

RECHTSLEER

DOCTRINE

MEDEDINGING, INTELLECTUELE EIGENDOM, RECHT EN TECHNOLOGIE / CONCURRENCE, DROITS
INTELLECTUELS, DROIT ET TECHNOLOGIE

La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée

Laurent de Brouwer et Grégory Sorreaux¹

I. Introduction	373
II. La directive 2005/29/CE	373
A. Une nouvelle politique	373
1. <i>Le Livre vert: vers un marché de la consommation</i>	373
2. <i>Les résultats de la consultation: une harmonisation horizontale</i>	374
3. <i>La proposition de directive: le principe de reconnaissance mutuelle et son abandon</i>	374
B. Les finalités	375
C. Champ d'application	375
1. <i>Rationae personae</i>	375
2. <i>Rationae materiae</i>	375
III. La loi de transposition du 5 juin 2007	376
A. Les choix du législateur	376
B. Les réserves	377
IV. Les nouvelles dispositions de la loi du 14 juillet 1991	377
A. L'ancien cadre réglementaire restructuré: les pratiques réglementées	378
1. <i>Définitions générales – article 1er</i>	378
2. <i>L'information du consommateur – articles 2 à 15</i>	378
3. <i>Les appellations d'origine – articles 16 à 23 (16 à 21ter)</i>	378
4. <i>Dispositions générales concernant les ventes de produits et de services au consommateur – articles 24 à 36 (30 à 39ter)</i>	378
5. <i>Certaines pratiques du commerce – articles 37 à 95 (40 à 92)</i>	379
B. Le nouveau cadre réglementaire: la publicité et les pratiques déloyales	379
1. <i>Définitions – article 96 (93)</i>	380
a. Le consommateur	380
b. Le vendeur ou le professionnel	380
c. Les produits	381
d. Autres définitions	381
2. <i>La publicité comparative – article 97 (94/1)</i>	381
3. <i>La publicité et les pratiques contraires aux usages honnêtes entre vendeurs – articles 98 et 99 (94/2 et 94/3)</i>	381
4. <i>Les pratiques déloyales à l'égard du consommateur – articles 100 à 107 (94/4 à 94/11)</i>	382
a. Champ d'application et structure générale	382
b. La (grande) norme générale de loyauté – article 100 (94/5)	384
c. Les deux normes semi-générales: les pratiques trompeuses et les pratiques agressives – articles 102 à 103 (94/6 à 94/7) et articles 105 à 106 (94/9 à 94/10)	387

¹ Avocats, Simont Braun.

d. Les listes noires: les pratiques réputées déloyales en toutes circonstances – articles 104 (art. 94/8) et 107 (94/11)	391
5. Les dispositions communes – articles 108 à 113 (94/12 à 94/17)	398
a. La publicité faisant référence à un prix	398
b. La charge de la preuve	399
c. Les sanctions civiles	399
d. Autres dispositions	399
6. Les accords de consommation – articles 115 à 120 (94quater à 94decies)	399
C. Les sanctions	400
1. L'action en cessation – articles 121 à 127 (95 à 100)	400
2. Les sanctions pénales et administratives – articles 128 à 145 (101 à 122)	400
Conclusion	401

RÉSUMÉ

La loi du 5 juin 2007 transpose la directive 2005/29/CE relative aux pratiques déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. Une transposition que l'on peut qualifier de minimaliste, car le législateur belge a pris le parti certes de remplacer l'ancienne norme de loyauté à l'égard des consommateurs (ancien art. 94) par les nouvelles normes générales et particulières de la directive, mais en maintenant inchangée la quasi-totalité des autres dispositions, notamment celles qui réglementent les promotions commerciales.

On trouvera dans la nouvelle version de la loi cette approche à trois niveaux du caractère déloyal d'une pratique envers le consommateur: une double liste dite "noire" énumérant les pratiques considérées comme déloyales en toutes circonstances; deux normes semi-générales posant les critères de déloyauté des pratiques trompeuses ou agressives; enfin, la norme générale interdisant toute pratique déloyale, d'une application sans doute résiduaire, mais qui devrait permettre une adaptation à l'évolution des usages. Ces nouvelles normes sont traversées par l'idée qu'une pratique ne doit être interdite que si elle est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un consommateur moyen, c'est-à-dire normalement informé et raisonnablement attentif.

Un réaménagement plus conséquent du chapitre relatif à la publicité s'imposait. Dorénavant, la publicité qui s'adresse aux consommateurs est régie par les nouveaux concepts organisés selon cette structure à trois niveaux, tandis que la plupart des anciennes dispositions, à l'exception de celles relatives à la publicité comparative et celles qui ne visaient que les consommateurs, se voient confinées à la publicité entre entreprises.

SAMENVATTING

Bij wet van 5 juni 2007 werd de richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten omgezet in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument. De omzetting is evenwel minimalistisch te noemen. De oude algemene norm inzake consumentenbescherming (oud art. 94) wordt weliswaar vervangen door de nieuwe algemene en bijzondere normen van de richtlijn maar de wetgever behoudt ook bijna alle andere bepalingen waaronder de reglementering van handelspromoties.

De nieuwe wet bevat nu een drieledige structuur voor oneerlijke praktijken jegens consumenten: twee zwarte lijsten van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk moeten beschouwd worden; twee semi-algemene normen preciseren wat onder misleidende of agressieve handelspraktijken moet worden verstaan; tenslotte verbiedt de algemene norm elke oneerlijke handelspraktijk. Ook al zou deze laatste norm slechts residuaire moeten worden toegepast, wordt zij ontworpen om zich aan de evolutie van de gebruiken te kunnen aanpassen. Krachtens al deze normen mag een praktijk alleen worden verboden als zij het economische gedrag van de gemiddelde, geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument wezenlijk kan verstoren.

Een meer omvattende wijziging van het hoofdstuk betreffende reclame drong zich op. Reclame jegens consumenten wordt voortaan geregeld door de nieuwe bepalingen volgens de genoemde drieledige structuur, terwijl de meeste oude bepalingen, met uitzondering van vergelijkende reclame en reclame die zich alleen tot consumenten richt, worden beperkt tot reclame tussen verkopers

I. INTRODUCTION

1. La loi du 5 juin 2007² modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur transpose en droit belge, du moins est-elle sensée le faire, la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs³. Les nouvelles dispositions introduites dans la loi du 14 juillet 1991 sont entrées en vigueur le 1^{er} décembre 2007⁴. Une transposition certes réalisée à temps⁵, mais combien imparfaite, voire confuse. Il est vrai que la tâche pouvait paraître ardue, le champ d'application de la directive européenne se limitant en effet aux seules pratiques des entreprises vis-à-vis des consommateurs, alors que la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce appréhende les pratiques commerciales tant sous l'angle de la protection des consommateurs que sous celui des usages honnêtes entre entreprises. À cette difficulté technique s'ajoutait le bouleversement en profondeur de la réglementation existante et des équilibres trouvés au fil des années entre les différents intérêts en présence⁶.

2. En schématisant le travail de transposition, on peut dire que le législateur belge s'est contenté de replacer les dispositions de la directive européenne dans un nouveau chapitre

VI intitulé "De la publicité et des pratiques commerciales déloyales" en laissant subsister la quasi-totalité des pratiques réglementées ou interdites des chapitres précédents. En prenant ce parti, le législateur belge transforme la loi du 14 juillet 1991 en un corpus pourvu de deux cadres réglementaires, comportant chacun ses propres définitions, une liste de pratiques interdites ou réglementées, et s'appliquant aussi bien dans les relations entre entreprises que vis-à-vis des consommateurs. Du point de vue de la technique législative, la solution nous paraît difficilement défendable, même sous le bénéfice de l'urgence. Politiquement, elle témoigne d'une singulière résistance à la réalisation d'un grand marché européen des consommateurs et d'une absence de vision pour notre pays, pourtant placé au centre de l'Union européenne. Dans la première partie, nous nous efforcerons de mettre en lumière les traits marquants de la nouvelle politique communautaire en matière de protection des consommateurs dont la directive 2005/29/CE constitue assurément le coup d'envoi et la première balise. Dans la partie suivante, nous nous attacherons à commenter les nouvelles dispositions de la loi du 14 juillet 1991 dans un nouvel habillage, tel qu'il est déjà prévu en projet.

II. LA DIRECTIVE 2005/29/CE

A. Une nouvelle politique

1. Le Livre vert: vers un marché de la consommation

3. Fin 2001, la Commission européenne publiait un Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne⁷. La Commission concluait à la nécessité d'agir en vue de la réalisation d'un marché intérieur de la consommation fonctionnant à plein régime qui serait un atout déterminant de l'Union européenne, puisqu'il constitue "le plus grand bassin de demandes de consommation dans le monde", sans être pleinement exploité⁸. Elle y déplorait la fragmentation des réglementations que la perspective de l'élargissement prochain à d'autres pays risquait encore d'accentuer. Les objectifs de la protection des con-

sommateurs y étaient rappelés: un niveau aussi élevé que possible, "tout en maintenant un moindre coût pour les entreprises", un cadre juridique "aussi simple que possible et suffisamment flexible pour permettre aux acteurs de réagir rapidement au marché" et enfin une sécurité juridique qui garantirait sa mise en vigueur efficace et effective "en particulier dans les litiges transfrontaliers"⁹. La Commission lançait une consultation préalable auprès des États membres dans laquelle elle proposait deux types de méthodes pour réaliser ces objectifs: soit la démarche spécifique et verticale fondée sur l'adoption d'une série de nouvelles directives spécifiques, méthode jusqu'alors utilisée, soit une démarche mixte et horizontale qui s'appuierait sur une directive-cadre harmonisant les règles nationales de loyauté des pratiques commerciales vis-à-vis des consommateurs et qui chapeauterait les directives existantes, modifiées au

² Loi du 5 juin 2007, *Mon. b.* 21 juin 2007.

³ *J.O. L.* 149, 11 juin 2005, p. 22.

⁴ Art. 44 de la loi du 5 juin 2007.

⁵ Directive 2005/29/CE, art. 19. Cet article prévoyait un délai de transposition par les États membres au 12 juin 2007 et d'application effective au 12 décembre 2007.

⁶ J. STUYCK, "De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken", *R.D.C.* 2005, p. 901; G. STRAETMANS, "Recente tendensen in handelspraktijken", *C.B.R.-Jaarboek 2005-2006*, p. 163 et spéc. pp. 233 et s.; L. DE BROUWER, "Actualités – La directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales", *R.D.C.* 2005/7, pp. 790-796.

⁷ Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, 2 octobre 2001, *Com.* (2001) 531 final.

⁸ *Ibid.*, p. 11.

⁹ *Ibid.*, p. 4.

besoin, afin d'assurer la cohérence du système de protection des consommateurs¹⁰.

2. Les résultats de la consultation: une harmonisation horizontale

4. Les réponses données à la consultation ont fait apparaître un large consensus en faveur de l'adoption d'une directive-cadre sur les pratiques commerciales¹¹. Cette approche constitue un revirement de la politique et des moyens mis en œuvre par les autorités européennes en vue de réaliser le marché intérieur. Jusqu'alors, freinée par le principe de subsidiarité, la Commission œuvrait par des directives réglant certains aspects spécifiques, comme la publicité trompeuse, les clauses abusives, les contrats à distance et ceux conclus en dehors de l'entreprise, ou par des directives sectorielles comme pour les services financiers et les voyages. En outre, la plupart d'entre elles prévoyait une harmonisation minimale, laissant aux États la faculté de prendre des mesures plus restrictives en vue de protéger les intérêts des consommateurs. Comme on le verra, la directive sur les pratiques déloyales est une directive-cadre d'harmonisation maximale et dont le champ couvre les directives existantes, du moins pour ce qui est des relations entre entreprises et consommateurs. Elle apparaît comme le socle sur lequel la nouvelle orientation de la politique communautaire s'appuie dorénavant, comme le rappelle encore récemment le Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs¹².

3. La proposition de directive: le principe de reconnaissance mutuelle et son abandon

5. Dans la foulée de ces travaux et consultations, la Commission publiait le 18 juin 2003 une proposition de directive relative aux pratiques déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs¹³, en laissant hors de son champ d'application les relations entre entreprises. Celle-ci ne diffère pas

fondamentalement de la version définitive, car on y trouve déjà la structure caractéristique à trois niveaux, le premier étant constitué d'une première liste de pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances et qui sera complétée par la suite, le second niveau par deux interdictions générales spécifiques visant, d'une part, les pratiques ou omissions trompeuses et, d'autre part, les pratiques agressives. Enfin, le troisième niveau contient la norme générale et résiduaire qui interdit toutes pratiques déloyales envers le consommateur.

6. En revanche, on pouvait difficilement la considérer comme une directive d'harmonisation maximale, puisqu'elle prévoyait, à l'instar de la directive 2002/58/CE sur le commerce électronique¹⁴ mais de manière plus radicale encore¹⁵, le principe de reconnaissance mutuelle entre États membres¹⁶. Rappelons que, selon ce principe, les entreprises ne doivent respecter que la législation de l'État où elles sont établies et les autres États membres ne sont pas autorisés à s'opposer à une pratique venant d'une entreprise étrangère en règle avec la réglementation de l'État de son établissement. Dans un tel système, chaque État garde la faculté de conserver des mesures plus restrictives dans le domaine coordonné, mais à ses risques et périls. En effet, dans cette hypothèse, le principe de reconnaissance mutuelle crée ce qu'on appelle une discrimination à rebours, car il défavorise les entreprises établies sur le territoire de l'État en question. Celles-ci doivent respecter la réglementation nationale sans pouvoir l'exiger des entreprises étrangères. Ceci explique pourquoi la clause de reconnaissance mutuelle n'a pu passer le cap du Conseil de l'Union européenne qui lui a préféré une harmonisation totale, mais tempérée par une clause d'exonération temporaire qui permettait aux États de maintenir certaines dispositions relevant du domaine harmonisé, pourvu qu'elles aient été prises en application d'une directive d'harmonisation minimale et respectent le critère de proportionnalité¹⁷. L'abandon de la clause de reconnaissance mutuelle apparaît comme un (bon) compromis qui permit au Parlement et au Conseil d'adopter le 11 mai 2005 le texte définitif de la directive 2005/29/CE sur les pratiques déloyales.

¹⁰ *Ibid.*, p. 13.

¹¹ Suivi du Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, 11 juin 2002, Com. (2002), 289 final.

¹² Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, Com. (2006) 744 final; voy. aussi l'avis du 4 juin 2007 du Comité économique et social européen sur le Livre vert, *J.O.C.E.* 27 octobre 2007, C. 256, p. 27. On lira aussi avec intérêt J. STUYCK et E. TERRY, "Le droit européen de la consommation", *J.T.-dr. eur.* 2007, p. 257, qui présente une synthèse actualisée de la politique communautaire de la consommation; S. MAHIEU et M. VAN HUFFEL, "Chronique. Consommation et alimentation (janvier 2006-septembre 2007)", *J.T.-dr. eur.* 2008, p. 20.

¹³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales), Com. (2003), 356 final; la proposition était accompagnée d'une "Évaluation d'impact approfondie sur la directive", SEC (2003) 724.

¹⁴ Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, art. 3.1. et 2.

¹⁵ J. STUYCK, E. TERRY et T. VAN DIJCK, "La proposition de directive 'pratiques déloyales': quel marché unique pour le consommateur?", *R.E.D.C.* 2003, p. 239, spéc. nos 62-69.

¹⁶ Proposition de directive, *o.c.*, art. 4.1.

¹⁷ Position commune du Conseil du 15 novembre 2004, 11630/2/04; directive 2005/29/CE, art. 3.5.

B. Les finalités

7. Les considérants introductifs de la directive 2005/29/CE décrivent les finalités déjà exprimées dans les documents préparatoires. Ainsi, le constat des différences marquées entre les législations des États membres en matière de pratiques commerciales qui non seulement sont des facteurs d'insécurité juridique pour les consommateurs et les entreprises, mais augmentent aussi le coût à supporter par ces dernières *“lorsqu'elles souhaitent s'engager dans une commercialisation, lancer des campagnes publicitaires ou offrir des promotions commerciales transfrontalières”* est rappelé d'entrée de jeu¹⁸. L'ambition des autorités européennes est d'offrir aux consommateurs et aux professionnels *“un cadre juridique unique basé sur les concepts juridiques clairement définis réglemant tous les aspects des pratiques déloyales au sein de l'Union européenne”* et qui *“aura pour conséquence d'éliminer les entraves résultant de la disparité des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales”*¹⁹. La présence d'une liste noire énumérant toutes les pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances et qui ne peut être modifiée que par une révision de la directive elle-même conforte le caractère total de l'harmonisation et unique du cadre proposé, puisqu'elle ne laisse aucun espace aux États membres pour maintenir, supprimer ou ajouter d'autres prescrits légaux, à quelques exceptions près²⁰.

C. Champ d'application

1. *Rationae personae*

8. Comme son intitulé général l'indique, le champ d'application de la directive relative aux “pratiques déloyales” embrasse en principe toutes les pratiques des entreprises vis-à-vis des consommateurs, mais laisse hors de son champ les relations entre entreprises, du moins lorsqu'une pratique ne porte atteinte qu'aux intérêts économiques de concurrents²¹. Certains l'ont déploré en faisant valoir que les entreprises, surtout de faible importance, ont aussi besoin de protection²². D'autres font remarquer qu'une pratique peut être déloyale tant vis-à-vis du consommateur que de la concurrence, comme l'imitation servile, certaines formes de parasitisme ou le dénigrement. Le problème n'est pas complètement éludé dans la directive, qui rappelle à juste titre dans l'*Exposé des Motifs* que la protection des intérêts économi-

ques des consommateurs contre les pratiques déloyales protège aussi indirectement les entreprises contre celles *“qui ne suivent pas les règles du jeu”*. Cette règle est appliquée dans notre pays de tout temps par le biais de l'ancien article 93 LPCC et la constatation que l'entreprise qui ne respecte pas les prescriptions protégeant les consommateurs se procure un avantage déloyal sur les concurrents. Ensuite, le Parlement et le Conseil engageaient la Commission à examiner s'il y a lieu de prendre une initiative communautaire couvrant les formes de concurrence déloyale qui ne sont pas couvertes par la directive²³.

9. Si la notion d'entreprise n'est pas définie dans la directive, bien qu'elle soit utilisée tant dans l'intitulé que dans le texte, il faut avoir égard à la définition du “professionnel” pour en connaître la cible précise, à savoir: *“toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel”*²⁴. Aussi, les professions libérales et les services publics sont-ils bien visés par la directive.

10. Quant au consommateur, à la différence de la définition dans la loi sur les pratiques du commerce qui visait tant les personnes physiques que morales, il ne peut être qu' *“une personne physique qui (...) agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale;”*²⁵. Nous examinerons plus loin la notion de consommateur moyen à laquelle il faut se référer pour l'application des nouvelles dispositions.

2. *Rationae materiae*

11. La définition d'une “pratique commerciale vis-à-vis du consommateur” permet de mesurer l'ampleur de la directive qui s'étend à *“toute action, omission, conduite, démarche ou communication, 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”*²⁶. Se présentant comme une directive-cadre visant une harmonisation totale, la directive s'appliquera à toutes les pratiques déloyales qui ne seraient pas expressément visées dans une directive particulière ou sectorielle. En cas de conflit entre deux normes communautaires, la préférence doit cependant être donnée à celle qui régleme un aspect

18. Directive 2005/29/CE, considérants 3 et 4.

19. Directive 2005/29/CE, considérant 12.

20. Directive 2005/29/CE, art. 5.5. et annexe 1.

21. Directive 2005/29/CE, considérant 6.

22. Suiivi du Livre vert, *o.c.*, point 10.

23. Directive 2005/29/CE, considérant 8.

24. *Ibid.*, art. 2, b).

25. *Ibid.*, art. 2, a).

26. Directive 2005/29/CE, art. 2, d).

particulier d'une pratique commerciale²⁷. Cette règle devrait avoir des conséquences plus étendues qu'il n'y paraît à première lecture. En effet, la plupart des directives particulières ou sectorielles ne prévoient qu'une harmonisation minimale, laissant aux États la faculté de prendre des dispositions plus strictes. Celles-ci ne peuvent toutefois être considérées comme des normes communautaires, si bien qu'en cas de conflit avec une norme de la directive "pratiques déloyales", la norme nationale ne sera plus en conformité avec le droit communautaire²⁸. Une possibilité d'échapper à cette conséquence restait néanmoins envisageable pendant la période transitoire de 6 ans, mais, à notre connaissance, la Belgique n'a pas estimé devoir y recourir. Relevons encore que la directive modifiée, et par certains aspects remplace, les directives 84/450/CEE sur la publicité trompeuse, les directives 97/7/CE et 2002/65/CE en matière de contrats à distance, ainsi que la directive 98/27/CE relative aux actions en cessation et le règlement n° 2006/2004 qui organise la coopération entre les autorités nationales²⁹.

12. Si le champ d'application de la directive se veut très large, certains domaines n'en demeurent pas moins exclus. La directive s'applique tout d'abord "*sans préjudice du droit des contrats, ni, en particulier des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats*"³⁰. Comme on le verra ci-après, le législateur belge y a trouvé une des rai-

sons essentielles justifiant, selon lui, le maintien de toutes les réglementations spécifiques de la loi sur les pratiques du commerce. Au niveau sectoriel, on notera l'exclusion des dispositions communautaires ou nationales relatives à la santé et à la sécurité des produits³¹, secteurs sensibles dans lesquels subsistent nombre de divergences entre les États membres, malgré l'introduction de normes communautaires³². Dans le secteur des services financiers et des biens immobiliers, les États pourront encore prendre des mesures plus strictes pour assurer une meilleure protection des consommateurs³³.

13. Les dispositions de la directive s'appliquent "*sans préjudice des conditions d'établissement ou des régimes d'autorisation ou des codes de déontologie ou de toute autre disposition spécifique régissant les professions réglementées*", pourvu qu'elles soient conformes au droit communautaire³⁴. L'*Exposé des Motifs* donne comme exemple les conditions d'autorisation des jeux d'argent³⁵. Bien que non visés expressément dans le texte réglementaire de la directive, on mentionnera encore les droits de la propriété intellectuelle, ainsi que les pratiques commerciales que les États membres pourront continuer à interdire "*pour des motifs de bon goût ou de bienséance, même lorsque ces pratiques ne restreignent pas la liberté de choix des consommateurs*"³⁶.

III. LA LOI DE TRANSPOSITION DU 5 JUIN 2007

A. Les choix du législateur

14. Le gouvernement belge déposait le 9 mars 2007 devant la Chambre des représentants un projet de loi qui se proposait de transposer en droit belge la directive 2005/29/CE dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce³⁷. Ce projet avait été précédé, comme il se doit, des avis du Conseil de la Consommation et du Conseil d'État³⁸. Ce projet qui deviendra la loi du 5 juin 2007 se proposait de réaliser la transposition de la directive 2005/29/CE en touchant le moins possible aux dispositions existantes de la loi du 14 juillet 1991. L'ancien article 94 de la loi, qui traitait des usages honnêtes envers le consommateur, a été remplacé par de nouvelles dispositions qui reprennent l'essen-

tiel de la directive sur les pratiques déloyales, tout en conservant quasiment inchangés tous les autres chapitres de la loi qui contiennent notamment ce qu'on désigne habituellement sous le vocable de "la réglementation des promotions commerciales". Une exception notable concerne l'ancien chapitre IV qui traitait de la publicité et dont les dispositions ont été réorganisées dans le nouveau chapitre VII, suivant qu'elles s'appliquent aux relations entre entreprises ou vis-à-vis du consommateur. Enfin, la loi de transposition fait l'impasse sur l'application de la directive aux professions libérales, se promettant de déposer un projet de loi séparé qui modifiera 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 profes-

^{27.} *Ibid.*, art. 3.3.

^{28.} En ce sens, J. STUYCK, E. TERRY et T. VAN DYCK, *o.c.*, n° 60.

^{29.} Directive 2005/29/CE, art. 14, 15 et 16.

^{30.} *Ibid.*, art. 3.2.

^{31.} *Ibid.*, art. 3.3.

^{32.} A. GARDE et M. HARAVON, "La directive européenne sur les pratiques commerciales: vers un renforcement de la protection des consommateurs en Europe", *R.D.T.I.* 2007, p. 171, spéc. 178-179.

^{33.} Directive 2005/29/CE, art. 3.9., considérant 9.

^{34.} Directive 2005/29/CE, art. 3.8.

^{35.} Directive 2005/29/CE, considérant 9.

^{36.} *Ibid.*, considérant 7.

^{37.} *Doc. parl.* Chambre 2006-07, n° 51 2983/001.

^{38.} Avis du Conseil d'État n° 41825/1 du 19 décembre 2006, *Doc. parl.* Chambre, *o.c.*, p. 65.

sions libérales³⁹. Parallèlement, et peut-être pour faire taire les critiques, le gouvernement avait commandé une étude d'évaluation globale de la loi du 14 juillet 1991 dont il reconnaissait que certaines de ses dispositions étaient devenues inadaptées.

15. Abstraction faite des contraintes liées au délai somme toute assez court pour la transposition de la directive, le législateur belge justifie le choix d'une transposition que l'on peut qualifier de minimaliste en s'appuyant sur une interprétation pour le moins restrictive de la notion de pratique commerciale, au sens défini par la directive. Selon le législateur, la directive ne viserait pas les pratiques qui constitueraient "en elles-mêmes, des promotions commerciales", et de faire référence à la proposition de règlement relative aux "promotions des ventes dans le marché intérieur"⁴⁰. Ceci revient donc à soutenir que le champ d'application de la directive se limitait, en ce qui concerne les pratiques réglementées dans la loi sur les pratiques du commerce, à la seule communication des offres promotionnelles, mais non pas aux conditions qu'elles doivent respecter pour être conformes à la réglementation belge. L'*Exposé des Motifs* trouvait un autre appui en faveur de cette interprétation à l'article 3.2. de la directive qui exclut le droit des contrats de son champ d'application⁴¹.

B. Les réserves

16. Dès l'adoption de la directive européenne sur les pratiques déloyales, les premiers commentateurs avaient d'emblée mis le doigt sur l'ampleur des modifications que la transposition de la directive devait entraîner sur les dispositions de la loi du 14 juillet 1991⁴². Les choix opérés par le

gouvernement pour la transposition dans son avant-projet suscita de nombreuses réserves, venant, en premier lieu, des représentants de la production et de la distribution au sein du Conseil de la consommation et, ensuite, du Conseil d'État qui, outre un certain nombre de remarques que nous pourrions qualifier de techniques, soulevait la question de savoir "s'il ne serait pas préférable de procéder à un remplacement intégral de la loi susmentionnée par une nouvelle loi, qui serait actualisée 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 2005/29/CE" en stigmatisant l'interprétation restrictive que le législateur semble donner à la notion de "pratique commerciale" en contradiction avec celle étendue de la directive⁴³.

17. À côté des critiques qui portent essentiellement sur l'ampleur des modifications que la directive était susceptible d'entraîner dans la législation belge, il faut y ajouter celles d'ordre légistique⁴⁴. Alors que le législateur européen ambitionnait pour les États membres un cadre réglementaire unique et simple, le législateur belge nous gratifie d'une réglementation bicéphale d'une complexité accrue. L'ancien cadre réglementaire a conservé ses propres définitions, alors que le nouveau chapitre VI reprend les définitions de la directive européenne, à l'exception notoire de la notion de "professionnel". Quant aux champs d'application des deux cadres, ils mêlent l'un et l'autre un ensemble de pratiques vis-à-vis des consommateurs et entre entreprises. Il nous eut paru plus souhaitable, même dans la perspective d'une harmonisation aussi minimaliste que celle voulue par le législateur belge, de séparer les unes des autres, ne fut-ce que pour la lisibilité de la loi et la clarté des notions.

IV. LES NOUVELLES DISPOSITIONS DE LA LOI DU 14 JUILLET 1991

18. Dans cette partie, nous nous proposons de commenter les modifications apportées à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce dans sa structure actuelle. L'article 122bis inséré par l'article 42 de la loi du 5 juin 2007 donnait au Roi le pouvoir de coordonner les dispositions de la loi, notamment en modifiant l'ordre, la numérotation et la présentation des dispositions de la loi à coordonner. Un projet

d'arrêté royal est actuellement prêt et sera proposé à la signature du Roi. Présument que celle-ci devrait intervenir tout prochainement, nous avons pris le parti de nous référer à la version coordonnée, tout en indiquant entre parenthèses par souci de prudence et de clarté la numérotation des dispositions avant coordination, c'est-à-dire telles qu'elles étaient visées par la loi du 5 juin 2007. Pour permettre une identifi-

³⁹. *Exposé des Motifs*, o.c., p. 5.

⁴⁰. Proposition de règlement relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur, Com. (2002) 585 final; L. DE BROUWER, "La proposition de règlement européen relatif aux promotions des ventes", *R.I.C.* 2002/3, pp. 40-46.

⁴¹. *Exposé des Motifs*, o.c., p. 22.

⁴². Voy. les références de la note 5.

⁴³. Avis du Conseil d'État, o.c., p. 66. Pour un exposé plus complet des arguments en faveur de l'abrogation d'une partie substantielle des dispositions en matière de pratiques réglementées de la loi sur les pratiques du commerce, voy. J. STUYCK, o.c.; G. STRAETMANS, o.c. et L. DE BROUWER, "Les pratiques réglementées à l'épreuve des pratiques déloyales", *C.J.* 2008, à paraître; *contra* H. DE BAUW, "De impact van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken op de regeling van de verkooppromotie onder WHPC", *D.C.C.R.* 2006/72, p. 3.

⁴⁴. D. GOL, "Pratiques du commerce et protection du consommateur: la nouvelle donne", *J.T.* 2007, p. 773; Ch. DE KONINCK et Th. FAELLI, "La nouvelle loi sur les pratiques du commerce appliquée à la publicité ou comment terrasser le monstre à deux têtes", *DAOR* 2007, p. 345.

cation plus aisée des modifications, nous reprenons dans l'ordre les chapitres de la loi actuelle en indiquant et commentant ce qui est nouveau.

A. L'ancien cadre réglementaire restructuré: les pratiques réglementées

1. Définitions générales – article 1^{er}

19. Le premier chapitre de la loi du 14 juillet 1991 qui contient les définitions générales a été maintenu intégralement. Dans la mesure où le législateur a choisi de maintenir l'essentiel de la réglementation existante sans vouloir envisager une modification de la réglementation elle-même, il pouvait paraître logique de conserver également les définitions existantes. Certaines d'entre elles divergent cependant des notions définies dans la directive 2005/29/CE, et plus particulièrement les notions de "consommateur" et de "professionnel" ou "vendeur". Nous y reviendrons lors de l'examen des nouvelles dispositions du chapitre VI de la loi.

2. L'information du consommateur – articles 2 à 15

20. Comme pour les définitions, toutes les dispositions du chapitre II de la loi contenant la réglementation relative à l'indication des prix et des quantités, ainsi que celles relatives à la dénomination, la composition et l'étiquetage des produits et services ont été maintenues intégralement, sans modification ni de fond ni de forme. Sans doute existe-t-il une directive européenne sur l'indication des prix, mais elle n'impose aux États membres qu'une harmonisation minimale, leur laissant la possibilité de prendre des mesures plus strictes en vue de la protection du consommateur⁴⁵. Dans la mesure où une interprétation large du champ d'application de la directive européenne 2005/29/CE s'imposerait, certaines dispositions de la loi belge et notamment l'article 5 qui limite l'indication d'une réduction de prix ou de tarif à quatre modalités et interdit de la présenter sous la forme d'une offre gratuite d'une quantité de produit ou d'une partie du service, ne seraient plus en conformité avec les nouvelles règles de la directive⁴⁶.

3. Les appellations d'origine – articles 16 à 23 (16 à 21^{ter})

21. Les dispositions relatives aux appellations d'origine qui, pour la plupart, sont réglementées au niveau communautaire par des directives et des règlements, ont été maintenues intégralement. On notera toutefois l'introduction de deux nouvelles dispositions, à savoir les articles 22 et 23, qui ont été insérés récemment par les articles 17 et 18 de la loi du 9 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle⁴⁷.

4. Dispositions générales concernant les ventes de produits et de services au consommateur – articles 24 à 36 (30 à 39^{ter})

22. Le chapitre IV qui, avant la transposition de la directive, s'intitulait "De la publicité" contenait l'ensemble des règles relatives notamment à la publicité trompeuse et à la publicité comparative. Ces dispositions ont été redistribuées dans le nouveau chapitre VII de la loi. Le chapitre IV actuel reprend les règles relatives aux clauses abusives, aux documents relatifs aux ventes de produits et de services, auxquelles sont venues s'ajouter trois dispositions qui avaient été insérées précédemment aux articles 94^{bis}, 94^{ter} et 94^{quater} de l'ancienne version de la loi.

23. Le nouvel article 34 reprend l'interdiction pour le vendeur de faire signer par le consommateur une lettre de change pour se faire garantir le paiement de ses engagements⁴⁸. La deuxième disposition qui est placée à l'article 35 concerne les clauses de reconduction tacite des contrats de services conclus à durée déterminée et que la loi du 25 avril 2007⁴⁹ venait d'insérer dans la loi du 14 juillet 1991. Enfin, la dernière disposition, qui se trouve à présent à l'article 36 (anciennement 39^{ter}) interdit au vendeur de facturer des appels téléphoniques surtaxés, lorsque ces appels concernent l'exécution d'un contrat de vente déjà conclu⁵⁰. Cette disposition a été intégrée dans la loi du 14 juillet 1991 en même temps que les autres dispositions de la loi du 5 juin 2007 transposant la directive sur les pratiques déloyales. À l'instar d'autres dispositions réglementaires de la loi sur les pratiques du commerce, on peut se demander si ces trois dispositions restent en conformité avec la directive européenne sur les pratiques déloyales, d'autant qu'elles avaient été originellement placées en complément de l'article 94 qui conte-

⁴⁵. Directive 98/6/CE du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs; voy. aussi directive 79/581/CEE relative à l'indication des prix de certaines denrées alimentaires et directive 88/314/CEE relative à l'indication des prix des produits non alimentaires.

⁴⁶. G. STRAETMANS, *o.c.*, p. 267.

⁴⁷. Loi du 9 mai 2007, *Mon. b.* 10 mai 2007.

⁴⁸. Disposition introduite par la loi du 25 mai 1999, art. 24.

⁴⁹. Loi du 25 avril 2007, *Mon. b.* 15 mai 2007.

⁵⁰. Loi du 14 juillet 1991, art. 4, *Mon. b.* 21 juin 2007.

nait l'ancienne norme générale de loyauté envers le consommateur⁵¹, aujourd'hui abrogée et remplacée par les nouvelles normes de la directive.

5. Certaines pratiques du commerce – articles 37 à 95 (40 à 92)

24. Dans ce vaste chapitre V au nom peu évocateur, on retrouve tout d'abord une série de réglementations bien spécifiques à notre pays et que l'on désigne communément sous le vocable de "la réglementation sur les promotions commerciales", à savoir celles qui touchent à la vente à perte (art. 37 et 38), aux annonces de réduction de prix (art. 39 à 42), aux soldes (art. 46 à 50), aux liquidations (art. 43 à 45), aux offres conjointes (art. 51 à 59) et aux bons de valeur (art. 60 à 65). Nous y ajouterions les ventes publiques (art. 66 à 71), depuis qu'un certain nombre de sites Internet tel que eBay en ont fait des plates-formes de vente. La question de leur maintien intégral dans la loi est vivement contestée et débattue⁵². À ce jour, la Cour de justice est déjà saisie de deux questions préjudicielles sur la compatibilité de la réglementation sur les offres conjointes avec la directive⁵³, auxquelles on peut ajouter la plainte déposée par la Fédération des Entreprises (FEB) auprès de la Commission et qui vise cette fois une partie substantielle des dispositions relatives aux réglementations précitées⁵⁴. À cette contestation d'ordre juridique, on mentionnera les conclusions d'un rapport, commandité par les pouvoirs publics eux-mêmes, qui préconise l'abandon d'une série de dispositions et de règles qui paraissent obsolètes ou inutiles⁵⁵. Autant dire que si les pratiques réglementées ou interdites tombent dans le champ d'application de la directive, elles pourront difficilement être tenues pour déloyales.

25. À côté de cette première catégorie pour le moins controversée, on retrouve les dispositions relatives à des systèmes de vente qui sont déjà (partiellement) harmonisés par d'autres directives: les ventes à distance⁵⁶ (art. 73 à 87) et les ventes conclues en dehors de l'entreprise⁵⁷ (art. 89 à 95). En raison de la prééminence des règles communautaires régissant des aspects spécifiques des pratiques commerciales, le

maintien dans la loi des dispositions relatives à la vente à distance ou celle conclue en dehors de l'entreprise du vendeur ne devraient pas poser de difficulté. Toutefois, cette règle de conflit ne vaut que pour les dispositions légales qui transposent des règles communautaires. Les dispositions plus strictes que les États membres auraient prises n'en bénéficient pas, à moins qu'elles aient fait l'objet d'une notification à la Commission⁵⁸. Sans prétendre à quelque exhaustivité, on peut se poser la question du maintien de la règle qui interdit au vendeur d'exiger du consommateur tout paiement avant l'expiration du délai de réflexion (art. 76 § 3), ou encore celle qui n'autorise une offre gratuite que "si la demande d'obtention de celle-ci figure sur un document distinct de tout bon de commande de produits ou services" (art. 74 § 2)⁵⁹, interdictions de la directive 97/7/CE n'impose pas.

26. Enfin, pour clore ce large chapitre, pointons encore du doigt deux interdictions qui ont été maintenues dans leur ancienne formulation, alors qu'elles sont expressément reprises dans la liste noire de la directive 2005/29/CE parmi les pratiques réputées déloyales en toutes circonstances: les achats forcés (art. 72)⁶⁰ et les ventes pyramidales (art. 88)⁶¹. Certes, lors de la transposition d'une directive, chaque État dispose d'une certaine latitude "quant à la forme et aux moyens", mais celle-ci ne s'étend pas au résultat à atteindre⁶². En vertu du principe de l'interprétation conforme et du caractère exhaustif et intangible des pratiques reprises dans la liste noire, il eut été, selon nous, plus judicieux de s'en tenir à la formulation de la directive⁶³. Ceci n'empêchait nullement le législateur belge d'étendre l'interdiction des ventes pyramidales aux relations entre vendeurs et même au-delà, ni de conserver certaines sanctions spécifiques aux envois forcés, puisque tel était son souhait⁶⁴.

B. Le nouveau cadre réglementaire: la publicité et les pratiques déloyales

27. Le nouveau chapitre VI de la loi, qui s'intitule "De la publicité et des pratiques commerciales déloyales", remplace l'ancien chapitre VII qui contenait les deux normes

51. L. DE BROUWER, "Les pratiques réglementées à l'épreuve des pratiques déloyales", *o.c.*, n°s 40 à 42.

52. *Cf. supra*, n°s 16-17 et les références de la note 42.

53. Prés. Comm. Anvers 1^{er} et 27 juin 2007, C-261/07 et C-299/07 jointes par décision du président de la Cour de justice du 29 août 2007.

54. Plainte de la FEB du 1^{er} octobre 2007.

55. H. DE BAUW, verslag over een aantal toepassingsproblemen van de wet van 14 juli 1991, 30 juli 2007.

56. Directive 97/7/CE en matière de contrats à distance; directive 2002/65/CE concernant la vente à distance de services financiers.

57. Directive 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

58. Directive 2005/29/CE, art. 3.5. et 3.6.; *cf. supra*, n° 11.

59. On notera que cette disposition se trouvait avant l'adoption de la loi du 5 juin 2007 à l'art. 23, 14° de la loi et qu'à l'occasion de son "transfert", elle a été modifiée. Voy. sur la question, L. DE BROUWER, "Les pratiques réglementées à l'épreuve des pratiques déloyales", *o.c.*, n° 45.

60. Directive 2005/29/CE, Annexe I, pratiques n° 29.

61. *Ibid.*, pratiques n° 14.

62. Traité CE, art. 249.

63. L. DE BROUWER, *o.c.*, n°s 37-39.

64. *Exposé des Motifs*, *o.c.*, pp. 32 et 35.

générales de loyauté envers les entreprises (anc. art. 93) et les consommateurs (anc. art. 94). C'est dans la quatrième section qui traite des pratiques déloyales envers le consommateur que l'essentiel de la directive 2005/29/CE a été transposée. Ce nouveau chapitre s'ouvre par des définitions d'origines diverses, suivies par une seconde section où ont été replacées les dispositions légales en matière de publicité comparative et d'une troisième section réservée à la publicité et aux pratiques contraires aux usages honnêtes entre vendeurs. Une dernière section clôt le chapitre par une série de dispositions communes.

1. Définitions – article 96 (93)

28. Une série de définitions reprises tantôt de l'ancienne version de la loi, tantôt de la directive introduit le nouveau chapitre VI. Outre le fait inhabituel de placer deux corps de définitions dans la même loi, on s'étonnera surtout d'y trouver encore des notions qui n'ont pas le même contenu et qui auraient pu être harmonisées. Parmi ces nouvelles définitions, il convient de faire la différence entre celles qui ont une portée générale pour tout le chapitre comme celles de "consommateur" ou de "produit" (art. 96, 1^o et 2^o), et celles qui délimitent le champ d'application des sections consacrées à la publicité comparative, à la publicité entre entreprises et aux pratiques commerciales (art. 96, 3^o à 5^o), ou encore celles qui explicitent des notions qui interviennent dans l'appréciation du caractère déloyal d'une pratique (art. 96, 6^o à 11^o). Ces dernières catégories seront examinées dans le cadre des dispositions réglementaires qui s'y réfèrent.

a. Le consommateur

29. Tout en limitant la notion de consommateur aux seules personnes physiques, comme la directive l'impose, le législateur a préféré reprendre la formulation de l'article 1^{er} plutôt que celle de la directive⁶⁵. Elle se lit comme suit: "*toute personne physique qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou des services mis sur le marché*" (art. 96, 1^o). Sa portée réelle nous paraît

cependant semblable. Quoiqu'il en soit et en application du principe d'interprétation conforme qui s'impose aux États membres, les juges devront se référer à la jurisprudence de la Cour de justice qui a été amenée à interpréter cette notion à diverses reprises, puisqu'elle apparaît dans de nombreuses autres directives⁶⁶. Dans le cadre de l'interprétation de la Convention de Bruxelles, la Cour de justice s'en tient à une interprétation restrictive de la notion de consommateur en rappelant qu' "*il y a lieu de se référer à la position de cette personne dans un contrat déterminé en rapport avec la nature et la finalité de celui-ci et non pas à la situation subjective de cette même personne*"⁶⁷. Ainsi a-t-elle considéré que la personne physique qui se portait caution d'une dette contractée par une autre personne dans le cadre de son activité professionnelle ne pouvait prétendre à la qualité de consommateur, quel que soit son niveau de connaissance ou de faiblesse⁶⁸. Cette jurisprudence, qui nous paraît transposable au domaine coordonné de la directive, répond à la question de savoir quelles personnes peuvent se prévaloir de la qualité de consommateur. Une autre question, essentielle pour l'application des nouvelles dispositions légales, est de déterminer les caractéristiques de ce consommateur. Nous l'examinerons plus loin, lorsqu'il sera question d'apprécier le caractère déloyal, trompeur ou agressif d'une pratique⁶⁹.

b. Le vendeur ou le professionnel

30. À nouveau, le législateur a préféré l'ancienne notion de "vendeur" de l'article 1^{er} de la loi, déclinée en trois catégories aux contours incertains, à celle de "professionnel" définie dans la directive⁷⁰, et ce "*par souci de cohérence avec l'ensemble de la loi*"⁷¹. Il se dispensait ainsi de reprendre dans la liste des définitions du nouveau chapitre celle qui a trait à cette catégorie de personnes. Coïncident-elles pour autant? En ce qui concerne l'exclusion des professions libérales, le choix du législateur était de transposer ultérieurement la directive à leur égard dans la loi du 2 août 2002 relative à la publicité, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales⁷². Relevons déjà une discordance en ce qui concerne les conditions auxquelles doivent répondre les personnes qui agissent au nom ou pour compte d'un tiers. Dans la définition de l'article 1^{er}, c), l'activité de ces personnes doit revêtir un caractère

65. Directive 2005/29/CE, art. 2, a): "*Toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.*"

66. Voy. par ex. directive 93/13/CEE sur les clauses abusives dans les contrats de consommation; directive 98/7/CE en matière de crédit à la consommation; directive 97/7/CE sur les contrats à distance.

67. C.J.C.E. 3 juillet 1997, C-269/95, *Benincasa*.

68. C.J.C.E. 17 mars 1998, C-45/96, *Dietzinger*.

69. Cf. *infra*, n^{os} 54 et s.

70. Directive 2005/29/CE, art. 2, b): "*Toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel.*"

71. *Exposé des Motifs, Doc. parl.* Chambre 2006-07, n^o 51, 2983/001, p. 17. Sur le maintien de la notion de vendeur en lieu et place de celle de professionnel, voy. A. PUTTEMANS, "Chronique de législation. Droit privé belge (1^{er} janvier-30 juin 2007)", 2^{ème} partie, *J.T.* 2007, pp. 847-848.

72. *Exposé des Motifs, o.c.*, p. 5.

commercial, financier ou industriel. Cette exigence ne se trouve pas dans la définition d'un "professionnel" au sens de la directive qui vise sans autre condition "toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel". Pour le reste, le caractère confus des trois catégories de vendeurs de l'article 1^{er} permet difficilement de porter une appréciation définitive. En cas de doute et dans la mesure où la règle de l'interprétation conforme reste techniquement possible, le juge s'en référera à la définition de la directive.

c. Les produits

31. Les produits y sont définis comme "les biens meubles corporels, les biens immeubles, les droits et les obligations" (art. 96, 2°). Cette définition s'écarte de celle de l'article 1^{er}, 1° qui ne vise que les "biens meubles corporels" et de celle de la directive qui vise également "tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations". La référence aux services n'a pas été reprise dans la définition, parce qu'elle est déjà définie à l'article 1^{er}, 2°. Le législateur a pris soin de remplacer dans le texte des dispositions transposées le terme "produit" par "produit et service". Ensuite, pour se conformer à la directive, la nouvelle définition ajoute les biens immeubles, extension qui se retrouvait déjà dans l'ancienne version de la loi aux chapitres traitant de la publicité (anc. art. 22) et des clauses abusives (anc. art. 32 § 2, 1°).

d. Autres définitions

32. L'article 96 reprend sans changement significatif les définitions de la publicité et de la publicité comparative (art. 96, 3° et 4°), auxquelles viennent s'ajouter une série de notions nouvelles et propres à la directive (art. 96, 5° à 11°) telles que "pratiques commerciales", "altération substantielle du comportement économie des consommateurs", "diligence professionnelle" ou encore "influence injustifiée" que nous examinerons plus loin⁷³.

2. La publicité comparative – article 97 (94/1)

33. La réglementation sur la publicité comparative a été introduite dans la loi du 14 juillet 1991 par la loi du 25 mai 1999 qui transposait entre autres la directive 97/55/CE sur la publicité comparative. Cette dernière modifiait ou, plus justement, complétait la directive 84/450/CEE relative à la publicité trompeuse en y incluant les conditions dans les-

quelles une publicité comparative pouvait être admise. Initialement, ces directives avaient pour objet la protection tant des consommateurs que des professionnels⁷⁴. La directive 2005/29/CE abroge et remplace les dispositions de la directive sur la publicité trompeuse lorsqu'elle s'adresse à des consommateurs, sans modifier toutefois le champ d'application des dispositions relatives à la publicité comparative⁷⁵. Le législateur a donc repris sans modification significative la définition de la publicité comparative (anc. art. 22, al. 2) et l'ensemble des conditions auxquelles toute publicité comparative doit répondre, qu'elle s'adresse à des consommateurs ou à des professionnels (anc. art. 23bis).

34. La première condition énoncée à l'article 97, 1° précise que la comparaison ne doit pas être trompeuse "au sens des articles 98, 1° à 5°, 102 à 104". L'article 98 ne concerne que la publicité entre "vendeurs", tandis que les articles 102 à 104 contiennent les nouvelles normes relatives aux pratiques et omissions trompeuses envers le consommateur. Cette discordance pourrait conduire à la situation paradoxale où la publicité comparative entre professionnels devrait être jugée plus sévèrement que celle qui s'adresse au consommateur. Encore dans l'appréciation du caractère trompeur d'une publicité comparative réservée au secteur professionnel doit-on aussi tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice qui s'oppose à l'application des dispositions nationales plus strictes que celles prévues dans la directive 84/450/CEE relative à la publicité trompeuse⁷⁶.

3. La publicité et les pratiques contraires aux usages honnêtes entre vendeurs – articles 98 et 99 (94/2 et 94/3)

35. Dans cette troisième section de la loi réservée à la publicité et aux pratiques des entreprises entre elles (B2B), le législateur a replacé une partie des anciennes dispositions de l'ancien article 23 ainsi que la norme générale de loyauté entre entreprises. Comme la directive 2005/29/CE remplace les dispositions de la directive 84/450/CE lorsqu'il s'agit de publicité ou de pratiques envers le consommateur⁷⁷, le champ de protection des dispositions de l'ancien article 23 s'est rétréci aux seules relations entre professionnels. Toutefois, cette ancienne directive n'impose qu'une harmonisation minimale, laissant aux États membres la faculté de prendre des dispositions plus strictes, ce dont la Belgique ne s'est pas privée.

36. Toutes les dispositions de l'ancien article 23 en matière de publicité n'ont pas été maintenues. Logiquement, celles

^{73.} Cf. nos 40 et 55.

^{74.} Directive 84/450/CEE, art. 1^{er}.

^{75.} Directive 2005/29/CE, art. 14, 1).

^{76.} C.J.C.E. 8 avril 2003, C-44/01, *Pippig*.

^{77.} Directive 2005/29/CE, art. 14, 1).

qui ne visaient que des formes de publicité envers le consommateur ont été expurgées de l'actuel article 98 (anc. art. 94/2)⁷⁸. De manière plus inattendue, le législateur a estimé devoir y inclure de nouvelles interdictions inspirées de celles qui s'imposent dorénavant aux pratiques envers les consommateurs, alors qu'on se serait plutôt attendu à un allègement des contraintes, puisque le secteur professionnel est par nature mieux armé pour se défendre et agir en connaissance de cause. Par sa flexibilité, la norme générale de loyauté entre entreprises nous paraissait un garde-fou adéquat et suffisant pour répondre aux abus publicitaires vis-à-vis du secteur professionnel.

37. Dans l'énumération des interdictions reprises à l'article 98, on peut regretter le maintien de l'interdiction de l'ancien article 23, 7°, qui se limite à présent aux seules publicités contenant des références à des entreprises non concurrentes⁷⁹ et destinées au secteur professionnel. L'ancien article 23, 13°, qui interdisait de faire "*référence de manière abusive à l'amélioration de la santé du consommateur*", est remplacé par la formulation de la pratique trompeuse de la liste noire décrite à l'article 104, 16° et qui se lit comme suit: "*qui affirme faussement qu'un produit ou un service est de nature à guérir des maladies, des dysfonctionnements ou des malformations*".

38. Les deux dernières interdictions de l'article 98 sont des nouveautés: la première (art. 98, 12°) reproduit l'une des pratiques réputées trompeuses en toutes circonstances qui interdit d'inclure dans le matériel promotionnel un document "*demandant paiement, qui donne l'impression que le produit ou service a déjà été commandé, alors que ce n'est pas le cas*"⁸⁰; l'autre (art. 98, 13°) est inspirée de la deuxième catégorie d'omissions trompeuses (art. 103 § 2)⁸¹. Selon l'*Exposé des Motifs*, ce dernier ajout viserait à sanctionner la pratique qui consiste par exemple à demander à une entreprise de vérifier ses coordonnées commerciales dans un annuaire professionnel, en lui faisant apposer sa signature au bas du document, signature qui l'engagerait en réalité à payer une commande ferme par l'effet d'une clause très discrète ou ambiguë⁸².

39. Quant à la norme générale de loyauté entre entreprises, qui constitue la clé de voûte de tout le système de protection de la concurrence loyale entre entreprises, elle reproduit tel quel l'ancien article 93. On peut sans doute regretter qu'il

soit mis fin au parallélisme entre la notion d'usages honnêtes entre "vendeurs", qui reste inchangée, et son équivalent à l'égard des consommateurs, remplacé dorénavant par celui de "diligence professionnelle"⁸³. Dans la mesure cependant où le Parlement européen et le Conseil engageaient la Commission à étudier l'opportunité de proposer des mesures d'harmonisation des secteurs non encore couverts par la directive 2005/29/CE, il n'est pas exclu que ces travaux conduisent à une nouvelle formulation des pratiques déloyales entre entreprises⁸⁴. Pour l'heure, la jurisprudence abondante de l'ancien article 93 restera d'actualité, du moins en ce qui concerne les actes répréhensibles qui ne s'appuyaient pas sur une infraction à une norme qui relèverait à présent du champ d'application de la directive.

4. Les pratiques déloyales à l'égard du consommateur – articles 100 à 107 (94/4 à 94/11)

a. Champ d'application et structure générale

40. Cette section constitue véritablement le cœur de la réforme opérée par la loi du 5 juin 2007. C'est dans cette partie, qui traite des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs, qu'est transposé l'essentiel de la directive 2005/29/CE (en particulier les art. 3 à 9). Si, à en croire le législateur, son intention était de transposer le plus fidèlement possible la directive⁸⁵, force est de constater que cet objectif n'est pas pleinement atteint. Soucieux de modifier le moins possible les dispositions existantes, le législateur maintient en effet certaines interdictions qui auraient dû être adaptées (achats forcés et ventes pyramidales)⁸⁶, voire supprimées (signature de lettre de change, appels téléphoniques surtaxés dans le cadre d'un service après-vente)⁸⁷, malgré l'obligation d'harmonisation maximale fixée par la directive.

41. Le législateur a revu en profondeur les règles applicables aux pratiques déloyales à l'égard du consommateur, auparavant contenues aux articles 23 et 94 de la loi. Alors que l'article 23 visait auparavant l'ensemble des destinataires d'une publicité, qu'ils soient professionnels ou consommateurs, les articles 101 à 107 ne s'appliqueront désormais que pour autant que ces derniers soient visés. Naturellement, ceci ne signifie pas que la violation de telles dispositions ne

^{78.} Art. 23, 10° (publicité – hasard), art. 23, 12° (référence à des tests effectués par des organisations de consommateurs), art. 23, 14° (offre gratuite non distincte d'une commande) modifié et déplacé à l'actuel art. 74 § 2.

^{79.} Art. 98, 7°.

^{80.} Cf. *infra*, n° 96.

^{81.} Cf. *infra*, n° 66.

^{82.} *Exposé des Motifs*, o.c., p. 19.

^{83.} Cf. *infra*, n° 50.

^{84.} Cf. *supra*, n° 8.

^{85.} *Exposé des Motifs*, o.c., p. 7.

^{86.} Cf. *supra*, n° 26.

^{87.} Cf. *supra*, n° 23.

puisse faire l'objet d'un conflit entre vendeurs⁸⁸. Une pratique déloyale à l'égard d'un consommateur est en effet de nature à porter indirectement atteinte aux intérêts des concurrents⁸⁹. La directive impose d'ailleurs aux États membres de prévoir des moyens adéquats et efficaces pour les personnes disposant d'un intérêt légitime, en ce compris les concurrents, de lutter contre les pratiques commerciales déloyales⁹⁰. Le régime hybride mis sur pied par le législateur pose en outre la question de savoir si une pratique commerciale qui s'adresse à la fois aux consommateurs et aux professionnels devra désormais respecter les conditions propres à l'un et à l'autre des systèmes, ou s'il faut donner la préférence à l'un d'eux. La directive européenne prévoyant une harmonisation maximale qui ne permet pas aux États membres de prendre des mesures plus restrictives dans les relations des entreprises vis-à-vis des consommateurs, il nous paraît que les règles applicables entre entreprises ne peuvent limiter les pratiques à l'égard des consommateurs.

42. Toute référence à la notion de publicité est absente de cette section, contrairement aux dispositions applicables aux relations entre vendeurs et à la publicité comparative. Cette notion se retrouve désormais incluse dans la notion centrale de "pratique commerciale", qui vise à répondre à l'objectif de large harmonisation prôné par la directive. Conformément à l'article 96, 5° de la loi, on entend désormais par pratique commerciale "*toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un vendeur, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture de produits ou de services aux consommateurs*". Comme le reconnaît le législateur, mais sans donner plus de précisions, cette définition permet ainsi d'englober les actions, conduites, démarches, déclarations ou omissions qui peuvent être adoptées par le vendeur et qui ne tombaient pas auparavant sous la notion de publicité figurant à l'ancien article 22 de la loi (lequel figure désormais à l'art. 96, 2° et régit les relations entre vendeurs)⁹¹. Les travaux préparatoires montrent toutefois que le législateur interprète cette notion large de manière minimaliste, puisque ne seraient pas visées les pratiques qui constituent en soi des promotions commerciales⁹². Sont dès lors maintenues les dispositions qui réglementent les promotions commerciales telles que les offres conjointes, annonces de réduction de prix, ventes en liquidation ou en solde ou encore ventes à perte. Elles font l'objet d'une contestation pour le moins sérieuse⁹³.

43. Ce champ d'application élargi se retrouve également

au travers de la notion d'influence sur la "décision commerciale" du consommateur, qui se trouve au centre de la norme générale et des deux normes semi-générales. La définition large de cette notion, reprise de la directive, témoigne une fois de plus de la volonté du législateur communautaire de réglementer non seulement la phase précontractuelle, mais également la phase d'exécution du contrat. L'article 96, 2° définit en effet la notion de décision commerciale comme "*toute décision prise par un consommateur concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait d'acheter; de faire un paiement intégral ou partiel, de conserver, de se défaire ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit ou le service, qu'elle l'ait amené soit à agir, soit à s'abstenir d'agir*". On verra que les listes noires interdisent d'ailleurs un certain nombre de pratiques qui ne constituent pas une publicité et/ou qui sont postérieures à la conclusion du contrat⁹⁴.

44. Si la définition des pratiques commerciales est certes plus large que celle de publicité, elle ne l'englobe toutefois pas totalement. Ainsi, la pratique doit désormais être en relation "directe" avec la promotion, la vente ou la fourniture de produits ou de services aux consommateurs, alors qu'un lien "indirect" suffisait auparavant. La directive semble éviter par là que des pratiques qui sont principalement mises en œuvre à des fins autres que celles d'influencer les décisions commerciales d'un consommateur à l'égard de produits soient exclues de la définition. Sont citées comme exemple les communications commerciales destinées aux investisseurs, tels que les rapports annuels et la documentation promotionnelle des entreprises⁹⁵. Il n'est donc pas certain que toutes les communications portant sur une entreprise, et non sur l'un ou plusieurs des produits ou services qu'elle offre, puissent désormais relever de la définition. Il semble en effet que de telles communications ne promeuvent les produits ou services de l'entreprise que de manière "indirecte". Il reviendra donc au juge national et, en dernière instance, à la Cour de justice, d'interpréter cette notion.

45. On relève une autre différence notable par rapport à l'ancienne réglementation: les annonces de consommateurs n'échappaient pas à la notion de publicité, pour autant qu'elles portent sur un produit ou service au sens de la loi. L'ancien article 22 n'exigeait pas, en effet, que l'annonceur soit un vendeur. Tel n'est plus le cas désormais, puisque la pratique commerciale doit émaner d'un vendeur, étant entendu que la notion de vendeur doit être interprétée con-

^{88.} Pour reprendre la terminologie utilisée par le législateur.

^{89.} Directive 2005/29/CE, considérant n° 6.

^{90.} Directive 2005/29/CE, art. 11.

^{91.} *Exposé des Motifs, o.c.*, p. 14. L'art. 96, 2° LPCC (anc. art. 22) se lit comme suit: "*toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services, quel que soit le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre*".

^{92.} *Exposé des Motifs, o.c.*, p. 21; voy. *supra*, n°s 14 et 15.

^{93.} Cf. *supra*, n°s 16 et 17 et note 42.

^{94.} Cf. notamment art. 140, 8° et 22°; art. 107, 4°.

^{95.} Directive 2005/29/CE, considérant 7.

formément à la directive qui utilise le terme de professionnel, et exclut précisément celui de consommateur⁹⁶.

46. On retrouve dans cette section la structure à trois paliers de la directive: la norme générale d'interdiction des pratiques commerciales déloyales (art. 101), deux catégories particulières de pratiques déloyales, à savoir les pratiques trompeuses (art. 102 et 103) et agressives (105 et 106), ainsi que deux listes noires correspondantes de pratiques considérées comme trompeuses ou agressives en toutes circonstances (art. 104 et 107). Ces normes fonctionnent selon un système en cascade. La légalité d'une pratique devra en premier lieu être examinée au regard des listes noires. Si cette pratique ne relève pas de ces listes, il conviendra d'examiner si elle n'est pas trompeuse ou agressive, ce qui suppose un examen *in concreto* sur base de l'influence sur le comportement du consommateur. Enfin, à défaut d'être trompeuse ou agressive, on pourra encore vérifier si la pratique n'est pas susceptible d'être déloyale au sens de la norme générale, c'est-à-dire contraire aux exigences de la diligence professionnelle et de nature à influencer de manière substantielle le comportement économique du consommateur.

b. La (grande) norme générale de loyauté – article 100 (94/5)

47. Selon l'Exposé des Motifs de la proposition de directive, la norme générale d'interdiction des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs constitue la clé de voûte du système, qui permet de réaliser l'harmonisation nécessaire pour éliminer les entraves au marché intérieur et assurer un niveau commun élevé de protection. Elle doit en effet permettre de remplacer les dispositions nationales existantes sur les pratiques commerciales entre entreprises et consommateurs et fixer ainsi des critères harmonisés. La disposition centrale de la section 4 est inscrite à l'article 101 de la loi. Elle remplace l'ancienne norme générale de conformité aux usages honnêtes à l'égard des consommateurs qui figurait à l'article 94 de la loi et découlait de la Convention d'Union de Paris⁹⁷.

48. Cette norme générale constitue la norme résiduaire (ou "catch all clause") pouvant être invoquée même lorsque les circonstances propres à un cas d'espèce ne sont pas couver-

tes par les listes noires ou les normes semi-générales en matière de pratiques trompeuses ou agressives. Par la généralité de ses termes, cette norme est également conçue pour résister à l'épreuve du temps et faire ainsi face à l'apparition de nouvelles pratiques qui s'intègrent difficilement dans les normes particulières existantes⁹⁸. Dans le futur, certaines pratiques déloyales peuvent en effet voir le jour, qui ne tomberaient pas sous les critères des pratiques trompeuses ou agressives. En l'état actuel, cette norme ne devrait cependant être appliquée que dans des cas relativement limités⁹⁹. Comme nous le verrons, nombre de cas auparavant sanctionnés sur pied des articles 23 et 94 de la loi constituent à présent des pratiques trompeuses ou agressives au sens de la loi. Ceci est d'autant plus vrai que le législateur a maintenu dans la loi la réglementation stricte des promotions de vente. Les dispositions propres à cette réglementation continueront donc souvent, aussi longtemps que cette réglementation reste en vigueur, à être invoquées¹⁰⁰. Toutefois, cette situation devrait vraisemblablement évoluer le jour où, comme le préconise le rapport commandé par l'État belge, la majeure partie de cette réglementation sera abandonnée, ou que la Cour de justice, saisie par des questions préjudicielles, les aura déclarées non conformes à la directive. À ce moment, il est probable que se multiplieront les cas où il sera demandé au juge de constater qu'une promotion de vente est, compte tenu des circonstances de l'espèce, contraire aux exigences de la diligence professionnelle¹⁰¹.

49. Désormais, une pratique commerciale est considérée comme déloyale et, par conséquent, interdite¹⁰², si elle "est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur auquel elle s'adresse, par rapport au produit ou au service"¹⁰³. Une pratique commerciale doit donc non seulement être contraire à la diligence professionnelle, mais également être à tout le moins susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur. Il revient donc à celui qui se plaint d'une pratique commerciale de prouver que ces deux conditions sont remplies. En cela, cette disposition se distingue des listes noires (qui n'exigent la preuve d'aucune de ces conditions) et des normes semi-générales en matière de pratiques trompeuses et agressives (qui ne requièrent pas que la pratique soit contraire à la diligence professionnelle) et lui impose donc une charge de la preuve plus importante.

^{96.} Cf. *supra*, n° 30.

^{97.} Tout comme l'ancien art. 93 de la loi.

^{98.} Proposition de directive, *Exposé des Motifs*, p. 13, n° 50.

^{99.} Cf. également R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, p. 67.

^{100.} La sanction proprement dite de ces dispositions étant toutefois sujette à discussion en raison de leur absence de conformité avec la directive: cf. notamment J. STUYCK, *o.c.*, p. 914; I. BUELENS, "Het absolute verbod op het gezamenlijk aanbod: patiënt in coma?", *RABG*, p. 1359.

^{101.} Bien que les cas d'application devraient, somme toute, être relativement limités dans la mesure où il est acquis que nombre de ces promotions de vente ne sont en principe pas de nature à porter atteinte aux intérêts du consommateur. Comp. Proposition de directive, *Exposé des Motifs*, p. 13, n° 50, Rapport De Bauw, *o.c.*, note 54.

^{102.} Art. 101 § 1.

^{103.} Art. 101 § 2.

i. La diligence professionnelle

50. La diligence professionnelle s'entend comme "le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le vendeur est raisonnablement censé faire preuve dans son domaine d'activités vis-à-vis du consommateur, conformément aux usages honnêtes en matière commerciale" (art. 96, 8°). La référence aux "usages honnêtes" s'écarte du texte de la directive qui se réfère "aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité"¹⁰⁴. Si les notions d'usages honnêtes et de pratiques de marchés honnêtes recouvrent certes des concepts identiques, le législateur transpose imparfaitement la directive en n'intégrant pas la référence au principe général de bonne foi, d'autant que la jurisprudence antérieure considère que la bonne foi est indifférente pour apprécier la conformité d'un acte par rapport aux usages honnêtes¹⁰⁵. Par l'utilisation des termes "et/ou" dans la directive, il nous semble que 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. Outre les usages honnêtes, le respect de la diligence professionnelle impose également au vendeur d'être compétent et consciencieux vis-à-vis du consommateur dans son domaine d'activité¹⁰⁶.

51. Pour le surplus, la jurisprudence constante qui considèrerait que toute violation d'une disposition légale ou réglementaire constituait un acte contraire aux usages honnêtes reste d'actualité, étant entendu qu'une telle violation est désormais contraire à la diligence professionnelle. Les codes de conduite, applicables à un secteur ou une activité particulière jouent également un rôle dans l'appréciation de la diligence professionnelle¹⁰⁷. Il n'y a sur ce point pas de révolution par rapport à la situation existante avant la modification de la loi¹⁰⁸. On rappellera cependant que les questions de bon goût et de bienséance n'entrent pas dans le champ d'application de la directive¹⁰⁹. De telles pratiques peuvent toutefois continuer à être interdites par des dispositions particulières.

ii. L'altération du comportement économique

52. La pratique commerciale doit également altérer ou être susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur. L'atteinte aux intérêts du consommateur qui était non autrement explicitée dans l'ancien article 94 se restreint donc à cette seule forme de dommage. Comme précédemment, une influence potentielle sur le comportement suffit¹¹⁰. Selon la loi, il sera question d'altération substantielle pour autant que la pratique commerciale compromette sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amène par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement¹¹¹. Comme on l'a vu ci-dessus, la notion de décision commerciale est par ailleurs définie de manière particulièrement large¹¹². Il sera non seulement question d'altération substantielle lorsque le consommateur n'aurait pas contracté sans la pratique incriminée, mais également lorsqu'il aurait contracté à d'autres conditions. La décision commerciale peut en outre avoir trait tant à la phase précontractuelle qu'à la phase d'exécution du contrat (ex: l'exercice d'un droit de renonciation).

53. Cette exigence d'altération substantielle empêcherait ainsi, selon les travaux préparatoires, que des pratiques publicitaires admises, telles que le placement légitime de produits, la différenciation des marques ou les incitations à l'achat ne soient considérées comme déloyales dès lors qu'elles n'altèrent pas l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause, mais ne font qu'influencer sa perception du produit¹¹³.

54. L'appréciation du caractère déloyal de la pratique doit se faire normalement en prenant en compte le point de vue du consommateur "moyen" et non du consommateur vulnérable ou atypique. Bien que cette notion soit utilisée dans la directive¹¹⁴, le législateur belge n'a pas voulu y faire référence expressément, dans la mesure où cette notion aurait pu provoquer des difficultés d'interprétation avec les autres articles de la loi (auxquels le législateur refuse de toucher), où la notion de consommateur est également utilisée. Une

¹⁰⁴ Directive 2005/29/CE, art. 2, h).

¹⁰⁵ D. DESSARD et A. DE CALUWÉ, *Les usages honnêtes*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 27 et les références citées.

¹⁰⁶ *Exposé des Motifs*, p. 15.

¹⁰⁷ *Exposé des Motifs*, p. 24. La référence à un code de conduite se retrouve également dans la liste noire des pratiques trompeuses. Cf. *infra*, nos 84 et 85.

¹⁰⁸ Cf. D. DESSARD et A. DE CALUWÉ, *o.c.*, p. 20. Pour un aperçu des principaux codes généraux, sectoriels (par catégorie de produits/services) ou intersectoriels (sur une problématique intéressant plusieurs secteurs), cf. le site du Jury d'Éthique Publicitaire: www.jep.be.

¹⁰⁹ Directive 2005/29/CE, considérant 7. À moins cependant que le professionnel ne fasse état dans son matériel promotionnel d'un lien spécifique entre ces produits et ses obligations dans ce domaine (Proposition de directive, *Exposé des Motifs*, p. 11, n° 39). Parmi les exemples de prescription en matière de bon goût et de bienséance, il est fait référence à la sollicitation commerciale dans la rue. En matière d'autodiscipline, il convient également de relever que le Jury d'Éthique Publicitaire, qui a pour mission d'examiner la conformité des messages publicitaires diffusés dans les médias avec les règles de l'éthique publicitaire, se borne à formuler un avis de réserve aux annonceurs et aux médias/fédérations professionnelles concernés en leur laissant la responsabilité de la suite à y donner lorsqu'il constate que le message publicitaire litigieux ne soulève que des réserves en matière de décence et/ou de bon goût (art. 2 du règlement du jury).

¹¹⁰ Cf. également directive 2005/29/CE, art. 11.

¹¹¹ Art. 96, 6°.

¹¹² Cf. *supra*, n° 43.

¹¹³ *Exposé des Motifs*, p. 14. Cf. également directive 2005/29/CE, considérant 6.

¹¹⁴ Directive 2005/29/CE, art. 5.

telle précision aurait cependant été utile. Si la jurisprudence en matière de publicité trompeuse, dont les dispositions sont issues de la directive 84/450/CEE, applique majoritairement le critère de référence du consommateur moyen¹¹⁵, un arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2000 considère que l'acte contraire aux usages honnêtes au sens de l'article 94 de la loi peut être apprécié du point de vue de ses effets sur le consommateur le moins avisé¹¹⁶. Dans cet arrêt, la Cour a en effet considéré que "pour apprécier la conformité d'un comportement aux usages honnêtes en matière commerciale, le juge peut tenir compte de la situation particulière de certaines catégories de consommateurs et de la nécessité de les protéger davantage".

iii. Le consommateur moyen

55. La loi doit dès lors être lue conformément à l'interprétation que donne la directive de la notion de consommateur moyen. La directive évite toutefois de définir cette notion, et en laisse le soin au juge. Elle renvoie cependant à la jurisprudence actuelle de la Cour de justice, qui prend comme critère d'évaluation le consommateur moyen normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques¹¹⁷. La directive, soucieuse d'éviter de trop grandes disparités de jugements au sein des États membres, va cependant tempérer la jurisprudence de la Cour de justice. Selon la directive, le critère du consommateur moyen ne s'appliquera que lorsqu'une pratique commerciale vise ou touche la majorité des consommateurs¹¹⁸. Lorsqu'une pratique commerciale vise un groupe particulier, le membre moyen de ce groupe devient le point de référence. Ainsi, l'article 5 § 2 *in fine* de la directive va préciser que le critère d'évaluation du consommateur peut être "le membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs". On regrette également que le législateur n'ait pas souhaité transposer la directive sur ce point.

iv. Les groupes vulnérables

56. Le critère d'évaluation du consommateur moyen selon la jurisprudence de la Cour avait par ailleurs suscité de nom-

breuses critiques dès lors que la Cour partait du principe que ce consommateur est toujours "normalement informé et raisonnablement attentif et avisé"¹¹⁹. La directive instaure dès lors une protection des consommateurs vulnérables¹²⁰. La loi belge transpose expressément la directive sur ce point et dispose ainsi: "Les pratiques commerciales, qui sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un groupe clairement identifiable de consommateurs parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit ou service qu'elle concerne, en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement attendre du vendeur qu'il prévienne cette conséquence, sont évaluées du point de vue du membre moyen du groupe auquel elles s'adressent." Il est donc requis que la pratique vise spécifiquement une catégorie de consommateurs particulièrement vulnérables. Dans ce cas, il suffit que la pratique commerciale soit susceptible d'altérer le comportement économique du membre moyen de ce groupe. On peut ainsi songer à la publicité pour des médicaments, pour des jouets, ... Il n'est dès lors pas surprenant que les listes noires des pratiques commerciales déloyales en toutes circonstances contiennent un certain nombre d'interdictions concernant des groupes de consommateurs particulièrement vulnérables. Ainsi, l'article 104, 16°, qui interdit d'affirmer faussement qu'un produit est de nature à guérir des maladies, dysfonctionnements ou malformations ou encore l'article 107, 5° qui interdit d'inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents de leur acheter un produit.

57. Cette volonté de protection du consommateur vulnérable ne manquera cependant pas de poser des problèmes d'interprétation. La loi précise en effet que la protection du consommateur vulnérable "est sans préjudice de 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"¹²¹. Le législateur confirme ainsi la légalité des publicités hyperboliques, admise de longue date par la jurisprudence¹²². Comment cependant concilier ces pratiques avec la nécessité de protéger le consommateur vulnérable auquel la publicité s'adresse, lequel a moins tendance à relativiser que le consommateur moyen? La limite sera assurément délicate à tracer pour la jurisprudence.

^{115.} Cf. notamment Bruxelles 25 septembre 1998, P.C. 1998, 85: "Om uit te maken of een gemiddelde consument misleid wordt in de zin van artikel 23 WHPC, moet rekening worden gehouden met de consument met een minimum aan gezond verstand en kritische zin, en niet met de minst intelligente consument". Cf. également K. DAELE, "Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse", R.D.C. 2003, p. 611 et les références citées.

^{116.} Cass. 12 octobre 2000, R.D.C. 2001, p. 669, note G. STRAETMANS.

^{117.} Directive 2005/29/CE, considérant 18. Cf. également C.J.C.E. 16 janvier 1992, C-373/90, Nissan, Rec. 1992, p. I-131; C.J.C.E. 16 juillet 1998, C-210/96, Gut Springenheide, Rec. 1998, p. I-4657; C.J.C.E. 13 janvier 2000, C-220/98, Estée Lauder, Rec. 2000, p. I-117.

^{118.} Proposition de directive, Exposé des Motifs, p. 9, n° 30.

^{119.} Cf. A. GARDE et M. HARAVON, *o.c.*, p. 173.

^{120.} Directive, art. 5 § 3.

^{121.} Art. 101 § 2 *in fine*.

^{122.} Cf. notamment Bruxelles 19 décembre 2006, P.C. 2006, p. 193: "Een hyperbolische reclame kan enkel worden aanvaard wanneer de leugen zo manifest is dat zij onmiddellijk door het publiek kan worden doorzien."

58. Se pose également la question du rapport entre la norme générale et les normes semi-générales. En d'autres termes, l'appréciation du caractère trompeur ou agressif visant un groupe particulièrement vulnérable de consommateurs doit-elle se faire en prenant comme critère de référence le consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé ou le consommateur moyen de ce groupe qui ne l'est sans doute pas trop? Rien ne permet d'affirmer que la directive aurait voulu établir un critère différent pour les différentes catégories de normes qu'elle établit. La cohérence du système l'impose. En outre, l'inclusion dans la liste noire de pratiques commerciales visant des groupes de consommateurs particulièrement vulnérables nous semble d'ailleurs plaider en ce sens¹²³.

c. Les deux normes semi-générales: les pratiques trompeuses et les pratiques agressives – articles 102 à 103 (94/6 à 94/7) et articles 105 à 106 (94/9 à 94/10)

59. Conformément à la directive¹²⁴, le législateur a introduit dans la loi deux normes "semi-générales" qui interdisent respectivement les pratiques commerciales trompeuses¹²⁵ et agressives¹²⁶. Ces pratiques constituent en effet les deux catégories les plus importantes de pratiques déloyales et sont interdites. Elles intègrent les deux conditions de l'interdiction générale, à savoir la contrariété à la diligence professionnelle et l'altération substantielle du comportement économique du consommateur. Le caractère trompeur ou agressif d'une pratique au sens de la loi viole d'une manière particulière la diligence professionnelle¹²⁷.

i. Les pratiques commerciales trompeuses – articles 102 à 103 (94/6 à 94/7)

60. Les nouvelles dispositions de la loi en la matière remplacent l'ancien article 23 qui contenait plusieurs dispositions en matière de publicité trompeuse. La nouvelle loi maintient la distinction qui existait auparavant: la tromperie peut aussi bien résulter de la communication de certaines

informations (les actions trompeuses) que de l'omission d'informations essentielles (les omissions trompeuses). Cette distinction est reflétée dans la structure de la loi, qui consacre un article distinct à chaque catégorie. Comme déjà exposé, la nouvelle loi abandonne toute référence à la notion de publicité s'agissant de pratiques commerciales à l'égard des consommateurs. La nouvelle notion de pratique commerciale est ainsi plus large que l'ancienne notion de publicité.

1. Les actions trompeuses – article 102 (94/6)

61. Une pratique commerciale est désormais réputée trompeuse "si elle contient des informations fausses ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur, en ce qui concerne un ou plusieurs des éléments cités à l'alinéa 2, même si les informations présentées sont factuellement correctes, et qu'elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement".

62. La tromperie requiert tout d'abord que la pratique contienne des informations fausses ou susceptibles d'induire en erreur. Une pratique contenant des informations correctes peut également s'avérer trompeuse. Il n'y a là pas de révolution par rapport à la situation existant sous l'empire des anciens articles 23, 1° à 3°. À plusieurs reprises, la jurisprudence a d'ailleurs confirmé que des publicités contenant des informations exactes pouvaient présenter un caractère trompeur¹²⁸. Ainsi en est-il, par exemple, de publicités contenant des renvois à des conditions générales ou des limitations au travers d'astérisques dont le consommateur ne peut prendre connaissance que difficilement ou figurant dans des caractères quasiment illisibles¹²⁹. L'appréciation du caractère trompeur devra également se faire sur base de la présentation générale de la pratique. Là également, la jurisprudence existante pourra continuer à s'appliquer¹³⁰. Bien que le terme "bedrieglijk", désormais utilisé dans la version néerlandaise de la loi en remplacement du terme "misleidend" soit quelque peu ambigu (le terme est cependant repris de la version néerlandaise de la directive), la tromperie ne requiert pas

¹²³ Dans le même sens, cf. E. TERRY, "Misleidende en vergelijkende praktijken", à paraître.

¹²⁴ Art. 6 à 9.

¹²⁵ Art. 102 et 103.

¹²⁶ Art. 105 et 106.

¹²⁷ Proposition de directive, *Exposé des Motifs*, p. 15, n° 57.

¹²⁸ Cf. Prés. Comm. Louvain 21 juin 2005, P.C. 2005, p. 269: "Van belang is niet of de reclameboodschap in haar expliciete formulering juist of onjuist is. Het gaat er om of deze boodschap, ongeacht haar objectief waarheidsgehalte, door de doorsnee consument van de doelgroep al dan niet juist begrepen wordt. Juiste reclame kan verkeerd begrepen worden terwijl onjuiste reclame als onjuist kan worden herkend en derhalve geen verkeerde voorstelling teweegbrengt. Slechts in het eerste geval is er sprake van misleiding."; cf. également R. VAN DEN BERGH, "Misleidende juiste reclame", *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Kluwer, p. 1346.

¹²⁹ Bruxelles 16 mai 2006, P.C. 2006, p. 132; cf. également *Exposé des Motifs*, o.c., p. 27.

¹³⁰ Cf. notamment Bruxelles 19 octobre 1995, P.C. 1996, p. 96: "Om het afbrekend of misleidend karakter van een reclame te beoordelen dient rekening te worden gehouden met de reclame in zijn geheel en de kennisname van de ganse tekst door de consument, eerder dan met enkele zinnen die deel uitmaken van deze reclame."

d'intention dolosive de la part du vendeur, mais simplement que le consommateur puisse être induit en erreur¹³¹. D'ailleurs, la version française continue à utiliser le terme "induire en erreur". Il n'est pas non plus requis que la preuve d'une tromperie effective soit rapportée. La preuve d'un risque suffit à cet égard, comme cela était déjà le cas auparavant.

63. La tromperie doit en outre porter sur un des éléments énumérés à l'alinéa 2. Cet alinéa énumère les différentes manières dont les actions d'un vendeur peuvent tromper le consommateur. Il s'agit, par exemple, de l'existence ou de la nature du produit ou service, de ses caractéristiques principales, du prix, ... Cet alinéa reprend globalement la liste de la directive 84/450/CEE relative à la publicité trompeuse, mais comprend quelques ajouts, notamment concernant le service après-vente, le traitement de réclamations, le droit de remplacement ou de remboursement, ceci afin de tenir compte du champ d'application élargi de la directive sur les pratiques commerciales déloyales qui englobe les pratiques se produisant dans la phase d'exécution du contrat. Le texte de la directive paraît indiquer que cette liste est exhaustive, ce qui répond au demeurant aux objectifs d'harmonisation complète¹³². Si la tromperie porte sur un autre élément que ceux qui sont énumérés, elle ne pourra dès lors être sanctionnée que sur pied de la norme générale¹³³.

64. La tromperie requiert également que la pratique amène ou soit susceptible d'amener le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Une influence potentielle, et non réelle, suffit à cet égard. Cette condition correspond à la notion d'altération substantielle requise par la norme générale. Une pratique ne sera dès lors pas trompeuse si les informations qu'elle contient sont sans influence sur le comportement économique du consommateur. Les travaux préparatoires parlent d'influence "déterminante" sur la décision du consommateur¹³⁴. Cette condition, bien que ne figurant à l'ancien article 23, 1° à 3° qui transposait la directive sur la publicité trompeuse, était cependant largement appliquée par la jurisprudence¹³⁵. Dans plusieurs arrêts, la Cour de justice avait d'ailleurs confirmé

cette interprétation¹³⁶. On doit toutefois approuver qu'une telle condition soit désormais reprise expressément, ce qui permettra sans doute d'éviter que des mentions erronées insignifiantes ne puissent être qualifiées d'actions trompeuses.

65. L'article 101 § 2 interdit en outre deux pratiques trompeuses particulières, à savoir les activités de marketing créant une confusion avec un autre produit, service ou signe distinctif d'un concurrent¹³⁷ ainsi que le non-respect par le vendeur d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors que ces engagements sont fermes et vérifiables et qu'il se dit lié par le code. L'article 96, 7° de la loi définit d'ailleurs le code de conduite comme "un accord ou un ensemble de règles qui ne sont pas imposés par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives et qui définissent le comportement des vendeurs qui s'engagent à être liés par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs d'activité". Il peut dès lors s'agir d'un code national ou international¹³⁸. Comme il sera vu ci-dessous en ce qui concerne la liste noire des pratiques trompeuses, le législateur, transposant la directive, accorde une place importante aux codes de conduite. En effet, pas moins de quatre pratiques commerciales liées à de tels codes sont considérées comme déloyales en toutes circonstances¹³⁹.

2. Les omissions trompeuses – article 103 (94/7)

66. La loi du 5 juin 2007 consacre un article 103 aux omissions trompeuses. L'ancienne version de la loi sur les pratiques du commerce contenait déjà un article 23, 4° réprimant les omissions trompeuses d'"informations essentielles" et "dans le but d'induire en erreur"¹⁴⁰. L'article 103 détermine à présent de manière bien plus précise les contours de la notion d'omission trompeuse. Il impose également au vendeur un certain nombre d'obligations en termes d'informations à fournir au consommateur dans certaines circonstances. Selon l'article 103 § 1, "une pratique commerciale est considérée comme une omission trompeuse si, dans son con-

¹³¹. E. TERRY, *o.c.*; R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *o.c.*, p. 78.

¹³². Proposition de directive, *Exposé des Motifs*, p. 16, n° 61.

¹³³. On peut ainsi penser aux effets d'un produit sur l'environnement (quoique, pour certains produits ou services, il puisse être soutenu qu'ils relèvent des "caractéristiques principales" du produit ou service). Cf. R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *o.c.*, p. 79; J. STUYCK, *o.c.*, p. 907. *Contra*: E. TERRY, *o.c.*

¹³⁴. *Exposé des Motifs*, p. 14.

¹³⁵. Cf. notamment Prés. Comm. Anvers 22 mars 2007, *RABG* 2007, liv. 20, 1325, note. Cf. également Prés. Comm. Bruxelles 25 avril 1994, *P.C.* 1995, p. 88: "Het al dan niet geoorloofd karakter van informatie die verspreid wordt onder de consumenten, en waarvan beweerd wordt dat zij van aard is de consument te misleiden omtrent de karakteristieken van een dienst, (...) worden beoordeeld in functie van het risico dat de consument, ten gevolge van die informatie, ertoe gebracht wordt een beslissing te nemen die voor hem nadelig is met betrekking tot het gebruik van de dienst." Dans le même sens: Bruxelles 13 avril 1999, *P.C.* 1999, p. 131; Anvers 27 mars 2003, *NjW* 2003, n° 43, p. 1001, note R. STEENNOT.

¹³⁶. C.J.C.E. 13 décembre 1990, C-238/89, *Pall/Dahlausen, Rec.*, I, p. 4827; C.J.C.E. 16 janvier 1992, C-310/90, *Juge d'instruction auprès du tribunal de grande instance de Bergerac/X, Rec.*, p. I-157.

¹³⁷. Cet article semble plus restrictif que l'ancien art. 23, 8°, qui visait la publicité créant un risque de confusion avec un autre vendeur, ses produits, services ou son activité.

¹³⁸. Proposition de directive, *Exposé des Motifs*, p. 17, n° 68.

¹³⁹. Art. 104, 1° à 4°.

¹⁴⁰. Cette disposition, qui continue à régir la publicité à l'égard de vendeurs, figure désormais à l'art. 98, 3° de la loi.

texte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, elle omet une information substantielle dont le consommateur a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement". L'article 103 § 2 assimile à l'omission trompeuse la pratique commerciale par laquelle un vendeur dissimule une information substantielle ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps. Une présentation confuse ou peu claire équivaut donc à une omission d'information¹⁴¹.

67. Lorsqu'il est question d'omissions trompeuses, le premier critère d'appréciation revient à se demander si les informations jugées "substantielles" ont bien été fournies au consommateur. Quand une information est-elle substantielle? La loi les détaille dans deux hypothèses, à savoir lorsque la pratique intervient "lors d'une invitation à l'achat" ou lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre réglementé par d'autres directives. Hors ces deux hypothèses que nous commentons ci-après, il reviendra aux tribunaux de décider au cas par cas quelles sont les informations substantielles nécessaires au consommateur moyen, c'est-à-dire celles dont il "a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause". Toute omission trompeuse ne sera donc pas interdite, dès lors que celle-ci doit être susceptible d'altérer de manière significative le comportement économique du consommateur moyen¹⁴². Pour l'essentiel, la jurisprudence ne devrait dès lors pas connaître de bouleversement, dans la mesure où des notions analogues à celles de caractère substantiel de l'information omise ou d'influence sur le comportement économique du consommateur étaient déjà connues. La seule différence notable réside dans la suppression de tout caractère intentionnel de l'omission ("dans le but d'induire en erreur") que l'ancien article 23, 4° exigeait assez maladroitement¹⁴³.

68. L'article 103 § 5 impose au vendeur de fournir un certain nombre d'informations substantielles en toutes circonstances lors d'une communication commerciale. Ces informations sont celles qui sont rendues obligatoires par des dispositions d'autres directives européennes dans des secteurs particuliers, tels que les contrats à distance¹⁴⁴ et les contrats à distance de services financiers¹⁴⁵, les voyages¹⁴⁶, le "time sharing"¹⁴⁷, l'indication des prix¹⁴⁸, les médicaments à usage humain¹⁴⁹, le commerce électronique¹⁵⁰, le crédit à la consommation¹⁵¹, les organismes de placement collectif en valeurs mobilières¹⁵² et l'offre public de ces valeurs¹⁵³, l'intermédiation en assurance¹⁵⁴, l'assurance sur la vie¹⁵⁵ et la "non-vie"¹⁵⁶, ainsi que les marchés d'instruments financiers¹⁵⁷. La liste de ces dispositions est énumérée à l'annexe II de la directive 2005/29/CE.

69. L'article 103 § 4 énumère les informations substantielles à fournir au consommateur lors d'une "invitation à l'achat", afin qu'il puisse prendre une décision commerciale en connaissance de cause. La notion d'"invitation à l'achat", nouvelle en droit belge, se situe à mi-chemin entre l'offre en vente et la publicité. Elle est définie à l'article 96, 11° comme une "communication commerciale indiquant les caractéristiques du produit ou du service et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat". À suivre les travaux préparatoires de la loi, une invitation à l'achat resterait un message publicitaire, mais qui comporterait plus d'informations que la présentation ou la mise en valeur du produit ou du service. Elle ne constituerait pas encore une offre en vente, au sens civil du terme, laquelle a des conséquences immédiates sur la conclusion du contrat, mais contiendrait déjà suffisamment d'informations pour permettre au consommateur de prendre sa décision d'achat¹⁵⁸.

70. Dans le cas d'une invitation à l'achat, seront considérées comme substantielles, si elles ne ressortent pas déjà du contexte, les informations suivantes:

^{141.} Proposition de directive, *Exposé des Motifs*, p. 16, n° 62.

^{142.} *Cf. supra*, n° 52.

^{143.} En ce sens, *cf.* également art. 11, 2. de la directive 2005/29/CE.

^{144.} Directive 97/7/CE, art. 4 et 5.

^{145.} Directive 2002/65/CE, art. 3 et 4.

^{146.} Directive 90/314/CEE, art. 3.

^{147.} Directive 94/47/CE, art. 3 § 3.

^{148.} Directive 98/6/CE, art. 3 § 4.

^{149.} Directive 2001/83/CE, art. 86 à 100.

^{150.} Directive 2000/31/CE, art. 5 et 6.

^{151.} Directive 98/7/CE, art. 1, d).

^{152.} Directive 2001/107/CE, art. 1, 9°.

^{153.} Directive 2003/71/CE, art. 5, 7 et 8.

^{154.} Directive 2002/92/CE, art. 12 et 13.

^{155.} Directive 2002/83/CE, art. 36.

^{156.} Directive 92/49/CEE, art. 31 et 43.

^{157.} Directive 2004/39/CE, art. 19.

^{158.} *Exposé des Motifs*, p. 16.

1° les caractéristiques principales du produit ou du service, dans la mesure appropriée eu égard au moyen de communication utilisé et au produit ou service concerné;

2° l'adresse géographique et l'identité du vendeur, et le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité du vendeur pour le compte duquel il agit;

3° le prix toutes taxes comprises, ou, lorsque celui-ci ne peut raisonnablement être calculé à l'avance, la manière dont le prix est calculé, ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, ou, lorsque ces coûts ne peuvent raisonnablement pas être calculés à l'avance, la mention que ces coûts peuvent être à la charge du consommateur;

4° les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, si elles diffèrent des conditions de la diligence professionnelle;

5° le cas échéant, l'existence d'un droit de renonciation ou d'annulation."

71. Est-ce à dire que l'omission des informations substantielles visées à l'article 103 § 4 et 5 sera automatiquement considérée comme une omission trompeuse ou bien la preuve de l'altération substantielle du comportement économique du consommateur devra-t-elle également être rapportée? A la lecture des travaux préparatoires, le législateur belge opte pour la première approche¹⁵⁹. Une telle interprétation nous semble cependant inexacte compte tenu du texte de la directive et de la loi¹⁶⁰. Même si, en pratique, l'omission d'une de ces informations essentielles aura souvent pour conséquence que le comportement économique du consommateur sera susceptible d'être altéré de manière substantielle, rien ne permet cependant de faire l'impasse sur cette condition en la considérant comme automatiquement remplie.

72. L'article 103 § 3 introduit une précision bienvenue dans la loi sur les pratiques du commerce, qui impose de tenir compte des limites inhérentes à certains médias et des mesures prises par le vendeur pour en atténuer les effets. Cet article dispose ainsi que "*lorsque le moyen de communication utilisé aux fins de la pratique commerciale impose des limites d'espace ou de temps, il convient, en vue de déterminer si des informations ont été omises, de tenir compte de ces*

limites ainsi que de toute mesure prise par le vendeur pour mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens". Comme le confirment les travaux préparatoires, cette règle s'applique également lors d'une invitation à l'achat¹⁶¹. Cette précision permettra assurément d'assurer une certaine sécurité juridique. Par le passé, la jurisprudence était en effet divisée sur la question des limites de temps et d'espace propres à certains médias tels que la télévision ou la radio. Une partie de la jurisprudence considérait en effet que l'article 23, 4° s'appliquait à chaque média indistinctement et qu'il ne pouvait être remédié à l'omission d'une information essentielle dans un canal publicitaire par la fourniture de cette information au travers d'un autre canal¹⁶². Selon un autre courant conforté, nous semble-t-il, par la jurisprudence récente de la Cour de cassation et de la Cour de justice, il convient au contraire de tenir compte des limites propres à certains médias et de l'impossibilité d'y mentionner l'ensemble des informations essentielles relatives au produit ou au service concerné¹⁶³.

73. Outre la sécurité juridique accrue qu'elle donne, cette nouvelle règle doit être approuvée en ce qu'elle tient compte des techniques compte des contraintes techniques et commerciales liées à certains médias tout en protégeant le consommateur des abus. Sa formulation permet en effet d'éviter les abus de la part des vendeurs, car elle ne dispense aucunement le vendeur de fournir les informations essentielles "*par d'autres moyens*", c'est-à-dire sur d'autres supports publicitaires. L'appréciation du caractère trompeur de l'omission devra se faire sur base de l'ensemble des circonstances de l'espèce. Si le juge sera certes tenu de prendre en compte ces contraintes de temps et d'espace, ainsi que des mesures prises par le vendeur pour fournir ces informations par d'autres biais, il pourra tenir compte, dans son appréciation, notamment de la nature et de l'importance de l'information omise, en fonction du produit ou service concerné, ainsi que de la manière dont les autres canaux publicitaires où ces informations sont disponibles sont annoncés au consommateur¹⁶⁴. Enfin, il convient de rappeler que cette règle ne s'applique qu'aux cas dans lesquels la tromperie résulte de l'omission d'informations substantielles sur des supports limités dans le temps ou l'espace, et non celle commise sur d'autres supports. Dans ce cas, la tromperie ne pourra être neutralisée par

¹⁵⁹. Exposé des Motifs, p. 30: "L'article 94/7 § 5 transpose l'article 7, 5. de la directive. Il prévoit que les informations rendues obligatoires par le droit communautaire dans le cadre des communications commerciales, publicités et de marketing, sont des informations substantielles. Leur omission est dès lors considérée comme constitutive d'une omission trompeuse." Cf. également p. 16: "Cette notion est importante car dans ce cas, les vendeurs sont tenus à des obligations positives d'information. En effet, dès que l'on est en présence d'une invitation à l'achat, le vendeur sera tenu de reprendre dans sa communication commerciale les informations mentionnées dans l'article 94/7 § 4 du présent projet, telles que les caractéristiques principales du produit, son prix ou l'adresse du vendeur."

¹⁶⁰. L'art. 103 § 1 et § 2 utilise la préposition "et" devant la condition relative à l'altération du comportement économique du consommateur.

¹⁶¹. Exposé des Motifs, p. 30.

¹⁶². Prés. Comm. Malines 12 juin 2001, P.C. 2001, p. 194; Prés. Comm. Bruxelles 20 octobre 1999, P.C. 1999, p. 374.

¹⁶³. Bruxelles 24 décembre 1997, P.C. 1997, p. 150: "Een publicitaire boodschap moet kort en krachtig zijn zodat niet alle details met betrekking tot de aangeboden dienst kunnen vermeld worden"; Cass. 29 avril 2004, P.C. 2004, p. 97; C.J.C.E. 19 septembre 2006, C-356/04, Lidl.

¹⁶⁴. À cet égard, le juge peut notamment s'appuyer sur les usages applicables dans le secteur concerné, fixés le cas échéant dans un code de conduite. À titre d'exemple, on peut renvoyer au code sectoriel de Febelfin et de l'Association Belge des Banques au sujet de l'information et des messages publicitaires concernant le dépôt d'épargne, lequel prévoit certaines informations minimales que doivent prévoir les messages publicitaires "furtifs" mentionnant des taux d'intérêt, c'est-à-dire ceux qui sont diffusés au travers d'un spot télévisé, radio, pop-up, banner, SMS,...

une information correcte donnée par le biais d'un autre canal¹⁶⁵.

74. Se rend également coupable d'une omission trompeuse le vendeur qui n'indique pas son intention commerciale, si elle ne ressort pas déjà du contexte. Une interdiction similaire était contenue dans l'ancien article 23, 5°, lequel interdisait la publicité rédactionnelle, c'est-à-dire celle qui ne peut être distinguée comme telle¹⁶⁶. Il est toutefois peu probable que cette nouvelle disposition donne lieu à de nombreux cas d'application, car la publicité rédactionnelle est reprise dans la liste noire des pratiques trompeuses, ce qui signifie qu'elle sera interdite en toutes circonstances, sans qu'il soit nécessaire d'examiner son impact sur le comportement économique du consommateur¹⁶⁷.

ii. Les pratiques commerciales agressives – articles 105 à 106 (94/9 à 94/10)

75. Les articles 105 et 106 transposent intégralement les dispositions de la directive consacrées aux pratiques agressives. Il s'agit de dispositions résolument nouvelles en droit belge. Elles interdisent toute pratique qui *“altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur à l'égard d'un produit ou d'un service, et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement”*, étant entendu qu'elle doit toujours être replacée dans son *“contexte factuel”*. Avant la modification de la loi, de telles pratiques ne pouvaient être sanctionnées que par le recours à la norme générale inscrite à l'article 94 ou, pour autant que la pratique ait eu pour effet la conclusion d'un contrat, par des mécanismes propres au droit des obligations tels que la nullité pour dol ou violence. Citons à cet égard une décision du président du tribunal de commerce de Bruxelles qui estima contraire aux usages honnêtes le fait, pour les employés d'un restaurant bruxellois, d'haranguer les gens dans la rue en les empêchant de pouvoir choisir un autre restaurant¹⁶⁸.

76. L'influence injustifiée est par ailleurs définie comme *“l'utilisation d'une position de force vis-à-vis du consommateur de manière à faire pression sur celui-ci, même sans avoir recours à la force physique ou menacer de le faire, de*

telle manière que son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause soit limitée de manière significative”. Fait ainsi preuve d'une influence injustifiée le vendeur à qui un consommateur doit de l'argent et qui propose de rééchelonner sa dette à condition qu'il lui achète un autre produit¹⁶⁹.

77. Pour déterminer si une pratique commerciale est agressive, l'article 106 énonce une série de circonstances dont il faut tenir compte, à savoir:

- “1° le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance;*
- 2° le recours à la menace physique ou verbale;*
- 3° l'exploitation en connaissance de cause par le vendeur de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur; dans le but d'influencer sa décision à l'égard du produit ou du service;*
- 4° tout obstacle non contractuel payant ou disproportionné imposé par le vendeur lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou service ou de vendeur;*
- 5° toute menace d'action alors que cette action n'est pas légalement possible.”*

On trouve dans la liste noire des pratiques agressives énumérée à l'article 107 des exemples plus concrets qui illustrent bien ces circonstances et sur lesquels nous reviendrons¹⁷⁰.

78. Comme pour les autres normes à caractère général, il n'est pas requis de prouver que la liberté de choix ou de conduite du consommateur a effectivement été altérée, ni que le consommateur ait effectivement pris une décision qu'il n'aurait pas prise autrement. Il suffit de prouver qu'un tel risque était réel, en se fondant sur l'appréciation du consommateur moyen.

d. Les listes noires: les pratiques réputées déloyales en toutes circonstances – articles 104 (art. 94/8) et 107 (94/11)

79. Les articles 104 et 107 intègrent dans la loi deux listes noires. Elles interdisent une série de pratiques commerciales considérées comme trompeuses (art. 104) ou agressives (art. 107), réputées déloyales en toutes circonstances, c'est-à-dire sans qu'il faille les confronter aux conditions reprises

¹⁶⁵. Dans le même sens, cf. R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *o.c.*, p. 83.

¹⁶⁶. Fut ainsi condamné, sur pied de cet article, l'envoi à des médecins généralistes par un secrétariat d'information médicale d'un questionnaire concernant les effets secondaires d'un médicament. Dans son arrêt du 6 mars 1998, la cour d'appel de Bruxelles considéra en effet qu'une telle pratique est une manière de se mettre en exergue et de favoriser de manière indirecte son image de marque auprès des médecins en Belgique, en violation de l'art. 23, 5° (Bruxelles 6 mars 1998, *P.C.* 1998, p. 108).

¹⁶⁷. Cf. *infra*, n° 92.

¹⁶⁸. Prés. Comm. Bruxelles 2 décembre 1993, *P.C.* 1993, p. 491.

¹⁶⁹. Proposition de directive, *Exposé des Motifs*, p. 17, n° 71.

¹⁷⁰. Art. 105 à 113.

dans les normes semi-générales ou dans la norme générale de loyauté. En d'autres termes, il suffira de prouver que la pratique correspond à la définition qu'en donne la liste noire pour la considérer comme déloyale. Il n'est donc pas requis que la pratique altère de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen, même s'il nous paraît cohérent de penser qu'une telle altération est implicite. De la même manière, le demandeur n'a pas à prouver que la pratique serait contraire aux exigences de la diligence professionnelle. Il s'agit là d'un allègement considérable de la charge de la preuve pour le demandeur. Sur ce point, les listes noires diffèrent fondamentalement de la norme générale et des normes semi-générales. Si les principes sont clairs, nous verrons cependant que leur application pratique risque de s'avérer difficile dans certains cas. Certaines interdictions contiennent en effet des notions assez vagues (telles que l'impression donnée au consommateur) et pourront difficilement être appliquées sans tenir compte de leur influence sur le comportement du consommateur¹⁷¹.

80. En raison de l'harmonisation maximale poursuivie par la directive, les listes noires établies par la directive sont exhaustives, en ce sens que seules les pratiques qui s'y trouvent reprises sont interdites en toutes circonstances¹⁷². Les États membres ne sont donc pas autorisés à supprimer ou modifier les interdictions existantes, ou encore à maintenir ou à en ajouter de nouvelles, si ce n'est en application d'une modification de la directive elle-même¹⁷³. Par contre, ces listes ne sont naturellement pas exhaustives de toutes les pratiques déloyales. À défaut de relever de ces listes, une pratique devra en effet être confrontée aux critères requis par les normes semi-générales et, le cas échéant, par la norme générale. L'utilisation de listes d'interdictions n'est pas fréquente en droit communautaire, même si elle n'est pas inconnue. Tel est notamment le cas de la directive sur les clauses abusives dans les contrats de consommation et dont l'essentiel a été transposé à l'article 24 de la loi¹⁷⁴.

81. Le caractère exhaustif des listes noires de la directive posait de manière aiguë la question du maintien des autres interdictions contenues dans la loi sur les pratiques du commerce. Pour deux pratiques visées dans la directive et déjà reprises dans notre loi, à savoir les achats forcés (art. 72)¹⁷⁵ et les ventes pyramidales (art. 88)¹⁷⁶, le législateur a préféré garder leur ancienne formulation et leur champ d'application élargi. Les divergences entre la norme européenne et la dis-

position nationale se résoudre éventuellement par le recours au principe de l'interprétation conforme¹⁷⁷. Mais la présence de ces deux interdictions spécifiques dans la liste noire fragilise pour le moins l'argumentation du législateur selon laquelle les autres interdictions qui cadent la réglementation des promotions commerciales¹⁷⁸ ou qui ont été démenagées aux articles 34 et 36¹⁷⁹, échappent au champ d'application de la directive et peuvent dès lors être intégralement maintenues dans la loi.

82. Mis à part les interdictions frappant les achats forcés et les ventes pyramidales, les articles 104 et 107 transposent pas moins de 22 pratiques trompeuses et 7 pratiques agressives. L'on cherchera vainement dans ces listes une quelconque structure. On ne s'étonnera donc guère de ne trouver dans l'Exposé des Motifs de la proposition de directive et dans les travaux préparatoires de la loi du 5 juin 2007 que peu d'indications sur le sens et l'interprétation à donner aux différentes pratiques reprises dans ces listes. À l'origine plutôt courtes, les listes se sont étoffées pour répondre aux souhaits de l'un ou l'autre État, ce qui permet d'affirmer qu'elles constituent plutôt le résultat d'un compromis politique que d'une systématisation de la part de la Commission européenne. Certaines pratiques agressives auraient d'ailleurs tout aussi bien pu figurer dans la liste des pratiques trompeuses, et vice-versa.

i. La liste noire des pratiques commerciales trompeuses – article 104 (94/8)

83. L'article 104 reprend les points 1 à 23 de l'annexe de la directive énonçant les pratiques commerciales trompeuses réputées déloyales en toutes circonstances, à l'exception de l'interdiction des ventes pyramidales (point 14 de l'annexe). On retrouve parmi celles-ci certaines interdictions déjà reprises à l'ancien article 23 de la loi. Nous proposons ci-après de regrouper ces pratiques trompeuses en plusieurs catégories que ni la loi ni la directive ne distinguent.

1. Les fausses qualités ou références

84. – *pour un vendeur, se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas* (art. 104, 1°);

– *afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire* (art. 104, 2°);

^{171.} Cf. notamment la pratique commerciale visée à l'art. 107, 1°, qui interdit au vendeur de donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu.

^{172.} Cf. *supra*, n° 7.

^{173.} Directive 2005/29/CE, considérant 17; cf. *supra*, n° 7.

^{174.} Ancien art. 32. Directive 93/13/CEE, *J.O.C.E.* L. 95 du 21 avril 1993, p. 29. On observera cependant que la liste noire de clauses abusives en matière dans les contrats de consommation n'est qu'indicative.

^{175.} Ancien art. 76.

^{176.} Ancien art. 85.

^{177.} Cf. *supra*, n° 26 et note 62.

^{178.} Cf. *supra*, n° 24.

^{179.} Anciens art. 94bis et 94ter. Cf. *supra*, n° 23.

– affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou autre alors que ce n'est pas le cas (art. 104, 3°);

– affirmer qu'un vendeur, ou ses pratiques commerciales, ou qu'un produit ou un service a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas ou que celui-ci ne respecte pas les conditions de l'agrément, de l'approbation ou de l'autorisation reçue (art. 104, 4°);

– affirmer faussement ou donner l'impression que le vendeur n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité professionnelle ou se présenter faussement comme un consommateur (art. 104, 21°).

85. À propos des codes de conduite, on se souviendra que cette notion est définie à l'article 93, 7° comme "un accord ou un ensemble de règles qui ne sont pas imposés par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives et qui définissent le comportement des vendeurs qui s'engagent à être liés par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs d'activité"¹⁸⁰. Il pourra s'agir, par exemple, de fausses références à des certifications ou approbations (Test-Achats, ISO,...), étant entendu que celles-ci ne doivent pas nécessairement émaner d'instances publiques¹⁸¹. De telles pratiques étaient d'ailleurs visées par plusieurs dispositions de l'ancien article 23¹⁸². Fut ainsi condamnée l'apposition sur l'étiquette d'un salami de la mention "Label of quality (...) certificat d'origine" directement suivie de l'indication "Salami au Champagne", alors que le salami ne provenait pas de Champagne¹⁸³.

2. La publicité-appât

86. Les pratiques qui ont pour objet d'appâter le consommateur afin de l'amener à acheter un produit ou un service, sans être en mesure de le fournir, ou de l'inciter à l'acheter rapidement en faisant état de fausses circonstances relèvent de cette catégorie. La première des pratiques est définie comme suit:

– proposer l'achat de produits ou services à un prix indiqué sans révéler les raisons plausibles que pourrait avoir le vendeur de penser qu'il ne pourra fournir lui-même, ou faire fournir par un autre vendeur, les produits ou services en

question ou des produits ou services équivalents au prix indiqué, pendant une période et dans des quantités qui soient raisonnables compte tenu du produit ou du service, de l'ampleur de la publicité faite pour le produit ou le service et du prix proposé (art. 104, 5°).

87. L'article 104, 5° se distingue à plusieurs égards de l'ancien article 23, 9° qui interdisait la publicité portant sur une offre de produits ou services, lorsque le vendeur ne dispose pas du stock suffisant ou ne peut effectivement prester les services qui doivent normalement être prévus, compte tenu de l'ampleur de la publicité. Cette disposition figure à présent à l'article 98, 9° et s'applique uniquement dans les relations entre vendeurs¹⁸⁴. Étrangement, les conditions fixées par l'article 104, 5° apparaissent plus strictes que celles de l'ancien article 23, 9°. L'obligation instituée par l'article 23, 9° de la LPCC comportait deux obligations distinctes, l'une étant d'estimer correctement l'ampleur des ventes en fonction de la publicité projetée, l'autre de constituer le stock nécessaire pour y répondre¹⁸⁵. La première de ces deux obligations était une obligation de moyen, tandis que la seconde était une obligation de résultat. Si ces deux types d'obligations peuvent toujours à notre avis se déduire de l'article 104, 5°, ses conditions d'application sont nettement plus souples. D'une part, le vendeur pourra en effet échapper à toute critique en indiquant au consommateur qu'il existe un risque qu'il ne puisse fournir le produit ou le service au prix indiqué. D'autre part, le fait de fournir des produits ou services équivalents au prix indiqué lui permettront également d'éviter toute interdiction¹⁸⁶.

88. La pratique suivante procède du même esprit, mais est plus radicale puisqu'elle consiste à:

– proposer l'achat de produits ou de services à un prix indiqué, et ensuite:

- soit refuser de présenter au consommateur le produit ou le service ayant fait l'objet de la publicité ;
- soit refuser de prendre des commandes concernant ce produit ou ce service ou de le livrer dans un délai raisonnable ;
- soit en présenter un échantillon défectueux, dans le but de faire la promotion d'un produit ou d'un service différent (art. 104, 6°).

Il est probable qu'une pratique qui ne relève pas de l'article 104, 5° soit couverte par l'article 104, 6°, lequel interdit une technique comparable qui consiste, selon les termes de la

^{180.} Cf. à cet égard *supra*, n° 65: l'art. 102 § 2 considère comme trompeur le non-respect par le vendeur d'engagements contenus dans un code de conduite.

^{181.} E. TERRY, *o.c.*

^{182.} Ancien art. 23, 1°, 2°, 3° et 12°.

^{183.} Prés. Comm. Nivelles 2 juin 2000, *P.C.* 2000, p. 60.

^{184.} Art. 94/2, 9° LPCC.

^{185.} Cf. Cass. 12 septembre 1996, *Pas.* 1996, I, p. 307; A. PUTTEMANS, "Publicité interdite et obligation de résultat: la rupture du stock due à un défaut de livraison d'un fournisseur n'est pas une cause de force majeure" (note sous Prés. Comm. Bruxelles 8 mars 1993), *P.C.* 1993, pp. 95 et s.; E. DE BATSELIER, "De verenigbaarheid van het lokvogelprocédé van Carrefour met artikel 23, 9° WHPC", *P.C.* 2003, pp. 176 et s.

^{186.} Cf. également R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *o.c.*, p. 69.

directive, à “*amorcer et ferrer*” le consommateur. Auparavant, une telle pratique ne pouvait se voir interdire qu’en recourant à l’article 94, dont les conditions d’application étaient plus strictes.

89. Les deux dernières pratiques sont d’un usage plus courant. Il s’agit de:

– *déclarer faussement qu’un produit ou un service 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* (art. 104, 7°)

ou

– *déclarer que le vendeur 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 46 et suivants* (art. 104, 14°).

L’article 104, 7°, qui interdit de déclarer faussement qu’un produit ne sera disponible que pendant une période très limitée, à tout le moins aux conditions actuelles, afin de provoquer une réaction immédiate du consommateur, pouvait auparavant être interdit par les dispositions en matière de publicité trompeuse, qui visaient notamment les informations susceptibles d’induire en erreur sur la disponibilité du produit. Dans un arrêt du 28 février 2006, la cour d’appel de Bruxelles estima cependant, pour des motifs selon nous contestables, que n’était pas trompeuse une action promotionnelle annoncée comme étant d’une durée limitée, mais qui fut prolongée à son échéance, dès lors que la publicité pour cette action n’indiquait pas qu’elle ne serait pas répétée¹⁸⁷.

3. L’exploitation de la crédulité

90. Plusieurs pratiques relèvent de cette catégorie. On recensera tout d’abord le fait de:

– *déclarer ou donner l’impression que la vente d’un produit ou d’un service est licite alors qu’elle ne l’est pas* (art. 104, 9°).

La version française de la directive, qui utilise le terme “licite”, diffère à cet égard des versions néerlandaise et anglaise qui utilisent respectivement les termes “legal” et “legally”. Il semble dès lors que le terme “licite” vise tout produit qui ne serait pas vendu dans le respect des dispositions légales ou réglementaires en vigueur, qu’elles se

situent à un niveau international, communautaire ou national¹⁸⁸.

91. – *présenter les droits conférés au consommateur par des dispositions légales ou réglementaires comme constituant une caractéristique propre à la proposition faite par le vendeur* (art. 104, 10°).

Une telle pratique trompe le consommateur dans la mesure où celui-ci est amené à croire que le produit ou service offert par le vendeur présente un avantage que n’offrent pas les produits ou services provenant d’autres vendeurs, alors que tous les vendeurs sont mis sur le même pied par la loi. Ainsi, proposer une garantie exceptionnelle de deux ans, alors que cette durée est devenue obligatoire devrait tomber sous le coup de cette interdiction.

92. – *utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d’un produit ou d’un service, alors que le vendeur a financé celle-ci lui-même, sans l’indiquer clairement dans le contenu ou à l’aide d’images ou de sons clairement identifiables par le consommateur* (art. 104, 11°).

Cette disposition, qui interdit le “publi-reportage”, se trouvait auparavant à l’article 23, 5° de la loi, lequel interdisait la publicité qui ne pouvait être nettement distinguée comme telle et qui ne comportait pas la mention “publicité” de manière lisible, apparente et non équivoque¹⁸⁹. Serait ainsi interdit le fait de vanter une marque de matériel de camping dans un article sur le trekking paru dans un magazine de voyages alors que le fabricant de ce matériel a contribué financièrement à l’article et que les lecteurs n’en sont pas informés¹⁹⁰. On signalera encore que conformément à la règle qui donne primauté aux règles spécifiques communautaires, l’interdiction “s’entend sans préjudice de la directive 89/552/CEE” (directive “télévision sans frontières”), laquelle édicte un certain nombre de règles destinées à assurer le caractère reconnaissable de la publicité et du parrainage à la télévision¹⁹¹.

93. Cette interdiction peut être rapprochée de la pratique commerciale consistant, pour certaines entreprises pharmaceutiques, à sponsoriser des campagnes de sensibilisation visant une maladie et organisées par une association sans but lucratif. Une telle campagne n’assure pas la promotion d’un produit particulier mais sensibilise le public à une maladie ou affection particulière. Elle permet ainsi à une entreprise pharmaceutique de contourner, dans les limites précisées par l’arrêté royal du 7 avril 1995¹⁹², l’interdiction spécifique de publicité pour les médicaments, tout en profitant des retom-

^{187.} Bruxelles 28 février 2006, P.C. 2006, p. 119.

^{188.} Dans le même sens, cf. R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *o.c.*, p. 70.

^{189.} Cette disposition se retrouve à présent à l’art. 94/2, 5° et régit les relations entre vendeurs.

^{190.} Exemple cité dans la brochure *La directive relative aux pratiques commerciales déloyales* éditée par la direction générale Santé et protection des consommateurs de la Commission européenne, p. 22.

^{191.} Directive 2005/29/CE, annexe I, 11°.

^{192.} Arrêté royal du 7 avril 1995 relatif à la communication et à la publicité concernant les médicaments à usage humain, art. 3.

bées liées à la campagne dans la mesure où elle distribue précisément le médicament permettant de lutter contre la maladie ou l'affection en question. Il est toutefois douteux qu'une telle pratique puisse être sanctionnée sur pied de cet article, lequel exige la promotion d'un produit ou service. Or, les conditions exigées par les pratiques des listes noires sont d'interprétation stricte et dans un tel cas, la sensibilisation à une maladie ou à une affectation ne constitue pas en tant que telle une promotion pour le médicament. Cependant, une telle pratique est sanctionnable depuis la modification récente de l'arrêté royal du 7 avril 1995¹⁹³.

94. – *promouvoir un produit ou un service 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* (art. 104, 13°).

Cette disposition est en effet similaire à celle interdisant la publicité créant un risque de confusion avec un vendeur, ses produits, ses services ou ses activités, qui est contenue à l'article 94/2, 8° et auparavant à l'article 23, 8°.

95. – *communiquer des informations factuellement inexactes sur les conditions de marché ou sur les possibilités de trouver le produit ou le service, dans le but d'inciter le consommateur à acquérir celui-ci à des conditions moins favorables que les conditions normales de marché* (art. 104, 17°).

Cette pratique, d'apparence plus anodine, recèle la volonté de fausser le jeu de la concurrence par un vendeur. Sans doute est-ce la raison pour laquelle elle a été jugée suffisamment grave par les autorités communautaires pour figurer parmi les pratiques considérées comme déloyales en toutes circonstances.

96. – *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 ou le service alors que ce n'est pas le cas* (art. 104, 20°).

Elle présente des accointances avec l'interdiction des achats forcés, contenue à l'article 72. La différence réside toutefois en ce que l'interdiction des achats forcés suppose que le consommateur ait reçu le produit de la part du vendeur. L'article 104, 20°, par contre, suppose que le consommateur soit simplement invité à acquérir le produit ou service en lui donnant l'impression qu'il l'a déjà commandé.

4. L'exploitation de certains sentiments

97. – *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 ou le service* (art. 104, 12°).

La peur est mauvaise conseillère et l'exploiter abusivement ne peut que perturber les capacités de discernement des consommateurs. Cette pratique est donc interdite, du moins lorsque la sécurité des personnes est mise en avant.

98. – *affirmer d'un produit ou d'un service qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard* (art. 104, 15°).

Les gris-gris, amulettes et méthodes ésotériques ou pseudo-mathématiques ne seront plus tolérés en Europe, lorsque son vendeur vantera ses effets bénéfiques sur les résultats d'un jeu de hasard. Malgré les apparences, cette interdiction reste assez éloignée de celle de l'ancien article 23, 10°, lequel interdisait la publicité qui éveille chez le consommateur l'espoir ou la certitude d'avoir gagné ou de pouvoir gagner un produit ou un avantage quelconque par l'effet du hasard. Elle a été supprimée de notre arsenal législatif et, dans une certaine mesure, remplacée par une autre interdiction reprise à la liste noire des pratiques agressives¹⁹⁴. La notion de jeu de hasard n'est toutefois pas définie dans la directive sur les pratiques déloyales et il reviendra à la Cour de justice de l'interpréter au besoin¹⁹⁵. Dans l'attente d'un tel arrêt, on peut utilement renvoyer à la définition qu'en donne la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs, qui le définit 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".

99. – *affirmer faussement qu'un produit ou un service est de nature à guérir des maladies, des dysfonctionnements ou des malformations* (art. 104, 16°).

Cette disposition a également été reprise par le législateur parmi les interdictions qui touchent la publicité entre vendeurs¹⁹⁶. Son champ d'application est plus large que celui de l'ancien article 23, 13°, qui ne visait que les produits et appareils, et non les services. On se rappellera également que

¹⁹³ M.B. 8 janvier 2007, p. 381.

¹⁹⁴ Cf. *infra*, n° 113.

¹⁹⁵ Cette notion est utilisée dans la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. L'art. 1 de ladite directive dispose en effet que la directive n'est pas applicable aux "activités de jeux d'argent impliquant des mises ayant une valeur monétaire dans des jeux de hasard, y compris des loteries et les transactions portant sur des paris".

¹⁹⁶ Art. 98, 11°; cf. *supra*, n° 37.

cette disposition ne porte pas préjudice aux dispositions communautaires ou nationales relatives à la santé¹⁹⁷. On citera à cet égard le règlement n° 1924/2006 du 20 décembre 2006 concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur des denrées alimentaires. À l'échelon national, l'arrêté royal du 17 avril 1980 concernant la publicité pour les denrées alimentaires contient également un certain nombre de dispositions réglementant les allégations en matière de santé portant sur des denrées alimentaires.

5. Les pratiques trompeuses liées aux services après-vente

100. Les deux interdictions reprises dans cette catégorie illustrent une fois de plus la volonté du législateur communautaire de réglementer non seulement la phase précontractuelle, mais également la phase d'exécution du contrat. Est ainsi interdite la pratique qui consiste pour le vendeur à :

– *s'engager à fournir un service après-vente aux consommateurs avec lesquels le vendeur a communiqué avant la transaction, dans une langue qui n'est pas une des langues nationales 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* (art. 104, 8°).

N'est dès lors pas trompeur en soi, au sens de cet article, le fait d'assurer un service après-vente dans une langue différente de celle dans laquelle le vendeur a communiqué avant la transaction. Est uniquement interdit le fait d'assurer un tel service après-vente sans l'avoir mentionné au préalable au consommateur.

101. – *créer faussement l'impression que le service après-vente en rapport avec un produit ou un service est disponible dans un État membre autre que celui dans lequel il est vendu* (art 104, 22°).

Les autorités communautaires veulent certes favoriser les achats transfrontaliers, pourvu qu'ils puissent s'effectuer avec des garanties suffisantes pour le consommateur. Notons incidemment que la version française de la loi diffère à cet égard de la version néerlandaise qui utilise, comme dans la version néerlandaise de la directive, le terme "*bedrieglijk*". On estime cependant que ce dernier terme ne signifie pas qu'il faille une mauvaise foi dans le chef du vendeur¹⁹⁸. La version anglaise utilise d'ailleurs une terminologie similaire à la version française ("*false*").

^{197.} Directive 2005/29/CE, art. 3.3.

^{198.} Cf. notamment G. STRAETMANS, *o.c.*, p. 249.

^{199.} Brochure "La directive relative aux pratiques commerciales déloyales", *o.c.*, p. 23.

^{200.} Proposition de directive, *o.c.*, p. 13, n° 50.

6. L'offre de prix et d'avantages gratuits

102. – *affirmer qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable* (art. 104, 18°).

L'interprétation de cette disposition n'est pas évidente. Interdit-elle d'organiser un concours sans attribuer tous les gains promis ou seulement de n'en délivrer aucun? Dans la première hypothèse, l'organisateur devra donc prévoir un système d'attribution qui permette une distribution complète des prix. Dans la seconde hypothèse, seule l'organisation d'une opération dans laquelle personne ne peut gagner sera condamnable. Le fait d'attribuer un prix "équivalent raisonnable" en cas d'imprévision ou de difficulté d'approvisionnement permettra au vendeur d'échapper à l'interdiction, étant entendu que le juge devra apprécier au cas par cas ce qui constitue un tel équivalent raisonnable. Il semble que le législateur communautaire ait surtout eu à l'esprit les promotions dans lesquelles on annonce au consommateur qu'il a gagné un prix alors que tel n'est pas le cas¹⁹⁹. Si tel est le cas, la rédaction de l'interdiction nous paraît cerner de manière bien imprécise l'infraction poursuivie.

103. – *décrire un produit ou un service 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* (art. 104, 19°).

N'est donc pas interdit, au sens de cette disposition, le fait de réclamer le paiement de certains coûts, pour autant cependant qu'ils soient "inévitablement" liés à la réponse à l'offre ou au fait de prendre possession ou livraison de l'article. Ne constituent pas de tels coûts, par exemple, les frais liés à l'envoi d'un SMS surtaxé.

104. On peut se demander si cette disposition n'aurait pas indirectement pour effet d'interdire une catégorie particulière d'offres conjointes, à savoir les offres de primes gratuites liées à l'achat préalable d'un produit ou d'un service. Nous ne le pensons pas, car dans une offre conjointe, le produit ou le service donnant droit à la prime gratuite constitue un coût qui est inévitablement lié à la réponse à l'offre ou à la prise de possession ou à la livraison de l'article. Au demeurant, il semble que le législateur communautaire ait plutôt voulu interdire l'offre faussement gratuite d'articles qui n'est pas conditionnée par l'acquisition préalable d'un autre produit ou service. L'Exposé des Motifs de la proposition de directive rappelle d'ailleurs que l'offre conjointe ne constitue pas une pratique trompeuse ou agressive²⁰⁰.

ii. La liste noire des pratiques commerciales agressives – article 107 (art. 94/11)

105. Cette liste, reprise à l'article 107 de la loi, transpose les points 24 à 31 de l'annexe I de la directive énonçant les pratiques commerciales agressives réputées déloyales en toutes circonstances, à l'exception du point 29 relatif aux ventes pyramidales. L'interdiction de telles pratiques détaillées dans la loi est nouvelle. Auparavant, celles-ci ne pouvaient se voir interdire que par la norme générale figurant à l'article 94, ce qui supposait cependant qu'il soit démontré que la pratique était susceptible de porter atteinte aux intérêts des consommateurs. Cette condition n'est plus requise à présent. Si l'intention du législateur est certes louable, nous verrons que la preuve du comportement incriminé ne sera pas toujours aisée à rapporter. Nous avons regroupé les pratiques interdites en deux catégories, l'une portant sur les pressions d'ordre physique exercées sur le consommateur, l'autre sur des pressions de nature plus psychologique.

1. Les pressions physiques

106. – *donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu* (art. 107, 1°).

Si cette disposition part d'une bonne intention et vise à mettre fin à une pratique particulièrement incommode pour le consommateur, on peut cependant craindre que la jurisprudence n'ait presque jamais à connaître de tels cas, tant la preuve d'un tel comportement semble difficile à rapporter en pratique. Ceci est d'autant plus vrai que la notion d'"impression" donnée au consommateur moyen sera sujette à de nombreuses interprétations en sens divers. On peut également regretter une divergence entre les versions française et néerlandaise, qui vise respectivement les cas où un contrat a été "conclu" ou rédigé ("*opgesteld*"). Il semble toutefois que cette dernière interprétation, particulièrement restrictive, doive céder le pas sur la première²⁰¹. La version anglaise de la directive confirme cette solution²⁰².

107. – *effectuer des visites personnelles au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le vendeur quitter les lieux ou de ne pas y revenir, sans préjudice de dispositions légales ou réglementaires l'autorisant en vue d'assurer l'exécution d'une obligation contractuelle* (art. 107, 2°).

Cette disposition risque de donner lieu aux mêmes problèmes de preuve que ceux posés par la disposition précédente. Il convient également de faire la distinction entre la visite effectuée au domicile du consommateur avant et après qu'un contrat ait été conclu. Dans le premier cas, le vendeur sera

tenu de respecter la volonté du consommateur de le voir quitter les lieux et/ou de ne pas y revenir. Dans le second cas, le vendeur pourra effectuer des visites au domicile du consommateur, pour autant qu'il agisse conformément aux dispositions légales ou réglementaires en vigueur. À cet égard, on peut notamment citer la loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur, dont l'article 2 interdit par exemple "*tout comportement ou pratique qui porte atteinte à la vie privée du consommateur ou est susceptible de l'induire en erreur, ainsi que tout comportement ou pratique qui porte atteinte à sa dignité humaine*".

108. – *se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sans préjudice de dispositions légales ou réglementaires l'autorisant en vue d'assurer l'exécution d'une obligation contractuelle et sans préjudice de l'article 113 et de l'article 14 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information* (art. 107, 3°).

Selon toute vraisemblance, une telle pratique pourrait difficilement être qualifiée d'agressive sur base des critères généraux. Il semble plutôt que le législateur communautaire ait ici voulu interdire une pratique particulièrement incommode pour le consommateur par sa répétition. Son champ d'application vise non seulement les sollicitations par téléphone, télécopieur et e-mail, mais également par tout autre outil de communication à distance (courrier, toute-boîte,...).

109. Conformément à la directive et comme l'indique l'article, cette interdiction ne porte pas préjudice aux autres dispositions prises en exécution des directives européennes en matière de contrats à distance²⁰³ et de commerce électronique²⁰⁴. Ces dispositions sont particulièrement importantes, dans la mesure où elles instaurent un régime plus strict que celui établi par l'article 107, 3° puisqu'elles ne requièrent pas que les sollicitations présentent un caractère répété ou non souhaité. Ainsi, l'article 113 de la loi interdit l'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine et de télécopieurs à des fins personnalisées, sans que le destinataire des messages n'ait donné son consentement préalable, libre, spécifique et informé.

110. – *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 corres-*

²⁰¹ Dans le même sens, cf. J. STUYCK, "Agressieve handelspraktijken", à paraître.

²⁰² Directive 2005/29/CE, annexe I, 24), cette version utilise en effet les termes "*a contract is closed*".

²⁰³ Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

²⁰⁴ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique").

pondances pertinentes, dans le but de dissuader ce consommateur d'exercer ses droits contractuels (art. 107, 4°).

Cette interdiction est une nouvelle illustration du caractère particulièrement large de la notion de “pratique commerciale” qui s'étend également à la phase d'exécution du contrat. Cette disposition ne manquera cependant pas de donner lieu à des interprétations divergentes en cas de litige, notamment en ce qui concerne le caractère pertinent des documents demandés ou le caractère systématique du défaut de réponse de la part de l'assureur.

2. Les pressions psychologiques

111. – *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* (art. 107, 5°).

L'article 107, 5° couvre en réalité deux interdictions, à savoir, d'une part, le fait d'inciter directement les enfants à acheter un produit et, d'autre part, le fait de les inciter à persuader leurs parents ou d'autres adultes de le faire. Comme il a déjà été souligné, cette interdiction témoigne de la volonté du législateur communautaire de protéger certaines catégories vulnérables de consommateurs, en l'occurrence les enfants. Une telle disposition donnera inévitablement lieu à des difficultés d'interprétation et il reviendra à la jurisprudence de tracer la limite entre le fait d'inciter les enfants à persuader des adultes d'acheter un produit et le fait d'éveiller chez les enfants l'envie d'avoir un produit, laquelle pourra influencer la décision des adultes de procéder ou non à l'achat du produit. Une telle question se posera notamment en matière de publicité pour des jouets. L'appréciation devra naturellement se faire au cas par cas en fonction notamment de la manière dont est présentée la publicité, mais il faudra se garder de toute interprétation stricte, à défaut de rendre notamment impossible toute publicité pour des jouets. Il convient également de rappeler que, comme le précise la directive, cet article ne porte pas atteinte à l'article 16 de la directive 89/522 sur la radiodiffusion télévisuelle (“directive télévision sans frontières”), qui établit des règles particulières en matière de publicité télévisée s'adressant aux mineurs.

112. – *informer explicitement le consommateur que s'il n'achète pas le produit ou le service, l'emploi ou les moyens d'existence du vendeur seront menacés* (art. 107, 6°).

Il est donc interdit au vendeur d'informer le consommateur du risque de perte d'emploi ou de moyens d'existence, même dans l'hypothèse où ce risque serait réel. Cette disposition peut être rapprochée de l'ancien article 85, qui interdisait d'offrir en vente ou de vendre en faisant abusivement

état d'actions philanthropiques, humanitaires ou de nature à éveiller la générosité du consommateur. Cet article a été abrogé par la loi du 5 juin 2007.

113. – *donner la fausse impression que le consommateur a déjà gagné ou gagnera, moyennant ou non l'accomplissement de 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* (art. 107, 7°).

La pratique interdite est cependant plus restreinte que celle visée par l'ancien article 23, 10°, actuellement abrogé, car elle implique que le consommateur ait été induit en erreur (“fausse impression”). Pour cette raison aussi, l'article 107, 7° aurait été mieux placé dans la liste noire des pratiques trompeuses que dans celle des pratiques agressives. Dans une certaine mesure, on peut affirmer qu'elle complète la pratique trompeuse qui consiste à affirmer qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable²⁰⁵.

5. Les dispositions communes – articles 108 à 113 (94/12 à 94/17)

114. Dans cette dernière section du nouveau chapitre VI, le législateur a replacé les dispositions qui clôturaient l'ancien chapitre IV sur la publicité, auxquelles il a ajouté les nouvelles sanctions civiles spécifiques à certaines infractions. Les dispositions qui précisaient les personnes contre lesquelles une action en cessation pouvait être intentée du chef de manquement à la réglementation sur la publicité ont été replacées dans le chapitre relatif à l'action en cessation (art. 124)²⁰⁶.

a. La publicité faisant référence à un prix

115. La première disposition reprend les règles qui gouvernent la publicité qui fait référence à des prix. Leur contenu n'a pas été modifié et renvoie toujours aux dispositions relatives à l'indication des prix et des quantités. On observera incidemment que la notion de “consommateur” inclut les personnes morales pour l'application des premiers chapitres de la loi, alors qu'en matière de publicité et de pratiques déloyales, seules des personnes physiques peuvent être des consommateurs²⁰⁷.

^{205.} Cf. *supra*, n° 102.

^{206.} Cf. *infra*, n° 121.

^{207.} Cf. *supra*, n° 29.

b. La charge de la preuve

116. L'article 109 (94/13) reprend l'essentiel des règles relatives à la charge de la preuve, lorsque le ministre ou l'agent commissionné adresse un avertissement à l'annonceur ou au "vendeur" ou lorsqu'une action en cessation est intentée. Elles ont été adaptées pour couvrir non seulement les infractions relatives à la publicité, mais également toutes pratiques déloyales. Le législateur y a ajouté une présomption d'infraction en faveur du ministre et de ses agents si les preuves demandées ne sont pas apportées dans le délai imparti ou si elles "sont jugées insuffisantes".

c. Les sanctions civiles

117. Le nouvel article 110 (94/14) mérite une attention particulière. À la suite de la présomption qui permet d'interpréter les contrats conclus avec le consommateur en fonction des messages publicitaires ou des pratiques commerciales en relation avec ceux-ci, un second paragraphe introduit des sanctions civiles nouvelles en cas d'infraction à certaines dispositions légales. Pour les plus graves d'entre elles ou considérées comme telles, le consommateur peut exiger le "remboursement des sommes payées, sans restitution par celui-ci du produit livré ou du service rendu". Ce droit doit être exercé par le consommateur "dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de son existence". Il peut et doit même l'exercer en dehors de l'intervention du juge, si le délai "raisonnable" l'impose. Si le juge est saisi d'une telle demande, il n'a pas de pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la sanction demandée, dès lors que l'infraction est établie, mais seulement sur le caractère raisonnable du délai de la demande de sanction. Autrefois limitée aux envois forcés, cette sanction civile pourra s'appliquer aux contrats conclus à la suite d'une des pratiques réputées trompeuses en toutes circonstances visées aux articles 104, 12° (affirmations inexactes sur les risques encourus par les personnes quant à leur sécurité), 104, 15° (tromperie sur les chances de gagner aux jeux de hasard) et 104, 16° (tromperie sur les effets d'un produit ou service sur la santé). Parmi les pratiques réputées agressives en toutes circonstances, sont visées les infractions aux articles 107, 1° et 2° (pressions physiques sur le consommateur au lieu de vente ou à son domicile) et 107, 7° (tromperie ou escroquerie en matière de jeu). La même sanction peut être appliquée aux contrats conclus à la suite des autres pratiques déloyales, qu'il s'agisse d'une infraction à l'une des normes générales ou d'une autre pratique visée dans les listes noires des articles 104 et 107. Toutefois, pour ce deuxième groupe d'infractions, le juge

retrouve son pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de prononcer cette sanction civile.

118. Le remboursement des sommes se justifie d'autant plus que le critère d'appréciation qui traverse les nouvelles normes générales de loyauté revient à déterminer si la pratique incriminée aurait conduit le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Pour les infractions de la liste noire, cette preuve ne doit plus être rapportée, mais l'altération du comportement du consommateur nous paraît implicite. Il est difficile de ne pas y voir une correspondance avec le critère similaire dans la théorie des vices de consentement qui conduit à l'annulation du contrat et par voie de conséquence au remboursement des sommes payées. La non-restitution du produit livré ou du service fourni s'écarte plus nettement du droit des obligations et apparaît d'autant plus comme une sanction, qu'elle n'a pas de rapport immédiat avec le dommage subi, quoiqu'en dise le législateur. Manifestement, il a surtout retenu son caractère dissuasif qui trouve, il est vrai, une légitimité dans l'article 13 de la directive 2005/29/CE invitant les États membres à prévoir un régime de sanctions "effectives, proportionnées et dissuasives"²⁰⁸.

d. Autres dispositions

119. Dans cette dernière section du nouveau chapitre VI de la loi, on trouvera encore les pouvoirs réglementaires laissés au Roi en matière de publicité (art. 111) et de la Commission pour l'étiquetage et la publicité écologique (art. 112). Ces pouvoirs ne pourront plus être exercés que dans les limites autorisées par la directive 2005/29/CE pour ce qui concerne les pratiques à l'égard des consommateurs²⁰⁹. Enfin, la section se termine par les anciennes dispositions de l'article 29bis qui étend le principe de l'*opt in* (consentement préalable du destinataire), déjà adopté dans la loi du 11 mars 2003 sur le commerce électronique, à l'utilisation de techniques de communication particulièrement intrusives telles que les systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine et les télécopieurs²¹⁰.

6. Les accords de consommation – articles 115 à 120 (94quater à 94decies)

120. Les accords de consommation ont été introduits dans notre législation par une loi du 15 mai 2007²¹¹. Ils sont conclus au sein de Conseil de la Consommation entre, d'une part, les organisations de consommateurs et, d'autre part, les

^{208.} *Exposé des Motifs, o.c.*, pp. 8, 37 et 38.

^{209.} *Cf. supra*, n^{os} 11 à 13.

^{210.} L'art. 29bis avait été inséré par l'art. 2 de la loi du 24 août 2005 visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques, *Mon. b.* 31 août 2005.

^{211.} Loi du 15 mai 2007 relative aux accords de consommation, *Mon. b.* 21 juin 2007.

organisations professionnelles. Leur objet peut concerner aussi bien les conditions contractuelles que la publicité, les promotions commerciales, la qualité, la sécurité des produits ou encore le règlement des litiges de consommation. La conformité de tels accords par rapport aux règles de concurrence et, le cas échéant, à la réglementation normative européenne méritait d'être sérieusement examinée²¹². Par rapport à la directive relative aux pratiques déloyales, on peut déjà affirmer que la règle selon laquelle "*le non-respect d'un accord de consommation par un vendeur est considéré comme une pratique déloyale au sens des articles 99 et 101*" qui visent les deux nouvelles normes générales de loyauté, est en contradiction formelle avec l'harmonisation totale poursuivie par la directive et le caractère exhaustif des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances²¹³.

C. Les sanctions

1. L'action en cessation – articles 121 à 127 (95 à 100)

121. Autrefois réservée à la publicité, la saisine préventive du président du tribunal de commerce s'élargit à toutes les pratiques déloyales "*lorsqu'elles n'ont pas encore été portées à la connaissance du public ou débuté, mais que leur publication ou leur mise en place est imminente*" (art. 121, al. 2). Toujours en matière de publicité, on retrouve à l'article 124 la règle énoncée à l'ancien article 27 qui prescrit de n'agir que contre l'annonceur de la publicité incriminée et, s'il n'est pas domicilié en Belgique, contre d'autres intervenants énumérés en cascade.

122. Le changement peut-être le plus significatif est la possibilité qu'ont les groupements professionnels et interprofessionnels d'intenter une action en cessation quelle que soit la nature de l'infraction, alors que précédemment, ils ne pouvaient pas agir contre des actes contraires aux usages honnêtes envers le consommateur. Cette restriction a été levée en application d'une disposition de la directive qui invite les États membres à se donner les moyens de lutter efficacement contre les pratiques déloyales, et notamment en permettant

aux personnes et aux organisations ayant un intérêt légitime, "*y compris les concurrents*" à intenter une action en justice²¹⁴.

123. On mentionnera encore les nouvelles sanctions civiles que le président du tribunal peut ou doit prononcer à la demande d'un consommateur lésé par une pratique déloyale et que nous avons commentées plus haut²¹⁵. Quant aux nouvelles compétences du président du tribunal de commerce en matière de propriété intellectuelle introduites par la loi du 10 mai 2007, elles se trouvent désormais à l'article 122²¹⁶.

2. Les sanctions pénales et administratives – articles 128 à 145 (101 à 122)

124. Sous l'insistance de la direction Contrôle et Médiation du Service Public Fédéral de l'Économie, les sanctions pénales et administratives ont été maintenues et même renforcées. Elles constitueraient la seule manière efficace de lutter contre certaines infractions préjudiciables au consommateur²¹⁷. En réalité, peu d'infractions aboutissent devant le tribunal correctionnel, mais cette possibilité facilite la tâche des agents du service et favorise l'acceptation volontaire par les contrevenants des amendes transactionnelles proposées par l'administration et dont le paiement éteint l'action publique (art. 143).

125. Dans son ancienne version, la loi énumérait les infractions qui pouvaient donner lieu à une condamnation à une amende, sans exiger qu'elles aient été commises de mauvaise foi²¹⁸. Le nouvel article 129 la reprend en ajoutant à la liste les envois forcés ainsi que toutes les pratiques déloyales, trompeuses ou agressives à l'égard du consommateur, à l'exception de certaines d'entre elles considérées comme les plus graves. On y retrouve logiquement celles pour lesquelles des sanctions civiles spécifiques ont été prévues²¹⁹, auxquelles vient s'ajouter la vente en chaînes. Pour cette catégorie, une peine d'emprisonnement peut être prononcée, outre des amendes dont le plafond a été doublé (art. 132). D'autres infractions à la loi nécessitent la preuve de la mauvaise foi (art. 130).

²¹². H. SWENNEN, "Consumentenakkoorden in België: een moeilijke weg", *S.E.W.* 2007, liv. 2, 58-65.

²¹³. *Cf. supra*, n° 16.

²¹⁴. Directive 2005/29/CE, art. 11.1.

²¹⁵. *Cf. supra*, n° 117.

²¹⁶. Loi du 10 mai 2007 relative aux aspects de droit judiciaire de la protection des droits de propriété intellectuelle, *Mon. b.* 10 mai 2007. Pour un commentaire de cette réforme, voy. les contributions de F. BRISON, M.C. JANSSENS, A. PUTTEMANS, P. MAEYAERT, F. DE VISSCHER et Ch. RONSE, in *Sanctions et procédures en droit intellectuel*, Larcier, à paraître; A. PUTTEMANS, "Les nouvelles compétences en matière d'action civile pour atteinte aux droits intellectuels", in *Nouveautés en matière d'expertise et de propriété intellectuelle*, Larcier, 2007, pp. 115-149.

²¹⁷. *Exposé des Motifs*, o.c., pp. 41 à 43.

²¹⁸. Ancien art. 102.

²¹⁹. *Cf. supra*, n° 117.

CONCLUSION

126. La transposition de la directive 2005/29/CE sur les pratiques déloyales dans la loi du 14 juillet 1991 n'était pas œuvre facile. L'une et l'autre ont leur propre cohérence. La refonte de la loi sur les pratiques du commerce en 1991 s'inscrivait dans le mouvement dit "consumentariste" de l'époque. Bien que la loi appréhendait tant les relations entre entreprises que celles à l'égard du consommateur, l'accent avait été résolument mis sur une protection "rapprochée" d'un consommateur local prêt à succomber aux chants des sirènes du marketing. Au fil des réformes, les interdictions s'étaient encore accumulées, tandis que nos voisins se distancaient en prenant plutôt le parti d'élaguer. La directive européenne sur les pratiques déloyales sonne le glas du principe de subsidiarité dans la politique des consommateurs et se présente comme une étape essentielle vers la réalisation du grand marché européen des consommateurs. Elle s'appuie sur une conception rafraîchie du consommateur, devenu depuis lors un européen responsable et avisé, dont il ne faut préserver que la capacité de choisir librement et en connaissance de cause.

127. L'option prise par le législateur belge de placer dans un nouveau chapitre l'essentiel des nouvelles règles de la directive européenne tout en maintenant la quasi-totalité des anciennes dispositions de la loi malmène la cohérence de la loi. Les acteurs du marché se trouvent à présent confrontés à deux corps de règles qui poursuivent des objectifs différents, s'organisent autour d'une structure et des notions propres, mais néanmoins placés côte à côte dans le même cadre légal. Là où le législateur européen ambitionnait l'harmonisation et la simplification des règles régissant les pratiques des entreprises à l'égard des consommateurs afin de favoriser les achats transfrontaliers en sécurisant les consommateurs et les entreprises, la loi du 5 juin 2007 va à contre-courant. Elle témoigne dans le chef de ses auteurs d'une conception vieillie des capacités de discernement des consommateurs et d'un manque de vision pour les entreprises de notre pays, nonobstant la position centrale que notre pays occupe dans les échanges commerciaux intracommunautaires. Une transposition sans doute imparfaite de la directive, mais surtout une occasion manquée de jouer pleinement dans le concert européen.