

Sous la direction scientifique de Cyril NOURISSAT, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, Directeur du Master II Droit international privé et comparé

Les différentes contributions rassemblées à la faveur de cette livraison sont l'occasion d'attirer l'attention sur le fait que la matière des contrats d'affaires dans leur dimension internationale ou communautaire est en réalité tributaire de deux grandes données de nature à alimenter le grief d'une difficulté particulière.

D'une part, il convient plus que jamais d'apprendre à jongler avec des sources variées, aux finalités souvent différentes et aux méthodes parfois opposées : droit communautaire substantiel, droit communautaire conflictuel, droit international privé conventionnel... Ainsi, certains réflexes acquis sont-ils condamnés, non sans rejaillir d'ailleurs sur les solutions de l'ordre interne. L'exemple vient, en particulier, de la récente loi Chatel qui montre que la protection du consommateur – à propos des contrats qu'il a conclus – peut aussi être assurée par le développement de la concurrence. En d'autres termes, la prise en compte des intérêts de ce consommateur ne passe plus forcément par l'édition d'un droit protecteur sectoriel mais aussi par un droit plus global s'adressant avant tout aux professionnels, le droit du marché, ce que l'ordre juridique communautaire a expérimenté de longue date !

D'autre part, ainsi qu'en atteste le commentaire de l'arrêt de la chambre mixte du 30 novembre 2007, les circonvolutions jurisprudentielles n'aident pas celui qui fait métier de rédiger des contrats d'affaires internationaux ou intracommunautaires ou, en cas de litige, de les plaider : comment expliquer à l'entrepreneur principal que ce qu'on lui a dit le 23 janvier 2007 (Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2007, n° 04-10.897, Bull. civ. I, n° 33) n'est plus vrai 10 mois plus tard (Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006) ? Comment faire comprendre au sous-traitant que la loi allemande applicable au contrat le prive en janvier 2007 d'une action directe à laquelle cette même loi allemande ne s'oppose plus en novembre 2007 ?

Variété et volatilité ! Tels sont deux défis auxquels le juriste contemporain est confronté.

Cyril NOURISSAT



Par Cédric
MONTFORT

Docteur en droit
Avocat

Cabinet Ràtheaux,
Société d'avocats, Lyon

Loyauté des pratiques commerciales : concurrents, agissez en cessation !

La directive communautaire du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales vient enfin d'être transposée en droit interne par une loi du 3 janvier 2008. Nombreuses étaient les innovations communautaires mais seule leur essence a été transposée, laissant envisager les moyens pratiques permettant de parer directement et judiciairement au texte nouveau.

RIDA
1478

L. n° 2008-3, 3 janv. 2008, JO 4 janv.

D'une part, il convient plus que jamais d'apprendre à jongler avec des sources variées, aux finalités souvent différentes et aux méthodes parfois opposées : droit communautaire substantiel, droit communautaire conflictuel, droit international privé conventionnel... Ainsi, certains réflexes acquis sont-ils condamnés, non sans rejaillir d'ailleurs sur les solutions de l'ordre interne. L'exemple vient, en particulier, de la récente loi Chatel qui montre que la protection du consommateur – à propos des contrats qu'il a conclus – peut aussi être assurée par le développement de la concurrence. En d'autres termes, la prise en compte des intérêts de ce consommateur ne passe plus forcément par l'édition d'un droit protecteur sectoriel mais aussi par un droit plus global s'adressant avant tout aux professionnels, le droit du marché, ce que l'ordre juridique communautaire a expérimenté de longue date !

D'autre part, ainsi qu'en atteste le commentaire de l'arrêt de la chambre mixte du 30 novembre 2007, les circonvolutions jurisprudentielles n'aident pas celui qui fait métier de rédiger des contrats d'affaires internationaux ou intracommunautaires ou, en cas de litige, de les plaider : comment expliquer à l'entrepreneur principal que ce qu'on lui a dit le 23 janvier 2007 (Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2007, n° 04-10.897, Bull. civ. I, n° 33) n'est plus vrai 10 mois plus tard (Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006) ? Comment faire comprendre au sous-traitant que la loi allemande applicable au contrat le prive en janvier 2007 d'une action directe à laquelle cette même loi allemande ne s'oppose plus en novembre 2007 ?

Variété et volatilité ! Tels sont deux défis auxquels le juriste contemporain est confronté.

Cyril NOURISSAT

I. - INNOVATIONS DE LA DIRECTIVE 2005/29

La directive 2005/29 du 11 mai 2005 comporte tant d'innovations que ces quelques lignes ne suffiront pas à les présenter de manière exhaustive (cf., notamment, pour de plus amples exposés, Luby M., La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales [une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne], Europe nov. 2005, p. 6 ; Montfort C., La loyauté des pratiques commerciales en droit communautaire du marché - Origines nationales et perspectives d'harmonisation, ANRT, 2006 ; Raymond G., Incidences possibles de la transposition de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation, Contrats, conc., consom. 2006, p. 5). Aussi s'autorisera-t-on un exposé par exception des innovations les plus marquantes.

Globalité de l'interdiction. Un des traits saillants du nouveau texte tient à sa généralité. La directive 2005/29 poursuit donc une harmonisation maximale (le 5^e considérant vise ainsi la mise en place de « règles uniformes qui assurent un niveau élevé de protection des consommateurs ») en se fondant sur une interdiction de principe de toute forme de déloyauté dans les pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, entendues comme 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 » (Dir. Parl. et Cons. CE n° 2005/29, 11 mai 2005, art. 2, lettre d). Cette notion particulièrement extensive n'a donc pas les mêmes contours que ceux esquissés en droit français, notamment lors de l'adoption de la loi Dutreil du 2 août 2005, concernant les relations entre fournisseurs et distributeurs (L. n° 2005-882, 2 août 2005, dite loi Dutreil). La généralité du texte s'exprime également dans la formulation de l'interdiction. Selon la directive, est déloyale la pratique commerciale qui est contraire aux exigences de la diligence professionnelle (la lettre h) de l'article 2 indique que la diligence professionnelle reconne « le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe de bonne foi dans son domaine d'activité ») et qui altère, ou est susceptible d'altérer, de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen de référence ou du consommateur ciblé par la pratique. Tout comme son aînée, destinée à prohiber les clauses abusives (Dir. Cons. CE n° 93/13, 5 janv. 1993, sur les clauses abusives, JOCE 21 avr., n° L 95), l'interdiction générale se fonde sur une obligation générale de bonne foi (cf., en ce sens, la définition faite par lettre h) de l'article 2 des diligences professionnelles).

Pratiques trompeuses et agressives. L'abstraction juridique se retrouve également dans les deux modalités particulières retenues par le texte (l'emploi à l'article 4 de la formule « En particulier » laisse en effet entendre qu'il ne s'agit que d'illustrations) : les pratiques trompeuses et les pratiques agressives. Le caractère trompeur reprend, en l'étendant à toute forme de pratique commerciale, positive ou par omission, l'interdiction faite de la publicité de nature à consommation, Contrats, conc., consom. 2006, p. 5). Aussi s'autorisera-t-on un exposé par exception des innovations les plus marquantes.

Globalité de l'interdiction. Un des traits saillants du nouveau texte tient à sa généralité. La directive 2005/29 poursuit donc une harmonisation maximale (le 5^e considérant vise ainsi la mise en place de « règles uniformes qui assurent un niveau élevé de protection des consommateurs ») en se fondant sur une interdiction de principe de toute forme de déloyauté dans les pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, entendues comme 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 » (Dir. Parl. et Cons. CE n° 2005/29, 11 mai 2005, art. 2, lettre d). Cette notion particulièrement extensive n'a donc pas les mêmes contours que ceux esquissés en droit français, notamment lors de l'adoption de la loi Dutreil du 2 août 2005, concernant les relations entre fournisseurs et

ou sont susceptibles d'altérer la liberté de choix du consommateur, notamment du fait de harcèlements ou de contraintes (pour le détail, voir les articles 8 et 9 de la directive). En définitive, en interdisant les pratiques trompeuses et les pratiques agressives, le législateur communautaire a entendu protéger un consentement éclairé et libre du consommateur, lorsqu'il contracte ou décide, au contraire, de ne pas le faire (cf. en ce sens la définition de la décision commerciale qui peut tout à fait consister en une abstention du consommateur, article 2, lettre k).

Définitions extensives. Une attention particulière sera portée sur certaines définitions proposées par la directive. La directive encadre ainsi notamment « l'invitation à l'achat » qui comprend toute forme de communication promotionnelle d'un « produit », entendu lui-même comme tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations. Ces définitions ne manqueront pas de susciter quelques interrogations sémantiques car, pour certaines traditions, il est tout simplement inconcevable de vendre un service. Or, bien que les formulations précitées ne manquent pas de rappeler les notions civiles d'erreur, de dol et de violence (les influences déterminantes sont toutefois puisées dans les systèmes juridiques anglo-saxons et suédois, comme le rappelle notamment la lettre j) de l'article 2 qui définit la notion d'influence injustifiée et qui est une traduction littérale de l'« undue influence », telle que connue et pratiquée en Common Law, cf. Montfort C., précité, n° 742 et s.), le texte n'est pas, en principe, destiné à harmoniser les droits des contrats « ni en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats » (art. 3, § 2, de la directive). En effet, la directive a davantage pour but d'œuvrer à une discipline collective, par le biais de notions d'origine économique, qu'à conférer des droits individuels aux consommateurs qui seraient victimes de pratiques déloyales. L'empiréite économique est évidente dans les définitions des notions de décision commerciale du consommateur (article 2, lettre k) ou d'altération substantielle du comportement économique de ce dernier (article 2, lettre e). Enfin, la directive reprend deux définitions déjà largement consacrées par la jurisprudence de la Cour de justice : le consommateur-titulaire de la protection, personne physique qui agit à des fins n'entrant pas dans le cadre de son activité professionnelle (l'article 2 lettre a) reprend l'interprétation constante de la Cour de justice, en ce sens, cf. notamment, CJCE, 22 nov. 2001, aff. C-541/99 et 542/99, Ca pe SNC, JCP G 2002, II, n° 10047, obs. Paisant G.) et le consommateur de référence, moyennement informé, attentif et avisé (cette définition est aussi une reprise de l'interprétation faite par la Cour des textes réglementant la publicité, cf. notamment CJCE, 13 janv. 2000, aff. C-220/98, Estée Lauder Cosmetics GmbH c/ Lancastler Group, Rec. CJCE, I, p. 117).

Une protection collective. Si la protection des consommateurs est assurément une finalité poursuivie par la directive, elle n'en constitue toutefois pas la principale motivation. Des indices de cette vocation subsidiaire se trouvent dans le visa de la **Définitions extensives.** Une attention particulière sera portée sur certaines définitions proposées par la directive. La directive encadre ainsi notamment « l'invitation à l'achat » qui comprend toute forme de communication promotionnelle d'un « produit », entendu lui-même comme tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations. Ces définitions ne manqueront pas de susciter quelques interrogations sémantiques car, pour certaines traditions, il est tout simplement inconcevable de vendre un service. Or, bien que les formulations précitées ne manquent pas de rappeler les notions civiles d'erreur, de dol et de violence (les influences déterminantes sont toutefois puisées dans les systèmes juridiques anglo-saxons et suédois, comme le rappelle notamment la lettre j) de l'article 2 qui définit la notion d'influence injustifiée et qui est une traduction littérale de l'« undue influence », telle que connue et pratiquée en Common Law, cf. Montfort C., précité, n° 742 et s.), le texte n'est pas, en principe, destiné à harmoniser les droits des contrats « ni en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats » (art. 3, § 2, de la directive). En effet,

tion des normes adoptées par les parties en présence (Howells G. et Wilhelmsson T., EC Consumer Law : Has it come of Age ?, ELR 2003, p. 370). Cette impression est confirmée par la lecture de l'article 11 du texte, consacré à l'application de la législation. De manière traditionnelle pour une directive, les États membres doivent veiller à l'existence de moyens adéquats et efficaces pour lutter contre les pratiques déloyales. Or, comme la directive exclut l'harmonisation des législations nationales des obligations, le législateur communautaire insiste sur les moyens d'action contre les pratiques déloyales. Les « personnes ou organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à lutter contre les pratiques commerciales déloyales, y compris les concurrents », doivent pouvoir avoir le choix de saisir la justice ou de saisir une autorité administrative compétente (il ressort nettement des travaux et études préparatoires que le modèle de référence du législateur a été l'Office of Fair Trading britannique, cf. Montfort C., précité, n°s 719 et s.). Le texte vise certes les consommateurs, mais de manière subsidiaire. C'est dire que la directive insiste davantage sur les moyens collectifs d'actions, comme l'indique par ailleurs le choix laissé aux États membres de décider s'ils souhaitent mettre en place des actions collectives, conjointes ou séparées (cf. l'article 11, § 1, et sur cette question, l'analyse comparée, dirigée par le Prof. Jules Stuyck et de l'Université de Leuven, An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than individual redress through ordinary judicial proceedings, 2007, publiée sur le site de la Commission européenne, http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/index_en.htm), et s'ils désirent conférer une certaine force obligatoire aux codes de bonne conduite. Dès lors, bien que le texte s'en défende (cf. ainsi l'article 3, § 1, qui ne vise que les relations B2C [entre professionnel et consommateur] ainsi que le 8^e considérant), la directive témoigne davantage d'un véritable droit du marché qu'un droit de la consommation, tel qu'on le définit traditionnellement en France.

La faveur de la dimension collective est enfin soulignée par l'évocation faite au second paragraphe de l'article 11 des moyens conférés aux autorités (administratives ou judiciaires) pour l'application de la directive. La directive vise ainsi la cessation des pratiques commerciales déloyales ou l'injonction préventive en vue de les interdire, « même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réels, ou d'une intention ou d'une négligence de la part du professionnel ». Les États membres peuvent à ce titre obliger les autorités à ordonner la publication de la décision et/ou d'un communiqué rectificatif. Une autre particularité procédurale est aménagée par le texte qui oblige les États membres à exiger du professionnel poursuivi des preuves sur l'exactitude de ses allégations « personnes ou organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à lutter contre les pratiques commerciales déloyales, y compris les concurrents », doivent pouvoir avoir le choix de saisir la justice ou de saisir une autorité administrative compétente (il ressort nettement des travaux et études préparatoires que le modèle de référence du législateur a été l'Office of Fair Trading britannique, cf. Montfort C., précité, n°s 719 et s.). Le texte vise certes les consommateurs, mais de manière subsidiaire. C'est dire que la directive insiste davantage

sur les moyens collectifs d'actions, comme l'indique par ailleurs le choix laissé aux États membres de décider s'ils souhaitent mettre en place des actions collectives, conjointes ou séparées (cf. l'article 11, § 1, et sur cette question, l'analyse comparée, dirigée par le Prof. Jules Stuyck et de l'Université de Leuven, An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than individual redress through ordinary judicial proceedings, 2007, publiée sur le site de

« C'est dire que la directive insiste davantage sur les moyens collectifs d'actions, comme l'indique par ailleurs le choix laissé aux États membres de décider s'ils souhaitent mettre en place des actions collectives, conjointes ou séparées (...) ».

« C'est dire que la directive insiste davantage sur les moyens collectifs d'actions, comme l'indique par ailleurs le choix laissé aux États membres de décider s'ils

jeux de hasard, par exemple, ou que la commercialisation en est licite, alors que cela n'est pas le cas), les prérogatives offertes au consommateur, les loteries publicitaires, etc. (cf. l'annexe I de la directive et *infra* pour les pratiques nouvellement interdites en France). Les pratiques agressives interdites ont trait aux communications non sollicitées, à la pression faite sur les enfants, au paiement immédiat de produits, voire même au fait que la survie du professionnel en dépend (30^e pratique) ! La directive innove donc essentiellement par l'adoption de normes générales d'origine économique qui structurent l'acquis préexistant, sans pour autant négliger des interdictions très concrètes de déloyautés imputables aux professionnels. Si la transposition française a repris l'abstraction du texte européen, elle a délaissé la liste noire des pratiques prohibées.

II. - LA TRANSPOSITION IMPARFAITE PAR LA LOI CHATEL

Identité des principes. La loi *Chatel* respecte à n'en pas douter l'esprit de la directive, puisque la protection du consommateur est assurée par le développement de la concurrence ce qui confirme, si besoin était, que les nouvelles normes participent davantage à un droit global du marché (Lucas de Leyssac C. et Parléani G., Droit du marché, Puf, 2002, p. 1 et s. ; et Pizzio J.-P., Lambert J. et Baudouin de la Villeon, Droit du marché, Dalloz, 1993) qu'à une protection sectorielle (cf. notamment, Howells G. et Wilhelmsson T., EC Consumer Law : Has it Come of Age ?, ELR 2003, p. 370 ; Micklitz H.-W., Theses on the Future of a European Concept of Contracts, in *Der Vertragsbegriff in der Übereinkommen von Brüssel und Rom*, Publications de l'Académie de

Trèves, 2001, Bundesarziger 2002, p. 39 ; et Stuyck J., *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam : Consumer Policy in or beyond the Internal Market ?*, CMLR 2000, p. 372). La lecture des nouvelles dispositions du Code de la consommation permettra également de se convaincre que le législateur français n'a pas souhaité modifier le droit des obligations. Suivant en cela les précédentes transpositions françaises (choix qui a été opéré pour la directive n° 99/44/CE sur les garanties dans la vente après un vif débat doctrinal, sur lequel cf. notamment Jourdain P., *Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : Ne pas manquer une occasion de progrès*, D. 2003, p. 4 ; Mainguy D., *Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties dans la vente des biens de consommation*, JCP G 2002, I, n° 135 ; Mazeaud D., *La parole est à la défense*, D. 2003, p. 6 ; et Viney G., *Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ?*, JCP G 2002, I, n° 158), la directive 2005/29 a été intégrée aux nouveaux articles 120-1 et suivants d'un nouveau chapitre préliminaire au chapitre I du Titre II du Livre I du Code de la consommation, intitulé « Pratiques commerciales déloyales ». Dès lors, sans pour autant négliger des interdictions très concrètes de déloyautés imputables aux professionnels. Si la transposition française a repris l'abstraction du texte européen, elle a délaissé la liste noire des pratiques prohibées.

II. - LA TRANSPOSITION IMPARFAITE PAR LA LOI CHATEL

Identité des principes. La loi *Chatel* respecte à n'en pas douter l'esprit de la directive, puisque la protection du consommateur est assurée par le développement de la concurrence ce qui confirme, si besoin était, que les nouvelles normes participent davantage à un droit global du marché (Lucas de Leyssac C. et Parléani G., Droit du marché, Puf, 2002, p. 1 et s. ; et Pizzio J.-P., Lambert J. et Baudouin de la Villeon, Droit du

La loi *Chatel* s'attache à déterminer les informations substantielles qui vont permettre de juger de la loyauté d'une pratique et de son caractère trompeur, conformément au texte de la directive. En revanche, la définition donnée des pratiques agressives laisse plus perplexe car, à côté de la liberté de choix du consommateur qui serait entravée, la loi française indique que pareille pratique serait celle qui « vicie ou est de nature à vicier le consentement d'un consommateur » (C. consom., art. L 122-11, 2°, nouveau). Dès lors, une pratique commerciale trompeuse qui vicie, par définition, le consentement du consommateur, pourra être qualifiée d'agressive et bénéficier du régime que lui réserve la loi française.

Sanctions. Malgré l'air du temps, la sanction réservée par le Code aux pratiques déloyales est essentiellement pénale. L'on évoquera pour mémoire les pouvoirs d'enquête conférés à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et la répression des fraudes (DGCCRF) pour la recherche et la constatation des pratiques illicites (C. consom., art. L 141-1). Tout comme pour la publicité de nature à induire en erreur, le responsable du délit de pratique trompeuse est passible d'une peine de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 37 500 €, dont le montant peut être majoré en fonction des dépenses promotionnelles engagées (C. consom., art. L 121-6 et 213-1). Le délit de pratique agressive est quant à lui puni d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 150 000 € (art. L 122-12). On peut légitimement s'interroger sur la conformité de cette solution, étant rappelé que le droit communautaire veille à l'effectivité, à la proportionnalité et au caractère dissuasif des sanctions (cf. Dir. Parl. Cons. CE n° 2005/29, 11 mai 2005, art. 13 qui reprend l'appréciation faite par la Cour de justice quant aux sanctions pénales en matière de droit du marché : cf. notamment, CJCE, 12 sept. 2000, aff. C-366/98, Procédure pénale c/ Geffroy et Casino, Rec. CJCE, I, p. 6579, qui exerce un contrôle de proportionnalité sur la loi française). La rigueur de la sanction pénale peut toutefois être atténuée, lorsque la DGCCRF transige après accord avec le Procureur de la République et dans la mesure où l'action publique n'a pas encore été mise en mouvement (C. consom., art. L 141-2, al. 1^{er}).

D'autres formes de sanctions sont toutefois prévues par la loi de transposition. Il s'agit de l'**action en cessation** pour les pratiques trompeuses, par l'emprunt aux dispositions applicables à la publicité de nature à induire en erreur (C. consom., art. L 121-3) et, pour les pratiques agressives, de la nullité « *de nul effet* » du contrat qui aurait été conclu par ce biais (C. consom., art. L 122-15). Cette dernière sanction est à saluer, car elle vient codifier une solution jurisprudentielle permettant d'assurer une certaine être qualifiée d'agressive et bénéficier du régime que lui réserve la loi française.

Sanctions. Malgré l'air du temps, la sanction réservée par le Code aux pratiques déloyales est essentiellement pénale. L'on évoquera pour mémoire les pouvoirs d'enquête conférés à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et la répression des fraudes (DGCCRF) pour la recherche et la constatation des pratiques illicites (C. consom., art. L 141-1). Tout comme pour la publicité de nature à induire en erreur, le responsable du délit de pratique trompeuse est passible d'une peine de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 37 500 €, dont le montant peut être majoré en fonction des dépenses promotionnelles engagées (C. consom., art. L 121-6 et 213-1). Le délit de pratique agressive

« Malgré l'air du temps cependant, la sanction réservée par le Code aux pratiques déloyales est essentiellement pénale ».

Lacunnes. Outre les réserves qui viennent d'être évoquées quant à la cohérence de l'ensemble, il semble que la loi *Chatel* ne transpose pas complètement la directive 2005/29. D'une part, la loi ne reprend pas l'incitation en faveur des codes de conduite, ce qui, à la vérité, n'étonne pas trop dans un pays où cette pratique existe, certes, mais de manière très timide (l'idée n'est pas nouvelle en France où il avait été proposé de codifier les bonnes pratiques existantes dans le Code de la consommation. Face au peu d'enthousiasme et au nombre peu élevé de codes, l'idée fut abandonnée : cf. Lucas de Leyssac C. et Parléani G., précité, p. 79. Il faut toutefois avouer que ces normes manquent d'effectivité, cf. Osman F., Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, RTD civ. 1995, p. 509). Cela aurait pourtant permis de déterminer avec plus de précision les contours concrets de la notion de diligence professionnelle, étalon d'une pratique loyale. Il conviendra donc, dans chaque futur cas de déloyauté, d'examiner *in abstracto* ce que cette diligence aurait exigé (la définition donnée par la directive vise en effet le niveau de compétence et de soins dont le professionnel est « raisonnablement censé faire preuve », art. 2 lettre h).

Enfin, contrairement à la directive, qui comprend 31 pratiques concrètes prohibées en toutes circonstances, le texte de la loi française ne reprend que l'interdiction du système pyramidal de commercialisation par la sollicitation du consommateur (C. consom., art. L 122-6, 2°). On peut donc considérer que les prérogatives inconditionnelles, claires et précises qui étaient conférées aux entités qualifiées, aux concurrents et aux consommateurs, de demander notamment la cessation de pratiques déloyales, n'ont pas été encore (le projet de novembre 2006 prévoyait l'adoption d'un décret qui aurait repris la liste noire. La loi du 3 janvier 2008 ne précise toutefois rien à cet égard) transposées en droit français.

Effet horizontal de la liste. La transposition française ne permet pas en conséquence aux entités autorisées, aux concurrents et aux consommateurs de demander la cessation des pratiques listées par la directive. Ce qui nous semble s'apparenter à un manquement de l'État français peut donc faire l'objet d'une procédure initiée par la Commission et pouvant donner lieu, le cas échéant, à une condamnation par la Cour de justice. Au risque de se répéter, l'on affirmera nettement une faveur pour les moyens offerts aux particuliers par le droit communautaire. En premier lieu, la victime directe d'une violation par un État membre de ses obligations communautaires, peut introduire devant les juridictions nationales un recours afin de solliciter l'indemnisation de son préjudice à cet endroit (CJCE, 9 oct. 1996, aff. C-178/94, C-179/94 et C-190/94, Dillenkofer et a.c. RFA, Rec. CJCE, I, p. 4845, dans la mesure où la directive conférait des prérogatives aux particuliers, que l'État a manqué de manière caractérisée à ses obligations, ce qui a causé un préjudice au particulier, conditions qui nous semblent assez faciles à réunir en l'espèce). recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, RTD civ. 1995, p. 509). Cela aurait pourtant permis de déterminer avec plus de précision les contours concrets de la notion de diligence professionnelle, étalon d'une pratique loyale. Il conviendra donc, dans chaque futur cas de déloyauté, d'examiner *in abstracto* ce que cette diligence aurait exigé (la définition donnée par la directive vise en effet le niveau de compétence et de soins dont le professionnel est « raisonnablement censé faire preuve », art. 2 lettre h).

Enfin, contrairement à la directive, qui comprend 31 pratiques concrètes prohibées en toutes circonstances, le texte de la loi française ne reprend que l'interdiction du système pyramidal de commercialisation par la sollicitation du consommateur (C. consom., art. L 122-6, 2°). On peut donc considérer que les prérogatives inconditionnelles, claires et précises qui étaient conférées aux entités

« Malgré l'air du temps cependant, la sanction réservée par le Code aux pratiques déloyales est essentiellement pénale ».

- avancé masqué dans un contenu rédactionnel sans indiquer nettement que le professionnel l'a financé lui-même, ce qui confirme que les professionnels sont tenus par un principe d'identification ;

- créé et exploité un système de promotion pyramidale dans lequel un consommateur verse une participation en échange de la possibilité de percevoir une contrepartie provenant essentiellement de l'entrée d'autres consommateurs ;

- affirmé qu'un produit augmente les chances de gagner aux jeux de hasard ;

- communiqué des informations inexactes sur les conditions du marché (disponibilité des stocks) ou sur les possibilités de trouver le produit, naturellement pour inciter le consommateur à l'acheter ;

- affirmé qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable (ces problèmes de loteries publicitaires ont nourri la jurisprudence : cf. Pages B., Les loteries publicitaires devant la Chambre mixte : et le numéro complémentaire est... le 1371 !, Rev. Lamy dr. aff. 2002, n° 54, n° 3427) ;

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

- demandé à un consommateur qui souhaite obtenir une indemnité au titre d'une police d'assurance de produire des

documents qui ne peuvent raisonnablement être considérés comme pertinents pour établir la validité de la demande ou se serait abstenu systématiquement de répondre à des correspondances pertinentes, dans le but de dissuader ce consommateur d'exercer ses droits contractuels ;

- dans une publicité, incité, directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit promu.

Ces exemples ne sont qu'indicatifs, puisque la liste comprend 31 pratiques noires, mais illustrent bien la volonté de moraliser des pratiques courantes et jusqu'alors autorisées.

En définitive, la directive 2005/29 est en principe destinée aux États membres afin qu'ils garantissent par la transposition, un niveau élevé de protection des consommateurs. Le texte participe cependant davantage à une libéralisation des pratiques commerciales au niveau européen, dans la lignée d'un droit commun du marché. En effet, la directive s'adresse fondamentalement aux professionnels eux-mêmes, invités à moraliser les pratiques commerciales, *via* des codes de bonne conduite ou par l'initiative qu'ils prendront d'agir individuellement en cessation devant les autorités administratives ou judiciaires. Dans ce cadre, la liste noire s'avère enfin d'une redoutable efficacité car, en l'absence d'une transposition à l'identique, elle s'applique directement entre particuliers et ce, contre le texte national de transposition. ♦

DROIT INTERNATIONAL ET COMMUNAUTAIRE DES CONTRATS D'AFFAIRES

1719

Sous-traitance internationale

- communiqué des informations inexactes sur les conditions du marché (disponibilité des stocks) ou sur les possibilités de trouver le produit, naturellement pour inciter le consommateur à l'acheter ;

- affirmé qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable (ces problèmes de loteries publicitaires ont nourri la jurisprudence : cf. Pages B., Les loteries publicitaires devant la Chambre mixte : et le numéro complémentaire est... le 1371 !, Rev. Lamy dr. aff. 2002, n° 54, n° 3427) ;

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

- demandé à un consommateur qui souhaite obtenir une indemnité au titre d'une police d'assurance de produire des

Pour autant, ce choix n'est pas sans limite. Ainsi, les États peuvent-ils définir ce qu'il est convenu d'appeler des lois de police dont la justification réside dans ce qu'il est « *inconcevable qu'on puisse abandonner à l'arbitraire des parties l'application de règles édictées dans l'intérêt de la collectivité* » (Neumayer K., Rev. crit. DIP 1957, p. 579). Et il semble acquis que le caractère d'ordre public d'une disposition en droit interne ne préjuge pas de sa qualification de loi de police internationale, sauf à « *généraliser l'application de la loi du for à tous les contrats internationaux et à rendre illusoire le principe d'autonomie de la volonté* » (Rapport de Monéger F. sous l'arrêt Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, p. 4, disponible sur le site de la Cour de cassation).

L'exercice est on ne peut plus difficile qui consiste à déterminer les degrés d'exigence de chaque État, justifiant l'application immédiate de ces lois d'application « *nécessaire* » (Sperduti G., Rev. crit. DIP 1977, p. 257). La généralité des critères retenus n'est pas sans susciter des pratiques courantes et jusqu'alors autorisées.

En définitive, la directive 2005/29 est en principe destinée aux États membres afin qu'ils garantissent par la transposition, un niveau élevé de protection des consommateurs. Le texte participe cependant davantage à une libéralisation des pratiques commerciales au niveau européen, dans la lignée d'un droit commun du marché. En effet, la directive s'adresse fondamentalement aux professionnels eux-mêmes, invités à moraliser les pratiques commerciales, *via* des codes de bonne conduite ou par l'initiative qu'ils prendront d'agir individuellement en cessation devant les autorités administratives ou judiciaires. Dans ce cadre, la liste noire s'avère enfin d'une redoutable efficacité car, en l'absence d'une transposition à l'identique, elle s'applique directement entre particuliers et ce, contre le texte national de transposition. ♦