite au domicile d'un consommateur dans le cadre d'une activité de recouvrement amiable de dettes doit présenter un document écrit qui outre les données énumérées à l'article 6, § 2, 1° à 4° contient les mentions suivantes : 1° le nom de la personne qui se rend sur place ; 2° l'indication, en caractère gras et dans un cadre distinct du texte, que le consommateur n'est pas obligé d'accepter la visite à son domicile et qu'il peut à tout moment y mettre fin. (...) ». Le droit du consommateur de refuser la visite domiciliaire et d'y mettre fin à tout moment en découle.

ou est susceptible de l'induire en erreur, ainsi que tout comportement ou pratique qui porte atteinte à sa dignité humaine ». Dès lors que l'entreprise refuserait d'obéir à l'injonction du consommateur, il y a fort à parier qu'elle pourrait être accusée de porter atteinte à sa vie privée ou à sa dignité humaine. En conséquence, outre les sanctions pénales prévues à l'article 15 de la loi du 20 décembre 2002, elle encourrait également, si elle avait obtenu du consommateur un paiement partiel ou total, les sanctions civiles spécifiques particulièrement sévères visées à l'article 14 de la loi⁶⁰. Partant, elle aurait également violé l'article 94, 2°, de la L.P.M.C. puisqu'elle aurait agi sans y être habilitée par des dispositions légales ou réglementaires dont il réserverait l'application.

3° *se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance sans préjudice :*

- a) *de dispositions légales ou réglementaires l'autorisant en vue d'assurer l'exécution d'une obligation contractuelle ;*
- b) *de l'article 100 ; et*
- c) *de l'article 14 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information ;*

Cette interdiction a certainement été intégrée dans la liste noire parce que le législateur européen a souhaité proscrire « une pratique particulièrement incommode pour le consommateur par sa répétition »⁶¹. L'article 94, 3°, de la L.P.M.C. précise qu'il s'applique sans préjudice de trois hypothèses.

La première hypothèse fait écho à la loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable de dettes du consommateur, qui, selon le législateur belge, « autorise, sous certaines conditions, les sollicitations répétées et non-souhaitées, notamment par téléphone, en vue de faire exécuter une obligation contractuelle »⁶². L'entreprise qui se prévaut de la loi du 20 décembre 2002 pour se livrer à de telles sollicitations se doit, bien

60. L'article 14, alinéa 1^{er}, prévoit la restitution au consommateur du paiement effectué avec la particularité que ce paiement est considéré comme ayant été valablement fait au créancier.

61. L. DE BROUWER et G. SORREAU, *op. cit.*, p. 397, n° 108.

62. Exposé des motifs du projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2983/001, p. 34. Le législateur fait erronément référence à « la loi du 7 novembre [sic] 2002 sur le recouvrement amiable des dettes du consommateur ». La version en néerlandais parle bien, quant à elle, de la loi du 20 décembre 2002 sur le recouvrement amiable de dettes du consommateur.

entendu, de le faire dans le respect des conditions imposées par cette loi et d'avoir tout particulièrement égard à l'interdiction qu'elle contient de porter atteinte à la vie privée et à la dignité humaine du consommateur ⁶³.

La deuxième hypothèse, soit l'article 100 de la L.P.M.C. elle-même, résulte de la transposition de la directive 97/7/CE relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance ⁶⁴. L'article 100 de la L.P.M.C. régit les « communications non-souhaitées » ⁶⁵. Il interdit l'utilisation, à des fins de marketing direct, de « systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine et de télécopieurs » sans que le consentement préalable de la personne physique destinataire ait été obtenu ⁶⁶.

La troisième hypothèse a également une origine européenne puisqu'il s'agit de la transposition de la directive 2002/58/CE « vie privée et communications électroniques » ⁶⁷. L'article 14 de la loi du 11 mars 2003 ⁶⁸ énonce la même interdiction que l'article 100 de la L.P.M.C., mais concerne spécifiquement l'utilisation du courrier électronique à des fins publicitaires.

Contrairement à la première, les deux dernières réserves présentent la particularité d'être plus favorables au consommateur que l'article 94, 3°, de la L.P.M.C. ⁶⁹ puisqu'elles n'exigent pas que les sollicitations auxquelles se livrent les entreprises soient répétées et non souhaitées. Lorsqu'elles sont applicables, ces deux dispositions renforcent donc la protection accordée au consommateur par l'article 94, 3°, de la L.P.M.C.

- 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 ;*

63. Sur ce point, voy. *supra*, n° 10, le commentaire de l'article 94, 2°, de la L.P.M.C.

64. Directive 97/7/CE du Parlement et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.U.E.*, L. 144, 4 juin 1997, p. 19.

65. Titre de la section 3 du chapitre 4 de la L.P.M.C., dont l'article 100 est l'article unique.

66. Au sujet de cette disposition, voy. R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *op. cit.*, pp. 91-92, n°s 153-154.

67. Directive 2002/58/CE du Parlement et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, *J.O.C.E.*, L. 201, 31 juillet 2002, p. 37.

68. Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.* 17 mars 2003, p. 12962.

69. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 52.

L'on aperçoit immédiatement ce que pourrait recouvrir la pratique interdite par l'article 94, 4°, de la L.P.M.C. Il s'agirait, notamment, de demander à un consommateur qui réclame le bénéfice d'une police d'assurance en raison d'un vol de bagages dont il a été victime de présenter les justificatifs d'achat de l'ensemble des objets qui lui ont été volés ⁷⁰. L'article 94, 4°, de la L.P.M.C. ne s'applique qu'aux entreprises d'assurance. Si d'autres entreprises se livraient à la pratique qu'il vise, elles devraient en répondre non pas sur la base de l'article 94, 4°, de la L.P.M.C., mais sur la base de la norme semi-générale d'interdiction des pratiques agressives ⁷¹, avec la différence que cela suppose sur le plan probatoire pour le consommateur ⁷². L'on note que le législateur européen a entendu, au travers de cette disposition, réglementer une pratique relative à l'exécution du contrat, ce qui démontre – si besoin était – l'étendue de la notion de « pratique commerciale ».

- 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 ;*

Deux interdictions composent en réalité l'interdiction prévue à l'article 94, 5°, de la L.P.M.C. La première vise le fait d'inciter les enfants à acheter le produit promu. La seconde vise le fait de les inciter directement à persuader des adultes de le leur acheter, que ces adultes soient ou non leurs parents. Une publicité qui contiendrait un message destiné aux enfants du type « Achète maintenant tel produit pour épater tous tes copains » serait frappée de la première interdiction. Un message tel que « Ce produit est maintenant disponible. Dis à tes parents de foncer te l'acheter ! » sera appréhendé par la seconde.

Si la double interdiction semble, à première vue, claire, la limite entre l'incitation interdite par l'article 94, 5°, de la L.P.M.C. et le fait de créer, chez l'enfant, le désir d'acquérir le produit – ce qui aura peut-être pour effet que des adultes l'achèteront – est loin d'être aisée à tracer. Telle qu'elle est libellée, la double interdiction de l'article 94, 5°, de la L.P.M.C. est potentiellement applicable à toutes les publicités destinées aux enfants, telles les publicités pour des jouets, des sucreries... La doctrine recommande d'en faire une lecture souple à défaut de quoi plus aucune publicité ciblant les enfants ne pourrait être faite sans violer cet

70. Brochure de la Commission européenne, *op. cit.*, p. 25.

71. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 53.

72. Articles 92 et 93 de la L.P.M.C. Le consommateur devra ainsi faire la preuve, non pas de la pratique elle-même, mais que ladite pratique réunit les conditions nécessaires pour être qualifiée de pratique agressive au sens de ces dispositions.

article⁷³. Soulignons encore que la directive 2005/29/CE précise qu'elle ne porte pas atteinte à l'article 16 de la directive « télévision sans frontière » qui réglemente spécifiquement les communications commerciales audiovisuelles à destination des mineurs^{74 75}.

- 6° *exiger le paiement immédiat ou différé de produits fournis par l'entreprise sans que le consommateur les ait demandés, ou exiger leur renvoi ou leur conservation ;*

Avant l'entrée en vigueur de la L.P.M.C., cette interdiction faisait l'objet de l'article 76 de la L.P.C.C. qui prohibait les ventes forcées. La L.P.M.C. l'a ajoutée à la liste des pratiques agressives afin d'assurer une meilleure conformité du droit belge à la directive 2005/29/CE⁷⁶. En vertu de l'article 94, 6°, de la L.P.M.C., il est exclu de réclamer au consommateur un quelconque paiement pour un produit qu'il n'a pas commandé mais également de lui demander de le réexpédier ou de le conserver dans l'attente que l'entreprise le récupère⁷⁷. Le consommateur qui reçoit un produit sans l'avoir demandé peut le conserver sans en payer le prix étant précisé que l'absence de protestation dans son chef ne peut valoir acceptation⁷⁸.

- 7° *informer explicitement le consommateur que s'il n'achète pas le produit ou le service, l'emploi de la personne concernée ou les moyens d'existence de l'entreprise seront menacés ;*

L'article 94, 7°, de la L.P.M.C. interdit à l'entreprise de faire état des conséquences économiques néfastes qu'aurait pour elle le refus du consommateur d'acheter le produit et ce, même si ces conséquences sont réelles⁷⁹. La question de la preuve de cette pratique peut se poser puisque, comme le relève justement J. Stuyck, les informations que l'entreprise donnera au consommateur seront bien souvent orales⁸⁰.

73. L. DE BROUWER et G. SORREAU, *op. cit.*, p. 398, n° 111 ; J. STUYCK, *op. cit.*, pp. 97 et s., n°s 27 et 28.

74. Point 28 de l'annexe I de la directive 2005/29/CE. Notons que l'article 16 de la directive 89/552/CEE sur la radiodiffusion télévisuelle est devenu l'article 9, § 1^{er}, litt. g) de la directive 2010/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relative à la fourniture de services de médias audiovisuels, *J.O.U.E.*, L. 95, 15 avril 2010, p. 1.

75. Pour une analyse fouillée sur ce point, voy. J. STUYCK, *op. cit.*, pp. 97 et s., n°s 27 et 28.

76. E. BALATE et M. GOUVERNEUR, « La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur : premiers éléments et analyse », *D.C.C.R.*, 2010, p. 74.

77. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 53.

78. Sur ce point, voy. *infra*, n° 34.

79. L. DE BROUWER et G. SORREAU, *op. cit.*, p. 398, n° 112.

80. J. STUYCK, *op. cit.*, p. 100, n° 29.

L'article 94, 7°, de la L.P.M.C. comporte, par ailleurs, une coquille regrettable. Depuis l'entrée en vigueur de la L.P.M.C., la définition du terme « produits » englobe « les biens et les services, les biens immeubles, les droits et les obligations »⁸¹, cette définition se substituant aux définitions des « produits » et des « services » de la L.P.C.C. La référence, à l'article 97, 4°, de la L.P.M.C., au « service », devait donc être supprimée.

- 8° *donner la fausse impression que le consommateur a déjà gagné ou gagnera, moyennant ou non l'accomplissement d'une formalité, un prix ou un autre avantage équivalent,*
- *alors que, en fait, soit il n'existe pas de prix ou d'autre avantage équivalent,*
 - *soit l'accomplissement de la formalité en rapport avec la demande du prix ou d'un autre avantage équivalent est subordonné à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût. »*

L'interdiction prévue à l'article 94, 8°, de la L.P.M.C. renforce l'interdiction prévue à l'article 91, 19°, de la L.P.M.C qui vise le fait d'affirmer qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable. Un parallèle peut également être tracé entre l'article 94, 8°, de la L.P.M.C. et l'article 91, 20°, de la L.P.M.C., qui interdit de décrire un produit comme étant gratuit si le consommateur doit payer autre chose que les coûts inévitables à la réponse à l'offre et au fait de prendre possession du produit⁸². L'on peut cependant noter que, contrairement à l'article 91, 20°, l'article 94, 8° ne parle que de « coût » et non de « coûts inévitables ». Doit-on en déduire que le fait, pour le consommateur, de devoir passer un coup de téléphone ou de payer un timbre pour se manifester auprès de l'entreprise pour recevoir le prix est contraire à l'article 94, 8°, de la L.P.M.C. ? Peut-être. Encore faudra-t-il, pour que l'entreprise enfreigne cette disposition, qu'elle donne « la fausse impression » exigée la loi.

2. Deuxième niveau – Les normes d'interdiction semi-générales

11. Une pratique commerciale qui ne relèverait pas de l'une des deux listes noires ne serait pas pour autant conforme à la législation relative aux pratiques commerciales déloyales. Elle pourrait, en effet, se révéler trompeuse ou agressive en vertu des normes semi-générales interdisant les pratiques trompeuses et les pratiques agressives contenues respectivement aux articles 88 à 90 et 92 et 93 de la L.M.P.C. Lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre ces normes

81. Article 2, 4°, de la L.P.M.C.

82. Sur ce point, voy. *supra*, n° 9.

d'interdiction semi-générales, le juge retrouve le pouvoir d'appréciation dont il est privé dans le cadre des listes noires. Il s'ensuit que le consommateur victime d'une pratique commerciale ne figurant pas dans une liste noire mais répondant aux conditions prévues par les normes semi-générales interdisant les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives supportera un fardeau probatoire plus conséquent. Il lui appartiendra d'établir non seulement que les éléments constitutifs d'une pratique trompeuse ou agressive sont rencontrés dans le chef de l'entreprise mais, aussi, que le comportement de l'entreprise a altéré ou a pu altérer son comportement économique.

12. Précision de taille, dans le cadre de l'appréciation de l'altération du comportement du consommateur, c'est du point de vue du consommateur moyen, envisagé comme le consommateur normalement informé, diligent et prudent, qu'il convient de se placer⁸³. Cette appréciation ne tient donc pas compte de l'altération du comportement économique du consommateur réellement touché par la pratique en cause. En d'autres termes, le praticien qui appréhende une pratique commerciale au regard des normes d'interdiction semi-générales devra placer le consommateur moyen, envisagé *in abstracto* comme un standard de référence, dans les circonstances concrètes de l'espèce et vérifier si la pratique commerciale est susceptible d'altérer le comportement de ce consommateur moyen. Ces précisions apportées, abordons ces interdictions semi-générales.

a) Les pratiques commerciales trompeuses

13. La loi distingue, parmi les pratiques trompeuses, celles qui consistent en une action trompeuse (art. 88 et 89 L.M.P.C.), et celles qui constituent une omission trompeuse (art. 90 L.P.M.C.).

1° Les actions trompeuses

14. Une action est réputée trompeuse si elle répond à deux conditions cumulatives.

15. La première condition est que la pratique commerciale considérée contienne des informations fausses ou que, d'une manière ou d'une autre, elle induise ou soit susceptible d'induire le consommateur moyen en erreur sur un ou plusieurs éléments limitativement⁸⁴ énumérés à l'article 88 de la

83. Sur ce point, voy. *infra*, n° 28.

84. Si la tromperie concerne un élément non listé par l'article 88 de la L.P.M.C., la pratique commerciale ne pourra pas être sanctionnée sur la base de cet article mais, le cas échéant, en application de la norme générale interdisant les pratiques commerciales déloyales.

L.P.M.C., tels que l'existence ou la nature du produit (art. 88, 1°), ses caractéristiques principales (art. 88, 2°), son prix (art. 88, 3°), certaines informations relatives à l'entreprise (art. 88, 6°), les droits du consommateur, notamment la garantie des biens de consommation (art. 88, 7°), ainsi que la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, ou d'une réparation (art. 88, 5°)⁸⁵. Si l'information communiquée par l'entreprise est mensongère, la pratique commerciale pourrait être trompeuse (art. 88 *initio*). Tel serait le cas, par exemple, d'une publicité qui vanterait les mérites d'un produit amaigrissant en affirmant que ses résultats sont prouvés scientifiquement alors qu'il n'en est rien et que la prise de ce produit n'a aucun effet sur la perte de poids. Toutefois, il n'est pas exigé que la pratique commerciale soit mensongère pour être trompeuse. Les informations communiquées par l'entreprise peuvent être factuellement correctes mais néanmoins induire le consommateur en erreur en raison, notamment, de la manière dont elles sont présentées. On peut penser au fait de renvoyer, dans une publicité, à des informations relatives « au contenu réel des engagements du consommateur » en utilisant des caractères quasiment illisibles⁸⁶. On l'aura compris, cette première condition ne signifie pas que l'entreprise doit avoir commis un dol, ni même que le consommateur ait effectivement été induit en erreur. Il faut, mais il suffit, que la pratique commerciale présente le risque d'induire le consommateur moyen en erreur⁸⁷.

16. Que les informations fournies par l'entreprise soient mensongères ou qu'elles soient susceptibles d'induire le consommateur moyen en erreur, la pratique commerciale envisagée ne pourra être déclarée trompeuse que si, en outre, elle rencontre la seconde condition visée à l'article 88 de la L.P.M.C. Cette seconde condition requiert que la pratique commerciale amène ou soit susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, la notion de « décision commerciale » étant, par ailleurs, définie de manière fort large⁸⁸. Si les informations,

85. L'on constate, à la lecture de l'énumération contenue à l'article 88 de la L.P.M.C., que les éléments listés sur lesquels peut porter la tromperie concernent tant la phase précontractuelle que la phase contractuelle.

86. Exposé des motifs du projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2983/001, p. 27.

87. Ceci est confirmé par la Commission européenne dans sa brochure, *op. cit.*, p. 11 : « Ces critères sont objectifs, de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire de prouver qu'un consommateur a effectivement été dupé. L'éventualité d'une déception peut à elle seule être considérée comme une pratique trompeuse si les autres éléments sont présents ».

88. Il s'agit en effet de « 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, de conserver, de se défaire ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit, qu'elle l'ait amené soit à agir, soit à s'abstenir d'agir » (article 2, 35°, de la L.P.M.C.).

bien qu'erronées ou susceptibles d'induire le consommateur en erreur, n'ont potentiellement aucun impact sur le comportement économique de celui-ci, il ne pourra être question de pratique commerciale trompeuse ⁸⁹.

17. L'article 89 de la L.P.M.C. répute également trompeuse une pratique commerciale qui, dans son contexte factuel, amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement lorsque cette pratique commerciale implique le recours à des techniques de marketing créant la confusion avec un concurrent (art. 89, 1^o) ⁹⁰. Le non-respect d'un code de conduite auquel l'entreprise a adhéré peut aussi, mais à certaines conditions seulement, constituer une pratique trompeuse (art. 89, 2^o) ⁹¹.

2° Les omissions trompeuses

18. Une omission est trompeuse, et donc déloyale, lorsqu'elle réunit deux conditions cumulatives. D'abord, la pratique commerciale doit omettre une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause (art. 90, § 1^{er}). Cette omission trompeuse peut consister dans la dissimulation d'informations substantielles ainsi que dans la fourniture de celles-ci mais de manière peu claire ou encore à contretemps. Ne pas annoncer clairement son intention commerciale peut également relever des omissions trompeuses à moins que cette intention commerciale résulte du contexte (art. 90, § 2). La deuxième condition est que l'omission amène le consommateur moyen ou soit susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement (art. 90, § 1^{er}).

19. S'agissant de la première condition, l'article 90, § 4, de la L.P.M.C. liste, de manière non-exhaustive, les informations considérées comme substantielles lors d'une invitation à l'achat ⁹². Il s'agit, entre autres, des caractéristiques

89. En ce sens, L. DE BROUWER et G. SORREAU, *op. cit.*, p. 388, n° 64 ; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 56, n° 73.

90. Comp. article 91, 13°, de la L.P.M.C.

91. L'article 89, 2°, de la L.P.M.C. requiert la réunion de plusieurs conditions pour qu'une pratique commerciale soit trompeuse. Il faut que l'entreprise viole les engagements contenus dans un code de conduite ; que ces engagements soient fermes et vérifiables et ne s'analysent pas en de simples déclarations d'intention ; que l'entreprise soit liée par ce code de conduite ; qu'elle ait indiqué être liée par ce code dans le cadre d'une pratique commerciale ; et que cette pratique commerciale amène ou soit susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

92. L'invitation à l'achat est définie, à l'article 2, 33°, de la L.P.M.C., 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 ».

principales du produit, des coordonnées de l'entreprise, du prix et de l'existence ou de l'absence du droit de rétractation⁹³. Les informations substantielles devant être communiquées au consommateur lors d'une pratique commerciale autre qu'une invitation à l'achat ne sont, quant à elles, énumérées ni dans la L.P.M.C., ni dans la directive 2005/29/CE. Il appartiendra donc au juge d'apprécier concrètement quelles sont ces informations substantielles.

20. Pour vérifier si des informations ont été omises, l'article 90, § 3, de la L.P.M.C. invite à tenir compte de la technique de communication utilisée. Il va de soi qu'il est plus simple de faire figurer des informations dans un prospectus que dans un spot radiophonique ou télévisé. L'ensemble des informations substantielles ne doit donc pas nécessairement figurer dans la communication commerciale, l'important étant que le consommateur puisse avoir accès à l'intégralité des informations et que cet accès lui soit renseigné dans le moyen de communication utilisé par l'entreprise⁹⁴.

b) Les pratiques agressives

21. Une pratique commerciale est réputée agressive lorsqu'elle répond, là encore, à deux conditions cumulatives. Elle doit, premièrement, altérer ou être susceptible d'altérer de manière significative, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard du produit en raison de pressions physiques, de pressions psychologiques ou encore en raison d'une influence injustifiée. Deuxièmement, la pratique commerciale doit amener ou être susceptible d'amener ledit consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement (art. 92). L'examen de la pratique commerciale doit avoir lieu *in abstracto*. Autrement écrit, il convient de se demander si la liberté de choix du consommateur moyen, pris comme étalon de mesure et placé dans les circonstances concrètes de l'espèce, a été ou a pu être influencée par la pratique commerciale envisagée et, qu'en conséquence, il a été ou a pu être amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement⁹⁵.

22. L'article 93 de la L.P.M.C. énonce des éléments à prendre en considération pour appréhender le caractère agressif d'une pratique commerciale,

93. Les informations substantielles que l'entreprise doit fournir au consommateur en application de la L.P.M.C. doivent, le cas échéant, être cumulées avec les informations dont la communication au consommateur est exigée en vertu d'autres dispositions de la L.P.M.C. (par exemple, les informations à fournir en matière de contrats à distance) ou d'autres dispositions légales ou réglementaires (par exemple, les articles 18 à 22 de la loi du 24 mars 2010 sur les services).

94. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 61.

95. *Idem*, p. 62.

tels que le recours à la menace, qu'elle soit physique ou verbale (art. 93, 2°), l'exploitation, par l'entreprise, en connaissance de cause, d'une fragilité du consommateur (art. 93, 3°)... Seront également pris en compte le moment et l'endroit où s'exerce la pratique (art. 93, 1°), ainsi que l'entrave non-contrattuale, payante ou disproportionnée, aux droits du consommateur de changer de produit ou d'entreprise (art. 93, 4°).

23. À titre d'illustration, pourrait être considéré comme une pratique agressive le fait, pour l'entreprise, d'offrir à un consommateur déjà lourdement endetté un rééchelonnement de sa dette à la condition qu'il achète un nouveau produit⁹⁶. Cette pratique pourrait effectivement exercer une influence injustifiée sur le consommateur, influence injustifiée qui l'amènerait à prendre la décision d'acquérir le produit proposé alors que telle n'était pas, initialement, son intention.

3. Troisième niveau – La norme d'interdiction générale des pratiques commerciales déloyales

24. Lorsque la pratique commerciale testée ne figure pas dans l'une des deux listes noires et ne contrevient pas non plus aux normes d'interdiction semi-générales des pratiques trompeuses et des pratiques agressives, elle doit encore passer le cap de la confrontation à la norme générale d'interdiction des pratiques commerciales déloyales inscrite à l'article 84 de la L.M.P.C. Cette norme générale a une visée intemporelle. Elle a été pensée de manière à pouvoir englober, à l'avenir, des pratiques nouvelles qui ne seraient couvertes ni par les normes d'interdiction semi-générales, ni par les listes noires. On suppose que la norme générale d'interdiction est peu appliquée, les pratiques commerciales déloyales relevant le plus souvent soit des listes noires, soit des normes d'interdiction semi-générales⁹⁷.

25. L'article 84 de la L.P.M.C. dispose qu'« une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou si elle s'adresse à un groupe de consommateurs déterminé, le comportement économique du membre moyen de ce groupe, par rapport au produit concerné ». À nouveau, deux conditions sont exigées pour qu'une pratique commerciale soit déloyale au sens de l'article 84 de la L.P.M.C. et

96. Brochure de la Commission européenne, *op. cit.*, p. 14.

97. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 62.

donc interdite. Il faut, d'abord, qu'elle soit contraire à la diligence professionnelle. Il faut, ensuite, qu'elle altère ou soit susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen, et lorsqu'elle cible un groupe particulier de consommateurs, le comportement économique du membre moyen de ce groupe, une influence purement potentielle suffisant à cet égard⁹⁸. La réunion de ces conditions devra être prouvée par le demandeur et sera appréciée par le juge.

26. La notion de « diligence professionnelle » est définie à l'article 2, 32°, de la L.P.M.C. comme le « niveau de compétence spécialisée et de soins dont l'entreprise est raisonnablement censée faire preuve dans son domaine d'activité vis-à-vis du consommateur, conformément aux usages honnêtes en matière commerciale ». Contrairement à la définition contenue dans la directive 2005/29/CE, la L.P.M.C. ne fait pas référence « aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité »⁹⁹, mais bien « aux usages honnêtes en matière commerciale ». L'emploi des termes « usages honnêtes » au lieu des termes « pratiques de marché honnêtes » ne pose pas de problème en soi puisqu'ils revêtent une signification similaire. Les développements jurisprudentiels et doctrinaux antérieurs à la transposition de la directive 2005/29/CE relatifs aux usages honnêtes, qui ont été fondés sur les anciens articles 93 et 94 de la L.P.C.C., demeurent donc pertinents¹⁰⁰ sous réserve qu'il faut, à présent, avoir égard à la condition relative à l'altération du comportement économique du consommateur, condition ajoutée par la loi du 5 juin 2007. On regrettera, par ailleurs, l'absence de référence, dans la loi belge, au principe de bonne foi contenu dans la directive¹⁰¹. En effet, en employant les conjonctions « et/ou », « la directive permet au juge d'apprécier le caractère déloyal d'une pratique par rapport aux usages existants et, à défaut d'usages dans le secteur concerné, en fonction du principe général de bonne foi »¹⁰², alors que selon la jurisprudence belge datant d'avant la transposition de la directive 2005/29/CE, il n'y a pas lieu de tenir compte de la bonne foi pour apprécier si un acte est contraire

98. *Idem*, n° 52.

99. Article 2, h) de la directive 2005/29/CE.

100. E. MONTERO, « La publicité sur l'internet : principes juridiques et applications », in *Les pratiques du commerce électronique* (M. DUMOULIN coord.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 18, spéc. note 29.

101. W. DE MEESTER, « De omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Hoeveel vrijheid heeft België nog ? », *Jura Falc.*, 2008-2009, p. 66 ; J. STUYCK, « De nieuwe richtlijn oneerlijk handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken », *R.D.C.*, 2005, p. 909.

102. L. DE BROUWER et G. SORREAU, *op. cit.*, p. 385, n°s 50-51.

aux usages honnêtes¹⁰³. Il nous semble, à cet égard, qu'une interprétation conforme à la directive doit prévaloir et qu'il doit donc être tenu compte, lors de l'examen de la conformité d'une pratique commerciale à la diligence professionnelle, du principe général de bonne foi. Cela signifie qu'une pratique commerciale qui ne pourrait être déclarée contraire aux usages honnêtes parce que, dans le secteur envisagé, de tels usages font défaut, serait néanmoins, si elle est contraire au principe général de bonne foi, susceptible d'être déclarée non-conforme à la diligence professionnelle¹⁰⁴. L'introduction de ce critère supplémentaire, qui s'impose en vertu du principe d'interprétation conforme au droit européen du droit national, est, il est vrai, de nature à révolutionner la jurisprudence constante que nous connaissons.

27. Soulignons enfin que, dans le cadre de l'application de l'article 84 de la L.P.M.C., qui doit être envisagé de manière résiduaire par rapport aux listes noires et aux normes d'interdiction semi-générales, l'on peut s'inspirer des comportements visés par ces interdictions semi-générales et ces listes noires puisqu'ils constituent précisément une concrétisation de la norme d'interdiction générale.

C. La référence au consommateur

1. Le consommateur moyen

28. Nous l'avons vu, aux deuxième et troisième niveaux du test de loyauté, c'est le consommateur moyen qui sert de référence dans l'appréciation du caractère déloyal d'une pratique commerciale. L'insertion de cette notion dans la loi du 6 avril 2010 est une nouveauté par rapport à la loi du 5 juin 2007¹⁰⁵. À l'époque, le législateur n'avait pas jugé utile de reproduire intégralement le texte de la directive afin de conserver une certaine cohérence avec d'autres dispositions de l'ancienne L.P.C.C. qu'il n'entendait pas

103. Voy., notamment, Cass., 31 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 481, *R.W.*, 1991-1992, p. 1369, *Arr. Cass.*, 1991-1992, p. 504, *Ann. prat. comm.*, 1992, p. 259 ; Bruxelles, 21 mars 2006, *Ann. prat. comm.*, 2006, p. 62 ; Liège, 22 juin 2004, *Ann. prat. comm.*, 2004, p. 316 ; Bruxelles, 19 septembre 2002, *Ann. prat. comm.*, 2002, p. 342, note I. HENDRIX et C. FRANCO ; Mons, 26 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1163, *Ann. prat. comm.*, 1989, p. 107, note D. DESSARD ; Comm. Gand (prés.), 26 mars 2007, *Ann. prat. comm.*, 2007, p. 596 ; Civ. Malines (prés.), 22 juin 2006, *Ann. prat. comm.*, 2006, p. 218 ; Comm. Courtrai (prés.), 5 mai 2003, *Ann. prat. comm.*, 2003, p. 184 ; Comm. Gand (prés.), 4 février 2002, *Ann. prat. comm.*, 2002, p. 530 ; Comm. Courtrai (prés.), 27 novembre 2000, *Ann. prat. comm.*, 2000, p. 202.

104. L. DE BROUWER et G. SORREAU, *op. cit.*, p. 385, n° 50-51.

105. H. JACQUEMIN, « La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur », *J.T.*, 2010, p. 556.

modifier. Ce faisant, il transposait improprement la directive 2005/29/CE, même si, selon les travaux préparatoires de la loi du 5 juin 2007, sous le vocable « consommateur », c'était bien le « consommateur moyen » qu'il fallait comprendre¹⁰⁶. Cependant, le doute subsistait puisque, dans un arrêt du 12 octobre 2000¹⁰⁷, la Cour de cassation avait jugé que « pour apprécier la conformité d'un comportement aux usages honnêtes en matière commerciale, le juge peut tenir compte de certaines catégories particulières de consommateur et de la nécessité de les protéger davantage », approuvant en cela l'arrêt attaqué qui se référait aux « consommateurs les moins avertis ». Plus aucune hésitation n'est à présent permise. La L.P.M.C. fait expressément référence au consommateur moyen, tel qu'il est défini par la Cour de justice, soit le consommateur « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques »¹⁰⁸. La solution de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2000 doit en conséquence être abandonnée.

2. Le consommateur moyen au sein d'un groupe de consommateurs déterminé

29. Lorsqu'une pratique commerciale vise un groupe de consommateurs déterminé, l'altération du comportement économique du consommateur que cette pratique peut engendrer doit être vérifiée à l'aide du critère du consommateur moyen, alors envisagé comme « le membre moyen de ce groupe » (art. 84, alinéa 1^{er}, litt. b). Il en va de même lorsque la pratique commerciale « est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un seul groupe clairement identifiable de consommateurs » particulièrement vulnérables, en raison, notamment, « d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité » (art. 84, alinéa 2). Cette précision, qui peut, de prime abord, sembler redondante, se justifie en raison de la définition que donne la Cour de justice du consommateur moyen. Dès lors que ce consommateur moyen est « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé », l'instauration d'une protection spécifique des groupes de consommateurs vulnérables – dont les membres, par définition, ne répondent pas à ce modèle – était nécessaire.

106. Exposé des motifs du projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2983/001, pp. 24 et 25.

107. Cass., 12 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 188, note V.-V. DEHIN, *R.D.C.*, 2001, p. 669, note G. STRAETMANS.

108. Considérant 18 de la directive 2005/29/CE.

30. L'article 84, alinéa 2, *in fine*, de la L.P.M.C. précise, en substance, qu'il ne porte pas préjudice à la publicité hyperbolique ¹⁰⁹, ce qui peut compliquer l'appréciation de l'altération du comportement moyen du groupe déterminé de consommateurs vulnérables, le consommateur moyen de groupe étant par nature, susceptible d'être plus sensible à ce genre de communication ¹¹⁰.

D. Les sanctions civiles spécifiques

31. La L.P.M.C. ne se contente pas d'interdire les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs. Elle contient, outre des sanctions pénales et la possibilité d'exercer une action en cessation, des sanctions civiles spécifiques, dérogatoires au droit commun, qui sont applicables lorsqu'un contrat avec un consommateur a été conclu ensuite d'une pratique interdite. Seules ces sanctions civiles spécifiques seront abordées. Elles se trouvent à l'article 41 de la L.P.M.C. Trois cas de figure doivent être distingués.

32. D'abord, lorsqu'un contrat avec un consommateur a été conclu à la suite d'une pratique commerciale déloyale visée aux articles 84 à 86, 91, 1^o à 11^o, 13^o à 15^o, 18^o à 23^o, et à l'article 94, 3^o à 7^o, de la L.P.M.C., le juge peut ordonner à l'entreprise de rembourser au consommateur les sommes qu'il a payées sans que celui-ci doive restituer le produit livré et sans préjudice des sanctions de droit commun (art. 41, alinéa 2). Dans cette hypothèse, le magistrat dispose d'un pouvoir d'appréciation et pourra, s'il l'estime nécessaire, modaliser la sanction au regard des circonstances concrètes de la cause ¹¹¹. À notre avis, cette sanction s'applique également lorsqu'un contrat a été conclu avec un consommateur ensuite d'une pratique commerciale qui s'avérerait trompeuse ou agressive en application d'une norme d'interdiction semi-générale. L'article 41 ne fait, il est vrai, pas expressément référence aux articles 88, 89, 92 et 93 de la L.P.M.C, articles interdisant les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives. Toutefois, en ce que l'article 41, alinéa 2, renvoie aux articles 84 à 86, et donc à l'article 85, qui répute déloyales, d'une part, les pratiques commerciales trompeuses au sens des articles 88 à 91, et, d'autre part, les pratiques commerciales agressives au sens des articles 92 à 94, on peut conclure que la sanction civile de

109. C'est-à-dire à 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 » (art. 84, al. 2, *in fine*).

110. L. DE BROUWER et G. SORREAU, *op. cit.*, p. 386, n^o 57.

111. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 66.

l'article 41, alinéa 2, s'applique lorsque la conclusion d'un contrat résulte de la violation d'une de ces normes semi-générales.

33. Ensuite, lorsqu'un contrat avec un consommateur a été conclu en raison d'une pratique commerciale déloyale visée à l'article 91, 12°, 16° et 17°, et à l'article 94, 1°, 2° et 8°, le consommateur peut, dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'existence de cette pratique, exiger de l'entreprise qu'elle lui rembourse les sommes qu'il a payées et ce, sans qu'il doive restituer le produit livré (art. 41, alinéa 1^{er}). Si le consommateur peut lui-même – sous réserve du respect du « délai raisonnable » – mettre en œuvre ce droit, il est probable qu'en pratique, il se heurte au refus ou à l'inertie de l'entreprise, ce qui rendra nécessaire l'introduction d'une procédure judiciaire. Le juge saisi d'une telle demande ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation, sauf en ce qui concerne ledit délai raisonnable. S'il constate qu'une violation des dispositions énumérées est établie, il doit appliquer la sanction.

34. Enfin, lorsque l'entreprise a livré au consommateur un produit sans demande de sa part, en violation de l'article 94, 6°, de la L.P.M.C., le consommateur est dispensé du paiement du prix ou de toute autre contreprestation, étant en outre précisé que son silence ne vaut pas consentement (art. 41, alinéa 3). La mise en œuvre de cette sanction s'avèrera plus simple, pour le consommateur, que les deux précédentes puisqu'il aura, par hypothèse, déjà été mis en possession du bien. Il pourra se contenter de le conserver sans effectuer le moindre paiement et d'opposer une fin de non-recevoir à la demande que lui adresserait l'entreprise.

35. La directive 2005/29/CE requérait des États membres qu'ils « déterminent le régime des sanctions applicables (...) » et que ces sanctions soient « effectives, proportionnées et dissuasives »¹¹². La restitution, par l'entreprise, des sommes payées par le consommateur s'éloigne finalement peu de ce que nous connaissons en droit commun des obligations lorsque le contrat est annulé parce qu'il est entaché d'un vice de consentement. Tel n'est pas le cas de la non-restitution du produit livré. Celle-ci s'analyse plutôt en une peine privée sans relation avec le préjudice subi par le consommateur.

112. Article 13 de la directive 2005/29/CE.

SECTION 2

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de pratiques commerciales déloyales

A. La directive 2005/29/CE : champ d'application et domaine de l'harmonisation totale

36. Nous l'annonçons, c'est un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne rendu sur question préjudicielle le 23 avril 2009 qui a donné au législateur belge l'impulsion nécessaire à la promulgation de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché ¹¹³. Il faut dire que dès son adoption, et encore plus lors de sa transposition, la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales a suscité des interrogations relatives à son champ d'application ¹¹⁴. La détermination de ce champ d'application est d'importance puisque c'est elle qui conditionne la marge de manœuvre conservée par les États membres. La directive 2005/29/CE est, en effet, une directive d'harmonisation totale, ce qui signifie que, dans les matières qu'elle régit, les États membres ne peuvent créer ou laisser subsister des règles nationales allant au-delà de la protection qu'elle instaure au bénéfice des consommateurs. Or, si elle peut paraître simple de prime abord, la circonscription du champ d'application de la directive, est, en réalité, loin de l'être.

37. La directive 2005/29/CE « s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, [...], avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit » mais « sans préjudice du droit des contrats, ni, en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats » ¹¹⁵. Elle exclut en outre expressément l'appréciation du bon goût et de la bienséance ¹¹⁶, les questions de sécurité et de santé liées aux produits ¹¹⁷ ainsi que « les pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques des concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels » ¹¹⁸. Les États membres conservent également la faculté de prévoir des exigences plus sévères en matière de services financiers et de biens immobiliers ¹¹⁹.

113. Sur ce point, voy. *supra* n° 2.

114. D. GOL, « Pratiques du commerce et protection du consommateur : la nouvelle donne », *J.T.*, 2007, p. 775.

115. Article 3.1 et 3.2 de la directive 2005/29/CE.

116. Considérant 7 de la directive 2005/29/CE.

117. Article 3.3 de la directive 2005/29/CE.

118. Considérant 6 de la directive 2005/29/CE.

119. Article 3.9 de la directive 2005/29/CE.

La notion de pratique commerciale est centrale pour délimiter le champ d'application de la directive 2005/29/CE. Elle est cependant définie de manière très large puisqu'il s'agit, comme nous l'avons dit, de « 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 »¹²⁰.

38. Lors de la transposition de la directive, on s'est interrogé sur la possibilité, pour le législateur belge, de maintenir les dispositions de la L.P.C.C. encadrant les pratiques dites « réglementées » : vente à perte, annonces de réduction et de comparaison de prix, ventes en liquidation, ventes en solde, offres conjointes et bons de valeurs¹²¹. La réglementation spécifique de ces pratiques pouvait-elle subsister ou bien ces pratiques relevaient-elles de la directive 2005/29/CE de sorte qu'elles ne pouvaient être régies que de manière conforme à celle-ci ? La doctrine était divisée sur ce sujet. Certains auteurs, majoritaires¹²², se sont positionnés en faveur d'une interprétation maximaliste de la directive 2005/29/CE selon laquelle les pratiques réglementées tombaient dans son champ d'application, obligeant dès lors le législateur à adapter sa législation. Pour d'autres auteurs, minoritaires, ces pratiques réglementées étaient exclues du champ d'application de la directive, ce qui laissait au législateur belge le loisir de les appréhender comme bon lui semblait¹²³.

39. En transposant la directive, le législateur belge a opté pour la thèse minimaliste¹²⁴, et ce, malgré les mises en garde du Conseil d'État¹²⁵. Dans

120. Article 2, d), de la directive 2005/29/CE.

121. L. DE BROUWER, « Les pratiques commerciales réglementées à l'épreuve des pratiques déloyales », *Cah. jur.*, 2008, p. 49, n° 2.

122. J. STUYCK, « De nieuwe richtlijn oneerlijk handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken », *op. cit.*, p. 901 ; L. DE BROUWER, *op. cit.*, p. 49 ; L. DE BROUWER et G. SORREAU, *op. cit.*, p. 377.

123. En ce sens, H. DE BAUW, « De impact van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken op de regeling and de verkooppromoties onder de WHPC », *D.C.C.R.*, 2006, pp. 3 et s. Voy. également F. LONGFILS, « Propos sur les instruments financiers dans l'offre conjointe et sur la directive CE 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales », note sous Com. Bruxelles, 5 mars 2008, *D.B.F.*, 2008, p. 235, n° 14 et références citées.

124. Exposé des motifs de la loi du 5 juin 2007 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2983/001, p. 14. On y lit, par rapport à la définition des pratiques commerciales : « Ces pratiques doivent être en relation directe avec la promotion ou la vente de produits ou de services aux consommateurs. Ne sont dès lors pas directement visées les actions, omissions, conduites, démarches ou omissions commerciales qui constituent des promotions commerciales. Ainsi, les conditions de fond établies par la L.P.C.C., telles que l'interdiction des ventes à perte ou les conditions à remplir pour annoncer les prix réduits, pour une vente en liquidation ou en solde restent quant à elles d'application ».

les travaux préparatoires de la loi du 5 juin 2007, ce choix fut justifié par l'existence d'une proposition de règlement européen relatif à la promotion des ventes, règlement dont l'élaboration s'effectuait en même temps que celle de la directive 2005/29/CE et qui était destiné à compléter celle-ci ¹²⁶. Ce règlement ne fut jamais adopté mais le législateur belge a vu dans cette proposition la preuve que « la directive n'a jamais visé à réglementer les promotions de vente (telles que les soldes, les annonces de réduction de prix, les bons de valeur, etc.) » ¹²⁷.

Au grand dam de la doctrine maximaliste ¹²⁸, la directive 2005/29/CE fut transposée directement dans la L.P.C.C. par la loi du 5 juin 2007 qui y créa un nouveau chapitre VII intitulé « De la publicité et des pratiques commerciales déloyales », tout en laissant intactes les dispositions concernant les pratiques réglementées.

B. L'arrêt VTB-VAB du 23 avril 2009

40. La Cour de justice des Communautés européennes a été invitée à se prononcer sur question préjudicielle, et dans deux causes jointes, au sujet de l'option prise par la Belgique. L'arrêt *VTB-VAB* est le premier arrêt rendu sur l'interprétation de la directive 2005/29/CE ¹²⁹.

125. Avis du Conseil d'État n° 41825/1 du 19 décembre 2006, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2983/001, pp. 65-66. Dans cet avis, le Conseil d'État attirait l'attention sur les différences qui existent entre les normes contenues dans la loi du 14 juillet 1991 et celles de la directive, tant en ce qui concerne l'objectif à atteindre qu'en ce qui concerne le champ d'application. Il y stigmatisait « l'identité imparfaite de l'arsenal de notions, la non-applicabilité aux titulaires de professions libérales, le maintien de certains éléments de la loi sur la base d'une interprétation bien déterminée de la notion de pratiques commerciales (par exemple en matière d'offre conjointe) ». Le Conseil d'État préconisait plutôt l'adoption d'une nouvelle loi, « qui serait actualisée et davantage en phase avec la législation européenne et qui, tant en ce qui concerne la finalité que le champ d'application, et le contenu, permettrait une transposition plus parfaite de la directive 205/29/CE ».

126. Communication de la Commission relative aux promotions des ventes dans le marché intérieur, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relative aux promotions de vente dans le marché intérieur, COM (2001) 546 final, 2001/0027, consultable à l'adresse : <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0546:FIN:FR:PDF>.

127. Exposé des motifs de la loi du 5 juin 2007 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2983/001, p. 8.

128. Et de la fédération des entreprises de Belgique (F.E.B.), qui n'hésita d'ailleurs pas à déposer une plainte pour mauvaise transposition de la directive auprès de la Commission européenne, plainte qui eut pour conséquence une mise en demeure adressée à la Belgique.

129. C.J.C.E. (1^{re} ch.), 23 avril 2009, Aff. jointes C-261/07, *VTB-VAB n.v./Totalbelgium* et C-299/07, *Galatea b.v.b.a./Sanoma Magazines Belgium n.v.*, *op. cit.*

1. Les faits

41. Les faits qui ont donné lieu à cet arrêt sont les suivants. La première affaire trouve son origine dans une action en cessation diligentée par VTB, société active dans le domaine de l'aide au dépannage, contre Total Belgium. Cette action en cessation visait à voir enjoindre à Total Belgium de cesser d'offrir aux consommateurs détenteurs d'une carte Total Plus trois semaines d'assistance gratuite au dépannage à l'achat d'une certaine quantité de carburant. Dans la seconde affaire, Galatea, société exploitant un magasin de lingerie, avait intenté une action en cessation dirigée contre Sanoma Magazines parce que l'un des magazines édité par cette société était proposé à la vente accompagné d'un carnet donnant droit à des réductions dans des boutiques de lingerie. Dans les deux causes, l'action était fondée sur l'article 54 de la L.P.C.C., qui interdisait toute offre conjointe effectuée par un vendeur à un consommateur¹³⁰. Le président du tribunal de commerce d'Anvers, saisi dans les deux litiges, décida de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice, à titre préjudiciel, la question de la conformité à la directive 2005/29/CE de l'interdiction de principe des offres conjointes figurant alors dans la L.P.C.C.

2. La décision de la Cour

42. La Cour a dit pour droit que « la directive (...) sur les pratiques commerciales déloyales doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, (...), qui, sauf certaines exceptions et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur ». Cette décision, attendue et abondamment commentée¹³¹, est fondée sur un raisonnement comportant

130. Sous réserve de certaines exceptions limitativement énumérées aux articles 55 à 57 de la L.P.C.C.

131. Voy., notamment, L. DE BROUWER, « La Cour de justice des Communautés européennes précise le champ d'application de la directive 2005/29/CE à propos des offres conjointes », *R.D.C.*, 2009, p. 778 ; M. DUPONT, « Le point sur... les offres conjointes », *J.T.*, 2010, p. 417 ; J.-F. PUYRAIMOND, « Le point sur... l'interdiction des offres conjointes », *J.T.*, 2009, p. 425 ; E. TERRY, « Koppelverkoop en andere per se verboden in de WHPC (toekomstige Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming) na het VTB-VAB-arrest van het Europees hof van justitie », *R.W.*, 2009, p. 1242 et « Het per se bebod op koppelverkoop strijdig met de richtlijn oneerlijke handelspraktijken 2005/29/CE », *D.C.C.R.*, 2009, p. 173 ; F. LONGFILS, « L'arrêt de la Cour de justice du 23 avril 2009 : mort ou survie de l'interdiction des offres conjointes ? », *Cah. jur.*, 2009, p. 66 ; G. BUSSEUIL, « Arrêt "VTB-VAB" : l'interdiction des offres conjointes au regard du droit européen », *J.T.D.E.*, 2009, p. 171 ; J. SCHRAEYEN, « Genadeslag voor verbod op koppelverkoop », *Juristenkrant*, 2009, p. 1.

deux étapes. La Cour s'est préalablement livrée à une analyse de la recevabilité de l'un des recours préjudiciels¹³², analyse que nous ne commenterons pas, avant, sur le plan du fond, de s'interroger sur deux points.

43. En premier lieu, la Cour s'est demandé si les offres conjointes étaient des pratiques commerciales au sens de la directive 2005/29/CE et si elles devaient donc être appréhendées par celle-ci. Se référant à la définition large de la notion de pratique commerciale contenue à l'article 2, d) de la directive, et se ralliant à l'avis de l'avocat général¹³³, la Cour a considéré que « les offres conjointes constituent des actes commerciaux s'inscrivant clairement dans le cadre de la stratégie commerciales d'un opérateur et visant directement à la promotion et à l'écoulement des ventes de celui-ci »¹³⁴.

44. Cette prémisse posée, la Cour se devait ensuite de vérifier si l'interdiction de principe des offres conjointes prévue en droit belge était compatible avec le système de la directive. Pour conclure que tel n'était pas le cas, la Cour souligne d'abord l'objectif d'harmonisation totale poursuivi par la directive. Elle rappelle ensuite le triptyque que la directive prévoit pour tester la loyauté d'une pratique commerciale. Elle constate enfin que les offres conjointes, en tant que pratiques commerciales, ne figurent pas dans la liste noire de l'annexe I de la directive 2005/29/CE et en déduit alors que « c'est à la lumière du contenu et de l'économie générale des dispositions de la directive »¹³⁵ qu'il y a lieu de se référer pour apprécier la compatibilité d'une offre conjointe à celle-ci. En conséquence, une interdiction préalable, pure et simple, par le législateur belge, des offres conjointes n'est pas conforme à la directive 2005/29/CE¹³⁶.

132. VTB avait soulevé un moyen pris de l'irrecevabilité de la question préjudicielle au motif que la Belgique disposait encore d'un délai pour transposer la directive 2005/29/CE. La Cour n'y a pas fait droit.

133. Voy. les conclusions de l'Avocat général TRSTENJAK du 21 octobre 2008, www.curia.europa.eu, points 69 et 70.

134. Considérant 50 de l'arrêt.

135. Considérants 52 à 58 de l'arrêt.

136. Ajoutons encore qu'étant arrivée au constat d'incompatibilité de la législation belge avec la directive 2005/29/CE, la Cour n'a pas jugé utile de se pencher sur la question de la violation potentielle de l'article 49 du Traité. L'avocat général avait, aux points n^{os} 132 à 150 de ses conclusions, analysé l'interdiction des offres conjointes comme constituant une restriction disproportionnée à la libre prestation de services.

3. Conséquences

45. En matière d'offres conjointes, les implications de l'arrêt *VTB-VAB* sont assez claires. Comme nous venons de le dire, les offres conjointes ne figurant pas sur la liste noire des pratiques commerciales déloyales en toutes circonstances, elles ne peuvent faire l'objet d'une interdiction de principe. Toutefois, la prohibition de l'interdiction de principe ne signifie pas que les offres conjointes soient toujours licites. Au contraire, une offre conjointe, en ce qu'elle constitue une pratique commerciale, doit être soumise au test de loyauté. Elle pourrait se révéler déloyale mais seulement au terme de la vérification qu'effectuera le magistrat national et non en vertu d'une disposition légale ou réglementaire nationale.

46. Ceci étant dit, notre propos doit être immédiatement nuancé car la directive 2005/29/CE réserve la possibilité aux États membres « d'imposer des exigences plus restrictives ou plus rigoureuses »¹³⁷ en matière de biens immobiliers et de services financiers. Cela signifie que, dans ces domaines, une interdiction de principe des offres conjointes reste, semble-t-il, permise¹³⁸.

47. Ensuite de l'arrêt *VTB-VAB*, les dispositions relatives aux offres conjointes de la L.P.C.C. étaient sur la sellette et la nécessité d'une intervention législative pour opérer une mise en conformité du droit belge à la directive 2005/29/CE était criante¹³⁹. La L.P.M.C. a ainsi substitué à l'interdiction de principe des offres conjointes une autorisation de principe¹⁴⁰.

137. Article 3.9 de la directive 2005/29/CE.

138. En ce sens, M. DUPONT, *op. cit.*, p. 423 ; J.-F. PUYRAIMOND, *op. cit.*, p. 427. Plus nuancé, voy. L. DE BROUWER, « La Cour de justice des Communautés européennes précise le champ d'application de la directive 2005/29/CE à propos des offres conjointes », *op. cit.*, p. 783, n° 17, selon lequel si « certains prétendent que dans ce secteur, qui comprend notamment les services bancaires et les assurances, le juge pourrait continuer à appliquer la réglementation sur les offres conjointes, nonobstant l'arrêt [...] », « il appartient au législateur belge, [...], de manifester sa volonté d'imposer dans ce secteur particulier des exigences plus sévères en adoptant des dispositions qui lui sont propres, ce qui n'est actuellement le cas que pour certaines dispositions de la loi sur les assurances terrestres et les lois relatives au crédit à la consommation et au crédit hypothécaire ». Se pose la question si l'interdiction de principe des offres conjointes en matière de services financiers, qui figure actuellement à l'article 72, § 1^{er}, de la L.P.M.C., répond à cette exigence.

139. Pour une illustration en jurisprudence postérieure à l'arrêt *VTB-VAB* de la Cour de justice et antérieure à la promulgation de la L.P.M.C., voy. Bruxelles, (9^e ch.), 4 février 2010, *D.C.C.R.*, 2010, p. 191 et note F. LONGFILS.

140. Article 71 de la L.P.M.C.

C. Les suites de l'arrêt VTB-VAB : les arrêts *Plus*, *Mediaprint* et *Telekomunikacja Polska*

48. La Cour de justice a eu, depuis l'arrêt *VTB-VAB*, l'occasion de nourrir sa jurisprudence relative à la directive 2005/29/CE.

1. L'arrêt *Plus*

49. Dans l'arrêt *Plus* du 14 janvier 2010 ¹⁴¹, la Cour s'est prononcée sur la compatibilité à la directive 2005/29/CE d'une législation allemande qui interdisait de lier la participation des consommateurs à un concours ou à un jeu promotionnel à l'acquisition de biens ou de services. En l'espèce, la société *Plus* organisait un tirage au sort auquel les consommateurs pouvaient participer s'ils avaient amassé un certain nombre de points en achetant des produits.

50. La Cour, au terme d'un raisonnement identique à celui qu'elle avait effectué dans l'arrêt *VTB-VAB*, a jugé que la législation nationale en cause était contraire à la directive.

51. Un enseignement complémentaire peut toutefois être tiré de cet arrêt en ce qui concerne le champ d'application matériel de la directive. Les gouvernements tchèque et autrichien avançaient que la législation allemande avait pour but principal la protection des concurrents contre les pratiques commerciales déloyales de certains opérateurs et non la protection des consommateurs de sorte qu'elle ne serait pas couverte par la directive. La Cour a balayé cet argument d'un revers de la main en se fondant sur le champ d'application particulièrement large de la directive. Elle a rappelé, à cet égard, le sixième considérant de la directive, et énoncé que « ne sont exclues [de son] champ d'application (...) que les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte “uniquement” aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels » ¹⁴². La législation nationale en cause visait certes la protection des concurrents mais elle visait également à protéger les consommateurs de sorte qu'elle s'inscrivait dans le champ d'application de la directive.

141. C.J.U.E., 14 janvier 2010, C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV/Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, www.curia.europa.eu. Pour un commentaire de cet arrêt, voy., notamment, C. AUBERT DE VINCELLES, « Pratiques commerciales déloyales et harmonisation totale, interdiction d'interdire au-delà de l'annexe », note sous C.J.U.E., 14 janvier 2010, (somm.), *R.D.C.*, 2010, p. 1290.

142. Considérants 38 et 39 de l'arrêt.

52. La Cour a également jugé que l'argument tiré du fait que les promotions des ventes avaient, à un moment, fait l'objet d'une proposition de règlement, n'était pas non plus de nature à les exclure de la directive puisque cette proposition n'avait pas abouti ¹⁴³. Cet argument avait déjà été soulevé par le gouvernement belge dans l'affaire *VTB-VAB*, sans toutefois que la Cour y réponde ¹⁴⁴. Voilà qui était, manifestement, de nature à couper l'herbe sous le pied des partisans de la doctrine « minimaliste » ¹⁴⁵.

2. L'arrêt Mediaprint

53. La Cour de justice ne s'est pas arrêtée là. Dans un arrêt du 9 novembre 2010, *Mediaprint* ¹⁴⁶, elle répondit à deux questions préjudicielles mettant en cause la conformité à la directive 2005/29/CE d'une disposition de droit autrichien prohibant les offres avec primes. En l'espèce, la société Mediaprint reprochait à l'un de ses concurrents d'inviter les consommateurs à élire le footballeur de l'année en remplissant un bulletin figurant dans le journal qu'il commercialisait, la participation à cette élection permettant de remporter un dîner avec le joueur élu.

54. La première question préjudicielle portait sur le point de savoir si la directive 2005/29/CE s'opposait à une législation comportant une interdiction de principe des ventes avec primes alors même que cette législation visait, outre la protection des consommateurs, à assurer le maintien du pluralisme de la presse et la protection des concurrents les plus faibles. Pour répondre à cette première question, la Cour a, en premier lieu, considéré que les ventes avec primes entraînent, en tant que pratiques commerciales, dans le champ d'application de la directive 2005/29/CE. Ensuite, la Cour a relevé que le fait que la législation en cause poursuive, outre la protection du consommateur, d'autres objectifs, était sans incidence. Le maintien du pluralisme

143. Considérant 33 de l'arrêt. Pour la Cour « s'agissant de l'argument selon lequel les pratiques de promotion des ventes en cause au principal ne seraient pas visées par la directive 2005/29 au motif qu'elles ont expressément fait l'objet d'une proposition de règlement de la Commission, il suffit de constater que cette circonstance ne saurait à elle seule exclure, notamment compte tenu du fait que ladite proposition a été retirée en 2006 et n'a donc pas abouti à l'adoption d'un règlement, que de telles pratiques puissent constituer des pratiques commerciales au sens de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29 et sont, dès lors, soumises aux prescriptions de cette dernière ».

144. Considérant 45 de l'arrêt *VTB-VAB*.

145. *Contra* : F. LONGFILS, « Arrêt "Plus" : la Cour de justice intensifie sa jurisprudence en matière de pratiques commerciales déloyales », *J.D.E.*, 2010, pp. 78 et 79.

146. C.J.U.E., 9 novembre 2010, C-540/08, *Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG/« Österreich »-Zeitungverlag GmbH*, www.europa.curia.eu.

de la presse, notamment, ne figure pas dans les dérogations prévues à l'article 3 autorisant les États membres à adopter ou à maintenir des dispositions nationales plus sévères ¹⁴⁷. Enfin, la Cour a conclu que l'interdiction de principe des ventes avec primes prévue dans la loi autrichienne était contraire à la directive 2005/29/CE. L'interdiction des ventes avec primes n'étant pas reprise dans l'annexe I de la directive, cette pratique commerciale devait faire l'objet d'une appréciation selon les critères prévus par celle-ci.

55. La seconde question préjudicielle visait à déterminer si les ventes avec primes pouvaient être qualifiées de pratiques commerciales déloyales en cela seul que la possibilité de gain représente le motif déterminant de l'achat ¹⁴⁸. La Cour a répondu négativement à cette question, renvoyant pour le surplus le magistrat national aux critères de la directive pour effectuer une appréciation concrète de la pratique commerciale en cause ¹⁴⁹.

3. L'arrêt *Telekomunikacja Polska*

56. Un arrêt du 11 mars 2010, *Telekomunikacja Polska* ¹⁵⁰, doit également être mentionné même s'il ne concerne qu'indirectement la directive 2005/29/CE. La Cour était interrogée, dans cette affaire, sur la conformité d'une interdiction de principe de subordonner la conclusion d'un contrat de fourniture de télécommunication à la conclusion d'un contrat de fourniture d'autres services ou d'équipements. La question préjudicielle impliquait de confronter la loi polonaise sur les télécommunications à la directive cadre « télécommunications » et à la directive « service universel » ¹⁵¹. La Cour n'a pas vu de contrariété entre la loi polonaise et ces directives. Par contre, elle a relevé que la législation en cause était incompatible avec la directive 2005/29/CE qui s'oppose à une réglementation nationale interdisant par principe les offres conjointes.

57. Cet arrêt présente un intérêt particulier puisque la Cour y a décidé, en substance, que des dispositions de droit national réglementant

147. Considérant 26 de l'arrêt.

148. Considérant 42 de l'arrêt.

149. Considérants 43 à 47 de l'arrêt.

150. C.J.U.E., 11 mars 2010, *Telekomunikacja Polska S.A. w Warszawie/Prezes urzedu Komunikacji Elektronicznej*, C-522/08, www.curia.europa.eu.

151. Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, L. 108, p. 33, et directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, L. 108, p. 51.

des pratiques commerciales devaient aussi être contrôlées par rapport à la directive 2005/29/CE, quelle que soit la législation dans laquelle elles se trouvent et peu importe, dès lors, que l'objet premier de cette législation n'ait pas trait aux pratiques commerciales des entreprises à l'égard des consommateurs ¹⁵².

D. Perspectives

58. Les arrêts rendus jusqu'à présent par la Cour de justice en matière de pratiques commerciales déloyales l'ont tous été au sujet d'offres conjointes. Il est désormais certain que les offres conjointes s'analysent en des pratiques commerciales et que n'étant pas interdites par l'annexe I de la directive 2005/29/CE, elles ne peuvent faire l'objet d'une interdiction de principe par le législateur national, à moins, cependant, qu'elles concernent des services financiers ou des biens immobiliers. En tant que pratiques commerciales visées par la directive 2005/29/CE, les offres conjointes doivent donc être soumises au test de loyauté en trois temps que nous avons examiné.

59. Même si, dès le prononcé de l'arrêt *VTB-VAB*, certains auteurs ont préconisé l'extension de ses enseignements aux autres pratiques réglementées ¹⁵³, la question reste, selon nous, posée. La Cour de justice ne s'est, en effet, pas encore prononcée à leur égard. Ces pratiques peuvent-elles dès lors faire l'objet de limitations voire d'interdictions allant au-delà de la réglementation européenne en matière de pratiques commerciales ? Nous devrions être fixés très prochainement, à tout le moins en ce qui concerne les annonces de réduction de prix puisque, le 2 juin 2010, le tribunal de commerce de Termonde a interrogé la Cour de justice sur la conformité à la directive 2005/29/CE de l'interdiction d'annoncer des réductions de prix pendant les périodes d'attente précédant les soldes ¹⁵⁴. Il n'est pas inenvisageable que la

152. En ce sens, B. KEIRSBILCK et J. STUYCK, « Een kritische analyse van de wet marktpraktijken en consumentenbescherming », *T.B.H.*, 2010, p. 713.

153. En ce sens, voy. notamment, M. DUPONT, *op. cit.*, p. 423 ; E. TERRYIN, « Koppelverkoop en andere per se verboden in de WHPC (toekomstige Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming) na het VTB-VAB-arrest van het Europees hof van justitie », *R.W.*, 2009, p. 1242 et « Het per se bebod op koppelverkoop strijdig met de richtlijn oneerlijke handelspraktijken 2005/29/CE », *D.C.C.R.*, 2009, p. 173 ; *Contra* : F. LONGFILS, « L'arrêt de la Cour de justice du 23 avril 2009 : mort ou survie de l'interdiction des offres conjointes ? », *Cah. jur.*, 2009, p. 68.

154. Demande de décision préjudicielle présentée par le tribunal de commerce de Termonde le 2 juin 2010 – Wamo BVBA/JBC N.V. et Modemakers Fashion N.V., (Affaire C-288/10), *J.O.U.E.*, C 246, 11 septembre 2010, p. 20. La question préjudicielle est ainsi libellée : « La directive 2005/29 du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, s'oppose-t-elle à une disposition nationale telle que l'article 53 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, qui interdit d'effectuer, durant des périodes bien déterminées, des annonces de réduction de prix et des annonces suggérant une réduction de prix ? ».

Cour décide que les dispositions relatives aux annonces de réduction de prix se situent en dehors du champ d'application de la directive 2005/29/CE parce qu'elles ont pour seul objectif la protection des intérêts des concurrents. L'on aperçoit mal l'atteinte qu'une annonce de réduction de prix effectuée durant une période d'attente peut porter aux intérêts des consommateurs. Il demeure toutefois hautement probable que la Cour ne retienne pas cet argument, sa jurisprudence en droit de la consommation s'inscrivant dans une tendance maximaliste. Il en résulterait que l'interdiction de principe des annonces de réduction de prix durant les périodes d'attente contenue dans la L.P.M.C. serait contraire à la directive 2005/29/CE. Quelles solutions s'offriraient alors aux juridictions nationales chargées d'appliquer la législation nationale incompatible avec la directive 2005/29/CE ?

60. Les effets d'un arrêt de la Cour de justice rendu sur question préjudicielle sont connus. Si la juridiction de renvoi est bien entendu liée par l'arrêt en interprétation rendu par la Cour de justice ¹⁵⁵, tel est également le cas des autres juridictions nationales qui seraient confrontées au même problème d'interprétation ¹⁵⁶. Les effets d'un arrêt en interprétation constatant l'incompatibilité d'une disposition nationale au droit européen atteignent également les États membres et impliquent de leur part qu'ils apportent les corrections nécessaires en droit national pour se conformer à la jurisprudence européenne, sous peine d'encourir une procédure en manquement ¹⁵⁷.

61. Mais dans l'intervalle, qui peut être long, quel sort les juges nationaux doivent-ils réserver à la norme nationale critiquée ? Poser cette question revient, s'agissant ici de la conformité du droit national à une directive, à poser la question de l'éventuelle application de la directive elle-même afin de suppléer à la défaillance de l'État dans sa transposition. À cet égard, il faut rappeler que la Cour de justice reconnaît aux directives un effet direct vertical mais leur dénie tout effet direct horizontal. Concrètement, cela signifie que « dans tous les cas où des dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer à l'encontre de l'État » ¹⁵⁸

155. A. DEFOSSÉZ et N. PETIT, « L'effet des arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes » in *L'effet de la décision de justice – Contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, CUP, vol. 102, Liège, Anthemis, 2008, p. 76, n° 84. Les auteurs précisent que la juridiction de renvoi dispose toutefois d'une certaine marge de manœuvre en ce que « l'autorité de la chose interprétée s'attache [...] au dispositif de l'arrêt tel que "compris à la lumière des motifs" qui le fondent ».

156. *Idem* p. 78, n°s 91 et 92.

157. *Idem*, p. 79, n° 95.

158. C.J.C.E., 23 avril 2009, C-378/07 à C-380/07, *Kiriaki Angelidaki et autres*, www.curia.europa.eu, considérant 193.

qui n'aurait pas ou mal transposé la directive. En revanche, en raison de l'absence d'effet direct horizontal des directives, il n'existe, à l'heure actuelle, aucune solution pleinement satisfaisante dans le cadre de litiges entre particuliers, litiges pourtant fréquents en matière de pratiques commerciales.

62. Certes, des « palliatifs »¹⁵⁹ existent. Le premier réside dans l'obligation d'interprétation conforme selon laquelle, s'il est possible d'interpréter la norme nationale conformément à la norme européenne – et uniquement dans ce cas –, les magistrats doivent s'efforcer de le faire. Il est ainsi de jurisprudence constante qu'« en appliquant le droit national, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte ainsi que de la finalité de cette directive pour atteindre le résultat fixé par celle-ci »¹⁶⁰. Si une telle interprétation conforme est impossible, les particuliers lésés en raison de l'absence de transposition ou de la mauvaise transposition sont fondés à mettre en cause, à certaines conditions, la responsabilité de l'État¹⁶¹. Un troisième palliatif pourrait être de procéder à un « découplage entre l'effet direct horizontal des directives et l'invocabilité de celles-ci en vue d'exclure le droit national contraire, y compris dans le cadre d'un litige entre particuliers ». « Cette solution revient à considérer que si les directives ne peuvent pas être substituées au droit national absent ou défaillant pour imposer directement des obligations dans le chef d'un particulier, elles peuvent au moins être invoquées afin d'exclure le droit national contraire, seul le droit national expurgé de ses dispositions contraires à la directive étant alors appliqué par le juge national pour résoudre un litige opposant des particuliers »¹⁶². Cette solution doit, toutefois, être considérée avec prudence car elle n'a « jamais fait l'objet d'une consécration générale et explicite par la Cour »¹⁶³.

63. En attendant que la jurisprudence de la Cour de justice en matière de pratiques commerciales déloyales s'étoffe, nous pensons, tout comme

159. Conclusions de l'Avocat général Y. BOT précédant C.J.U.E, 19 janvier 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci*, www.curia.europa.eu, point 65.

160. C.J.C.E., 23 avril 2009, C-378/07 à C-380/07, *Kiriaki Angelidaki et autres*, *op. cit.*, considérant 48.

161. Conclusions de l'Avocat général Y. BOT, *op. cit.*, point 62 : « Le droit communautaire impose, en effet, aux États membres, de réparer les dommages qu'ils ont causés aux particuliers en raison de l'absence de transposition de cette directive pour autant que trois conditions soient remplies. Tout d'abord, la directive en cause doit avoir pour objet l'attribution de droits à des particuliers. Le contenu de ces droits doit, ensuite, pouvoir être identifié sur la base des dispositions de ladite directive. Enfin, il doit y avoir un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État membre et le dommage subi ».

162. *Idem*, point 63.

163. *Idem*, point 64.

H. Jacquemin ¹⁶⁴, que pour chaque pratique réglementée, un raisonnement en deux temps doit être effectué. En premier lieu, il faut déterminer si la pratique considérée est une pratique commerciale au sens de la directive 2005/29/CE ou si elle s'inscrit, au contraire, dans l'un des secteurs dans lesquels les États membres conservent une liberté d'action. Si la pratique envisagée tombe bel et bien dans le champ d'application de la directive 2005/29/CE, il convient alors de vérifier si la disposition nationale qui la régit va ou non au-delà de ce que la directive prévoit. Cela étant, s'il s'avère, au terme de cet examen, que la pratique commerciale qui relève de la directive 2005/29/CE est régie par une disposition nationale incompatible avec celle-ci et insusceptible d'interprétation conforme au droit européen, on se trouve alors, dans le cadre de litiges entre particuliers, dans une impasse, impasse dont seule une intervention législative peut permettre de sortir.

164. H. JACQUEMIN, *op. cit.*, pp. 648-649, n° 13.