

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'application du droit de l'Union en matière de protection des consommateurs par les juridictions nationales

Jacquemin, Herve

Published in:

Droit de l'Union et contentieux devant les juridictions nationales

Publication date:

2024

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2024, L'application du droit de l'Union en matière de protection des consommateurs par les juridictions nationales: Analyse de certains effets inattendus ou contre-intuitifs de la directive 2005/29/CE. dans P Nihoul (ed.), *Droit de l'Union et contentieux devant les juridictions nationales*. 2024 edn, Commission Université-Palais, Anthemis, Limal, pp. 117-139.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

5

L'APPLICATION DU DROIT DE L'UNION EN MATIÈRE DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS PAR LES JURIDICTIONS NATIONALES

Analyse de certains effets inattendus
ou contre-intuitifs de la directive 2005/29/CE

Hervé JACQUEMIN

professeur ordinaire à l'UNamur, directeur du CRIDS/NADI
avocat au barreau de Bruxelles

Sommaire

Introduction	118
Section 1	
Conformité de certaines pratiques (promotionnelles) à la directive 2005/29/CE	120
Section 2	
Application différenciée de certaines dispositions de la directive 2005/29/CE	134
Conclusion	139

Introduction

1. Niveau d'harmonisation des directives de protection des consommateurs. Les premières directives de protection des consommateurs étaient d'harmonisation minimale. On songe à la directive 85/577/CEE sur les contrats hors établissement¹, à la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives² ou à la directive 97/7/CE sur les contrats à distance³. Les États membres pouvaient par conséquent utiliser la marge de manœuvre qui leur était laissée pour offrir un niveau de protection plus élevé aux consommateurs.

Cette manière de procéder, pour intéressante qu'elle soit dans le chef des consommateurs de certains pays, ne servait assurément pas les objectifs du marché intérieur. Des divergences ont ainsi été constatées entre les législations nationales (avec des délais de rétractation ou de garantie légale différents, par exemple), de nature à compliquer la tâche des entreprises souhaitant vendre leurs biens ou fournir leurs services sur tout le territoire de l'Union. C'est d'autant plus regrettable qu'à partir de la fin des années nonante, les potentialités offertes par l'internet ou les outils numériques en général permettaient aux parties de conclure des contrats en quelques clics et aux biens et services de circuler facilement au-delà des frontières nationales. Pour pallier les écueils résultant des règles nationales différentes, il incombait normalement aux entreprises de prévoir plusieurs versions de leurs conditions contractuelles (et des processus internes correspondants), en fonction des principaux destinataires de leurs produits.

Conscient de ces obstacles, le législateur européen a progressivement mis en œuvre une autre stratégie, en adoptant des directives d'harmonisation maximale (ou complète), voire des règlements. La directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales⁴, la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs⁵ ou la directive 2019/771 sur les contrats de vente de biens⁶ participent de cette tendance.

¹ Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *J.O.C.E.*, L 372, 31 décembre 1985.

² Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, L 95, 21 avril 1993.

³ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, L 144, 4 juin 1997.

⁴ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.C.E.*, L 149, 11 juin 2005.

⁵ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L 304, 22 novembre 2011.

⁶ Directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, *J.O.U.E.*, L 136, 22 mai 2019.

Dans la présente contribution, nous nous limiterons à l'examen de la directive 2005/29/CE⁷ (ci-après, « la directive »). L'harmonisation maximale signifie que, sauf exception, les États membres ne sont pas autorisés à adopter des mesures plus restrictives que celles de la directive, même si l'objectif est d'assurer un niveau de protection plus élevé au bénéfice des consommateurs. La marge de manœuvre des législateurs nationaux devient par conséquent très étroite et, dans les domaines couverts par ce niveau d'harmonisation, ils doivent généralement se contenter de transposer littéralement (ou presque) les dispositions de la directive concernée.

Les objectifs de marché intérieur sont atteints mais, dans certains cas, il n'est pas exclu que les nouvelles règles conduisent à réduire les droits des consommateurs, lorsque le cadre normatif national applicable auparavant était plus protecteur.

2. Focus sur deux conséquences de l'harmonisation maximale. Le choix du législateur européen de privilégier désormais les directives d'harmonisation maximale emporte diverses conséquences, parfois contre-intuitives ou inattendues, auxquelles les praticiens doivent être attentifs. Dans la présente contribution, on choisit d'en aborder deux, en lien avec la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales.

La première est sans doute la plus originale. Vu le champ d'application particulièrement large de la directive et les mesures spécifiques prescrites par celles-ci, des plaideurs astucieux – en Belgique notamment – ont contesté, devant les juridictions nationales, la conformité de certaines législations internes relatives aux pratiques promotionnelles. Comme on le verra, cette question a donné lieu à de longues sagas judiciaires, aux rebondissements multiples, qui ont conduit le législateur belge à amender certaines dispositions légales pour tenter de réduire l'insécurité juridique (*infra*, section 1).

La seconde conséquence pourrait être contre-intuitive à certains égards. L'établissement de règles similaires (voire identiques) au sein des États membres devrait normalement conduire au traitement uniforme des cas de figure visés par celles-ci. Par exemple, et de manière très concrètement, qu'on se trouve en France ou en Belgique, les mêmes pratiques commerciales déloyales devraient, en principe, être interdites. À défaut, l'objectif de l'harmonisation maximale aura manqué son but. À l'analyse, il apparaît cependant que le législateur a utilisé des concepts abstraits et ouverts susceptibles de donner lieu à des interprétations différentes en fonction des juridictions saisies (sous réserve d'une interprétation de la Cour de justice). On examinera dans ce cadre la notion de « consommateur moyen ». On verra aussi qu'un même cas d'espèce peut

⁷ Sur l'harmonisation complète, voy. l'article 4 de la directive. Voy. aussi C.J.U.E., 14 janvier 2010, *Plus*, C-304/08, EU:C:2010:12, point 41 ; C.J.C.E., 23 avril 2009, *VTB-VAB N.V. et Galatea B.V.B.A.*, aff. jtes C-261/07 et C-299/07, EU:C:2009:244, point 52.

donner lieu à des décisions différentes dans les États membres, alors même qu'ils appliquent en principe des règles identiques... (*infra*, section 2).

Section 1

Conformité de certaines pratiques (promotionnelles) à la directive 2005/29/CE

3. Analyse en deux étapes. La conformité à la directive 2005/29/CE de certaines pratiques (promotionnelles) encadrées par le droit belge a donné lieu à de nombreuses décisions des juridictions nationales, y compris de la Cour de cassation, ainsi qu'à plusieurs arrêts ou ordonnances de la Cour de justice⁸. Elles concernent principalement les offres conjointes, les ventes en solde, les ventes à perte ainsi que les annonces de réduction de prix⁹.

⁸ À ce propos, en doctrine, voy. not. L. COX et Ch. GHEUR, « La directive sur les pratiques commerciales déloyales. Analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français », *J.D.E.*, 2008, pp. 201-202; M. DUPONT, « La Cour européenne de justice sonne le glas de l'interdiction des offres conjointes », *J.T.*, 2009, pp. 423-424; L. DE BROUWER, « La Cour de justice des Communautés européennes précise le champ d'application de la directive 2005/29/CE à propos des offres conjointes », *R.D.C.*, 2009, p. 785; E. TERRY, « Koppelvekoop en andere per se verboden in de WHPC (toekomstige Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming) na het VTB-VAB-arrest van het Europees Hof van Justitie », *R.W.*, 2009-2010, pp. 1247 et s.; H. DE BAUW, « De impact van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken op de regeling van de verkoopromoties onder de WHPC », *D.C.C.R.*, 2006, pp. 19 et s.; F. LONGFELS, « Propos sur les instruments financiers dans l'offre conjointe et sur la directive CE 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales », *Dr. banc. fin.*, 2008, pp. 234 et s.; H. JACQUEMIN, « L'interdiction des annonces de réduction de prix en période d'attente à l'aune de la directive sur les pratiques commerciales déloyales », note sous Cass., 2 novembre 2012, *D.A.O.R.*, 2013, n° 105-106, pp. 211-220; J.-S. LENAERTS, « Les annonces de réduction de prix en période d'attente (présoldes) : les entreprises entre le marteau et l'enclume ? », note sous Cass., 2 novembre 2012, *J.T.*, 2013, pp. 220 et s.; D. CHAVAL et G. RUE, « *Errare humanum est, perseverare diabolicum*... La loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur n'est plus appliquée », note sous Corr. Nivelles, 5 juillet 2013, *D.A.O.R.*, 2013, n° 108, pp. 444 et s.; J. STRUYCK, « "Much ado about nothing"? Een nieuwe etappe in de justiciële saga rond de sperperiodes », *R.D.C.*, 2014, pp. 395 et s.; G. STRAETMANS, « De Belgische sperperioderegeling herbezocht », *D.C.C.R.*, 2015, pp. 45 et s.; Z. VANHOYLAND, « De sperperiode-saga : eindpunt onder de WHPC maar onzekerheid onder Boek VI WER », *Ann. Prat. marché*, 2020, pp. 79 et s.

⁹ S'agissant des annonces de réduction de prix, on peut également mentionner le recours en manquement introduit par la Commission contre la Belgique, en raison notamment de l'obligation de mentionner un prix de référence conformément aux articles 20, 21 et 29 de la L.P.M.C. La Cour de justice a jugé que la Belgique avait manqué à ses obligations (C.J.U.E., 10 juillet 2014, *Commission c. Belgique*, C-421/12, EU:C:2014:206, points 49 et s. — sur cet arrêt, voy. H. JACQUEMIN, « Arrêt "Commission c. Belgique" : application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales aux professions libérales et caractère limitatif de la liste des pratiques déloyales en toutes circonstances », *J.D.E.*, 2014, pp. 380 et s.). Les dispositions litigieuses ont ensuite été modifiées ou supprimées, avant d'être réintroduites, sous une forme relativement similaire, aux articles 18 et suivants du Code de droit économique, pour transposer la directive Omnibus (directive (UE) 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, *J.O.U.E.*, L 328, 18 décembre 2019). Dans la mesure où cette affaire ne concerne pas un litige porté devant les juridictions nationales, elle ne sera pas analysée directement.

Les enseignements tirés de cette jurisprudence nous amènent à suivre un raisonnement en deux étapes. Après avoir déterminé si la pratique encadrée par la législation nationale entre dans le champ d'application de la directive, question de loin la plus discutée (point A), il convient de vérifier si elle figure dans la liste des pratiques commerciales déloyales interdites en toutes circonstances (point B).

A. À titre d'illustration, retour sur trois affaires emblématiques portées devant les juridictions belges

4. Affaires *VTB-VAB* et *Galatea B.V.B.A.* Dans le litige jugé par la Cour de justice le 23 avril 2009, sur questions préjudicielles, deux affaires sont jointes¹⁰.

La première oppose VTB-VAB à Total Belgium : elle lui reproche d'avoir proposé aux titulaires d'une carte *Total Club* trois semaines d'assistance au dépannage gratuite, secteur dans lequel VTB est également active. Une action en cessation a par conséquent été introduite devant le président du tribunal de commerce d'Anvers, au motif que la pratique incriminée constituerait une offre conjointe, interdite à l'époque en droit belge par l'article 54 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur¹¹ (L.P.C.C.).

Dans la seconde affaire, l'offre conjointe a été réalisée par Sanoma, l'éditeur du périodique *Flair*, qui offrait à ses lecteurs des réductions sur des produits de lingerie. La pratique est contestée par un magasin de lingerie qui n'a pas été associé au projet et qui a introduit une action en cessation devant le Président du tribunal de commerce d'Anvers.

Les procédures datent du premier trimestre 2007. La juridiction anversoise décide de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice, qui joint logiquement les deux affaires.

En substance, la question posée est de savoir si l'interdiction des offres conjointes prévue en droit belge est conforme à la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales.

C'est dans cette affaire, et ensuite dans les affaires *Plus* et *Mediaprint*¹², que la Cour de justice détaillera le raisonnement à suivre pour analyser la conformité d'une disposition nationale à la directive.

5. Affaire *Inno*. Ce litige oppose l'UNIZO, Mode Unie et Couture Albert à l'Inno. Les parties demandereses reprochent à cette dernière d'avoir

¹⁰ C.J.C.E., 23 avril 2009, *VTB-VAB N.V. et Galatea B.V.B.A.*, aff. jtes C-261/07 et C-299/07, EU:C:2009:244.

¹¹ *M.B.*, 29 août 1991.

¹² C.J.U.E., 14 janvier 2010, *Plus*, C-304/08, EU:C:2010:12; C.J.U.E., 9 novembre 2010, *Mediaprint*, C-540/08, EU:C:2010:660.

violé l'article 53, § 1^{er}, de la L.P.C.C., applicable à l'époque des faits, et qui interdisait les annonces de réduction de prix pendant la période d'attente (courant du 15 novembre 2007 au 2 janvier 2008). Par courrier reçu le 20 décembre 2007, des clients de l'Inno¹³ avaient été informés qu'ils pourraient bénéficier d'une réduction de prix entre le 26 et le 31 décembre 2007. Une action en cessation est par conséquent introduite contre la chaîne de grands magasins.

Par jugement du 18 juin 2008, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a décidé que la pratique incriminée constituait un acte de concurrence déloyale, en ce qu'il méconnaissait l'article 53, § 1^{er}, de la L.P.C.C. La décision a été confirmée en appel le 12 mai 2009¹⁴. Il faut souligner que la cour d'appel a refusé de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, en vue d'établir si l'interdiction des annonces de réduction de prix prescrite par l'article 53, § 1^{er}, de la L.P.C.C. était contraire aux dispositions de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales. Elle juge en effet que tel n'est pas le cas dès lors que cette disposition règle uniquement les relations concurrentielles entre commerçants.

Un pourvoi en cassation est formé contre cette décision et une longue saga judiciaire s'ensuivra, donnant lieu à une ordonnance de la Cour de justice¹⁵ et à deux arrêts de la Cour de cassation. Le litige s'est terminé par un arrêt rendu par la cour d'appel de Gand le 3 février 2020. Nous reviendrons sur ces décisions dans la suite de l'analyse (*infra*, n° 9).

Dans ce litige, la question posée est en substance la suivante : l'interdiction des annonces de réduction de prix pendant la période d'attente précédant les soldes, telle que prévue en droit belge, est-elle conforme à la directive 2005/29/CE ?

6. Affaire Euronics Belgium. Dans cette affaire, Euronics Belgium veut obtenir la cessation des pratiques promotionnelles de deux entreprises, auxquelles elle reprochait de vendre à perte des appareils photographiques. La vente à perte était en effet interdite par l'article 101 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (L.P.M.C.), applicable à l'époque des faits.

Le président du tribunal de commerce de Gand décide de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, à laquelle celle-ci répond par voie d'ordonnance¹⁶.

Ce litige sera également soumis à la Cour de cassation, après un arrêt de la cour d'appel de Gand décidant que l'objectif des dispositions interdisant la

¹³ Plus précisément, il s'agit des titulaires d'une carte *Advantage* ayant effectué au moins deux achats entre septembre 2006 et le 30 novembre 2007.

¹⁴ Bruxelles, 12 mai 2009, *Ann. Prat. comm.*, 2009, p. 252.

¹⁵ C.J.U.E., ordonnance du 15 décembre 2011, *Inno*, C-126/11, EU:C:2011:851.

¹⁶ C.J.U.E., 7 mars 2013, *Euronics Belgium*, C-343/12, EU:C:2013:154.

vente à perte était de protéger les intérêts des consommateurs. Cette jurisprudence sera également analysée dans la suite de la contribution (*infra*, n° 10).

La question que les juridictions saisies étaient appelées à trancher était la suivante : l'interdiction des ventes à perte, telle que prévue en droit belge, est-elle conforme à la directive 2005/29/CE ?

B. La pratique incriminée entre-t-elle dans le champ d'application de la directive 2005/29/CE ?

7. Champ d'application de la directive 2005/29/CE. La directive s'applique aux *pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs*¹⁷. La notion vise « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs »¹⁸.

D'un point de vue *positif*, il s'agit d'une formulation particulièrement large, susceptible de couvrir de très nombreuses pratiques. Dans l'affaire *VTB-VAB*, la Cour de justice juge logiquement que ces critères sont rencontrés dans la mesure où « les offres conjointes constituent des actes commerciaux s'inscrivant clairement dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opérateur et visant directement à la promotion et à l'écoulement des ventes de celui-ci »¹⁹. Tel est également le cas des annonces de réduction de prix²⁰ et des ventes à perte²¹.

D'un point de vue *négatif*, la directive ne doit cependant pas être observée si la pratique relève des hypothèses dans lesquelles le législateur national retrouve sa marge de manœuvre²² : la directive s'applique en effet sans préjudice du droit des contrats²³ ou des dispositions nationales relatives à la santé et à la sécurité des produits²⁴. Les prescriptions légales concernant le bon goût et la bienséance sont également exclues²⁵, tout comme « les pratiques commerciales déloyales qui

¹⁷ Art. 3, § 1^{er}, de la directive.

¹⁸ Art. 2, d), de la directive.

¹⁹ C.J.C.E., 23 avril 2009, *VTB-VAB N.V. et Galatea B.V.B.A.*, aff. jtes C-261/07 et C-299/07, EU:C:2009:244, point 50.

²⁰ C.J.U.E., 10 juillet 2014, *Commission c. Belgique*, C-421/12, EU:C:2014:206, point 54.

²¹ C.J.U.E., 7 mars 2013, *Euronics Belgium*, C-343/12, EU:C:2013:154, point 22 : les ventes à perte, qui fonctionnent en effet « comme un procédé d'appel, ont pour objectif d'attirer des consommateurs dans les locaux commerciaux d'un commerçant et d'inciter lesdits consommateurs à procéder à des achats. Elles s'inscrivent donc dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opérateur et visent directement à la promotion et à l'écoulement des ventes de celui-ci ».

²² Outre les hypothèses citées, voy. les différents cas de figure mentionnés à l'art. 3 de la directive et aux considérants 6 et s.

²³ Art. 3 (2) de la directive.

²⁴ Art. 3 (3) de la directive.

²⁵ Considérant 7 de la directive.

portent atteinte uniquement aux intérêts économiques des concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels »²⁶.

C'est ce dernier critère qui a donné lieu aux longs développements judiciaires dans les affaires *Inno* et *Euronics Belgium*.

Dans ces affaires, il n'est pas contesté que les mesures – interdiction des annonces de réduction de prix et des ventes à perte – visent à protéger les intérêts économiques des concurrents. Il s'agit plus précisément de protéger les classes moyennes et les petites entreprises qui, à la différence des grandes enseignes, ne peuvent pas se permettre, sur le plan économique, d'offrir des réductions de prix à tout moment, voire de vendre à perte.

Encore faut-il établir si les pratiques ainsi encadrées (i) ont pour *unique objectif* de prévenir les atteintes aux intérêts des autres entreprises, ou (ii) si elles poursuivent cette finalité tout en *protégeant également* les intérêts des consommateurs.

Seules les hypothèses ressortissant à la seconde branche de l'alternative constituent des pratiques commerciales à l'égard des consommateurs, couvertes par la directive. L'analyse doit par conséquent se poursuivre (*cf. infra*, C).

En revanche, si la pratique a uniquement pour but de protéger les intérêts des concurrents, sans poursuivre d'objectif de protection des consommateurs, la directive n'est, en toute logique, pas applicable et, sans préjudice de l'application éventuelle d'autres réglementations européennes, le législateur belge est libre de régir cette pratique comme il l'entend.

Il en résulte qu'une fine analyse des finalités poursuivies par le législateur en interdisant (ou en régulant) les pratiques incriminées doit être menée.

8. Illustration dans l'affaire *Inno*. À la suite des décisions d'instance²⁷ et d'appel²⁸, l'*Inno* est condamnée à cesser la pratique litigieuse, pour contrariété aux dispositions de la L.P.C.C., qui interdisent les annonces de réduction de prix pendant la période d'attente.

Un pourvoi en cassation a été introduit par l'*Inno* et la Cour a posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, en vue d'établir si l'interdiction des annonces de réduction de prix prescrite par l'article 53, § 1^{er}, de la L.P.C.C. était contraire aux dispositions de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales²⁹. Plus précisément, il fallait déterminer si l'hypothèse entraînait dans le champ d'application de la directive et constituait une pratique commerciale d'une entreprise vis-à-vis d'un consommateur.

²⁶ Considérant 6 de la directive. À ce sujet, voy. C.J.U.E., 14 janvier 2010, *Plus*, C-304/08, EU:C:2010:12, points 38-40; C.J.U.E., 9 novembre 2010, *Mediaprint*, C-540/08, EU:C:2010:660, points 17 et s. (analyse de la conformité d'une interdiction qui, outre la protection des consommateurs, vise aussi le maintien du pluralisme de la presse ou la protection des concurrents plus faibles).

²⁷ Comm. Bruxelles, prés., 18 juin 2008, *Ann. Prat. comm.*, 2008, p. 318, note H. DE BAUW.

²⁸ Bruxelles, 12 mai 2009, *Ann. Prat. comm.*, 2009, p. 252.

²⁹ Cass., 21 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 594, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1563.

La Cour de justice a jugé qu'il ne lui appartenait pas d'établir les finalités poursuivies par une disposition nationale, s'agissant d'une compétence de la juridiction de renvoi³⁰. Aussi s'est-elle bornée à donner des « indications » pour permettre à cette dernière de trancher le litige dont elle est saisie. Concrètement, elle a rappelé les principes tirés de sa jurisprudence antérieure, sans y ajouter d'éléments nouveaux : c'est d'ailleurs ce qui explique que, dans l'affaire *Wamo* et la présente affaire *Inno*, elle se prononce par la voie d'une ordonnance motivée (et pas d'un arrêt)³¹. Elle conclut ainsi que la directive sur les pratiques commerciales déloyales « s'oppose à une disposition nationale [...] qui prévoit une interdiction générale des annonces de réduction de prix et de celles suggérant une telle réduction au cours de la période précédant celle des ventes en solde, pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs »³².

Il revenait donc à la Cour de cassation de déterminer les finalités poursuivies par l'article 53, § 1^{er}, de la L.P.C.C. ; or, il semble que la position de notre Cour suprême a évolué, entre l'arrêt du 21 février 2011 (qui pose la question préjudicielle) et celui du 2 novembre 2012 (qui fait suite à l'ordonnance de la Cour de justice).

Dans l'arrêt du 21 février 2011, la Cour considère que « le législateur a justifié cette mesure par un double but, d'une part la protection et l'information du consommateur en assurant la transparence et la vérité des prix appliqués immédiatement avant et pendant les périodes de soldes et, d'autre part, l'égalité des chances de vente et la protection du petit commerce en garantissant de saines conditions de concurrence entre différentes sortes de commerçants »³³.

³⁰ Elle juge en effet que « la procédure établie à l'article 267 T.F.U.E. se fonde, selon une jurisprudence constante, sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, cette dernière étant uniquement habilitée à se prononcer sur l'interprétation ou la validité des actes de l'Union visés à cet article. Dans ce cadre, il n'appartient pas à la Cour d'apprécier l'interprétation des dispositions du droit national ou de juger si l'interprétation que la juridiction nationale en donne est correcte (voir, notamment, arrêt du 7 octobre 2010, *dos Santos Palhota e.a.*, C-515/08, non encore publié au *Recueil*, point 18 et jurisprudence citée) » (C.J.U.E., ordonnance du 15 décembre 2011, *Inno*, C-126/11, EU:C:2011:851, point 25 ; voy. aussi C.J.U.E., ordonnance du 30 juin 2011, C-288/10, *Wamo*, point 27).

³¹ La C.J.U.E. juge ainsi qu'« en vertu de l'article 104, paragraphe 3, premier alinéa, de son règlement de procédure, lorsque la réponse à une question posée à titre préjudiciel peut être clairement déduite de la jurisprudence, la Cour peut, après avoir entendu l'avocat général, à tout moment, statuer par voie d'ordonnance motivée comportant référence à la jurisprudence en cause. La Cour estime que tel est le cas dans la présente affaire dans la mesure où la réponse à la question posée peut être clairement déduite des arrêts du 14 janvier 2010, *Plus Warenhandelsgesellschaft* (C-304/08, *Rec. p.* I-217, points 35 à 51), et du 9 novembre 2010, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* (C-540/08, non encore publié au *Recueil*, points 15 à 38), ainsi que de l'ordonnance *Wamo*, précitée (points 20 à 40) » (C.J.U.E., ordonnance du 15 décembre 2011, *Inno*, C-126/11, EU:C:2011:851, points 18-19).

³² C.J.U.E., ordonnance du 15 décembre 2011, *Inno*, C-126/11, EU:C:2011:851.

³³ Voy. l'exposé des motifs du projet de loi modifiant les articles 52, 53 et 68 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 48-1158/1, p. 2 ; le rapport fait au nom de la Commission de l'Économie par Mme Van Der Wildt, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1993-1994, n° 862/2, pp. 5-6 ; C.A., 2 mars 1995, n° 20/95, B.5. et les autres réf. citées.

Elle note cependant, et cela ressort clairement des termes mêmes de la question préjudicielle posée à la C.J.U.E., que nonobstant ce double objectif du législateur, « la mesure imposée tend en réalité à régler la concurrence entre commerçants et, eu égard aux autres garanties visées par la loi, ne contribue pas réellement à protéger les consommateurs »³⁴. Une distinction est ainsi faite entre les finalités déclarées (ou formelles), telles qu'elles résultent des travaux préparatoires, et les finalités réelles de la mesure, qui sont notamment déduites de l'examen des autres dispositions de la loi. Sur ce point, on relève que la Cour de justice ne tranche pas la question de savoir si l'une de ces finalités, plutôt que l'autre, doit être privilégiée par la juridiction de renvoi³⁵.

Par arrêt du 2 novembre 2012³⁶, la Cour de cassation décide que la mesure visée par l'article 53, § 1^{er}, de la L.P.C.C. entre dans le champ d'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales dans la mesure où le législateur avait notamment pour objectif de protéger le consommateur. On note d'ailleurs qu'elle omet volontairement de mentionner le point 29 de l'ordonnance, précité, pour se référer uniquement à ceux qui lui sont directement antérieur et postérieur (les points 28 et 30). Aussi casse-t-elle l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 12 mai 2009.

L'affaire est ensuite renvoyée devant la cour d'appel d'Anvers qui décide, le 6 février 2014, de statuer de manière autonome quant à la solution du litige et de considérer, contrairement à la Cour de cassation, que la disposition litigieuse n'a pas pour objectif de protéger le consommateur³⁷. Il en résulte que, d'après elle, l'hypothèse sort du champ d'application de la directive. À l'instar de la cour d'appel de Bruxelles (dans son arrêt du 12 mai 2009), et sous une réserve mineure, elle juge l'appel non fondé.

Un second pourvoi est introduit. Par arrêt du 29 octobre 2015³⁸, la Cour de cassation se prononce en chambres réunies et décide que « le législateur n'a pas seulement envisagé formellement un double but, mais [...] il a également effectivement et de manière motivée visé, outre les intérêts économiques des concurrents, à protéger et à informer le consommateur en assurant la transparence et l'exactitude des prix appliqués immédiatement avant et pendant la période de soldes ». L'arrêt de la cour d'appel d'Anvers est par conséquent cassé : l'hypothèse entre dans le champ d'application de la directive 2005/29/CE et l'article 53, § 1^{er}, de la L.P.C.C. est donc contraire à celle-ci.

³⁴ La Cour de justice avait d'ailleurs fait une telle lecture de l'arrêt du 21 décembre 2011 en énonçant qu'« une disposition nationale telle que celle en cause au principal n'est pas susceptible de relever du champ d'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales si elle se limite seulement, comme le considère la juridiction de renvoi, à réglementer les relations concurrentielles entre commerçants et ne poursuit pas des finalités tenant à la protection des consommateurs » (point 29).

³⁵ En ce sens, Gand, 3 février 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 60, note Z. VANHOYLAND.

³⁶ Cass., 2 novembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2085.

³⁷ Anvers, 6 février 2014, *R.D.C.*, 2014, p. 177.

³⁸ Cass., 29 octobre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2440.

L'affaire est ensuite renvoyée vers la cour d'appel de Gand qui, par arrêt du 3 février 2020³⁹, réforme le jugement du 18 janvier 2008, et juge l'action intentée contre l'Inno recevable mais non fondée.

9. Illustration dans l'affaire *Euronics Belgium*. Pour des motifs similaires à ceux de l'affaire *Inno*, la Cour de justice décide de statuer par voie d'ordonnance⁴⁰. Dans ce litige également, la première question à se poser est de savoir si l'interdiction des ventes à perte entre dans le champ d'application de la directive 2005/29/CE.

Comme le note la Cour, dans la décision de renvoi, le président du tribunal de commerce de Gand a relevé que la mesure visait à encadrer les relations entre les opérateurs économiques et qu'elle avait aussi pour but de protéger les consommateurs⁴¹. La directive serait donc d'application et, après avoir constaté que la mesure constituait bien une pratique commerciale (*supra*, n° 8), la Cour vérifie si elle figure dans la liste des pratiques déloyales en toutes circonstances (*infra*, n° 13)⁴².

La Cour de cassation s'est également prononcée et, par arrêt du 16 septembre 2016, elle a jugé que l'interdiction des ventes à perte avait pour but de protéger les consommateurs⁴³ et devait donc se conformer aux dispositions de la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Plus précisément, elle se réfère aux travaux préparatoires et note que « le législateur poursuivait non seulement formellement un double objectif, mais aussi effectivement et de manière motivée la protection des consommateurs, outre les intérêts économiques des concurrents et des consommateurs. Il a été précisé, à ce propos, que la vente à perte est pratiquée par les grandes entreprises qui utilisent des prix à perte afin de pouvoir vendre aux clients qu'ils ont attirés dans leurs magasins avec des prix bas, d'autres produits dont la marge bénéficiaire est plus importante, que cette

³⁹ Gand, 3 février 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 60, note Z. VANHOYLAND.

⁴⁰ C.J.U.E., 7 mars 2013, *Euronics Belgium*, C-343/12, EU:C:2013:154, points 15-16.

⁴¹ *Ibid.*, point 18. En tant que telle, la Cour ne se prononce donc pas sur la question de savoir si l'objectif de l'article 101 de la L.P.C.C. est de protéger les consommateurs, cette compétence appartenant à la juridiction de renvoi : elle juge d'ailleurs que « la directive sur les pratiques commerciales déloyales doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte, pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs » (nous soulignons).

⁴² S'agissant des ventes à perte, voy. aussi C.J.U.E., 19 octobre 2017, *Europamur Alimentación S.A.*, C-295/16, EU:C:2017:782. Dans cette affaire, la finalité de protection du consommateur est déduite de l'exposé des motifs de la loi espagnole, du cas concret qui lui est soumis (ventes entre grossistes et petits commerçants, qui ont de répercussions sur le consommateur – cf. point 35 de l'arrêt), et de la sanction prononcée par l'administration régionale (point 36 de l'arrêt). En conclusion, la Cour décide que « la directive sur les pratiques commerciales déloyales doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui contient une interdiction générale de proposer à la vente ou de vendre des biens à perte et qui prévoit des motifs de dérogation à cette interdiction fondés sur des critères ne figurant pas dans cette directive » (point 43).

⁴³ Cass., 16 septembre 2016, *Pas.*, 2016, p. 1731, *Ann. Prat. marché*, 2016, p. 168, note L. SNAUWAERT, *R.D.C.*, 2018, p. 555, note G. STRAETMANS.

pratique peut donner lieu à la disparition de commerce de détail, que le consommateur a intérêt à ce que suffisamment de canaux de distribution alternatifs subsistent, particulièrement les commerces de détail qui veillent à ce que le service soit meilleur, et que la vente à perte peut y contribuer ».

10. Intervention du législateur belge pour clarifier les objectifs poursuivis. Lors de l'introduction du livre VI dans le Code de droit économique⁴⁴, pour clarifier la situation – en empêcher d'invalider les règles en vigueur –, le législateur belge a ajouté ces mots au début des articles VI.25 (réglementant la vente en solde) et VI.116 (sur les ventes à perte) : « afin d'assurer des pratiques honnêtes du marché entre les entreprises... ».

Les travaux préparatoires insistent sur la volonté du législateur d'exprimer la finalité de la disposition⁴⁵, sans toutefois faire de référence explicite à la directive 2005/29/CE ou à la jurisprudence de la Cour de justice. Ce faisant, et dès lors que les règles auraient désormais pour seule finalité de protéger les intérêts économiques des entreprises, la directive sur les pratiques commerciales déloyales n'est pas applicable et le législateur belge est libre de légiférer comme il l'entend.

C. Dans l'affirmative, la pratique figure-t-elle dans la liste des pratiques déloyales en toutes circonstances ?

11. Liste exhaustive de pratiques déloyales en toutes circonstances. Pour déterminer si une pratique est déloyale conformément au régime prévu par la directive 2005/29/CE, trois hypothèses doivent être distinguées.

Dans un premier temps, il convient de vérifier si elle figure dans la liste des 35 pratiques réputées déloyales en toutes circonstances. Dans ce cas, elle peut être interdite purement et simplement par le législateur belge. Partant du postulat de rationalité du législateur, on peut normalement s'attendre à ce qu'une telle interdiction figure à l'article VI.101 (pour les pratiques trompeuses) ou à l'article VI.103 (pour les pratiques agressives) du C.D.E.

Si la pratique commerciale ne figure pas dans ladite liste, elle ne peut être interdite que si les conditions énoncées aux articles 6 à 9 de la directive – ou aux dispositions correspondantes de la loi de transposition – pour réputer la pratique commerciale trompeuse ou agressive, et donc déloyale (norme semi-générale)⁴⁶, sont réunies. En dehors des deux hypothèses précitées, la pratique commerciale pourrait encore être interdite si « a) elle est contraire aux exigences

⁴⁴ Loi du 21 décembre 2013 portant insertion du livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres I^{er} et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013.

⁴⁵ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 53-3423/001, pp. 27-28.

⁴⁶ Art. 5, § 4, de la directive.

de la diligence professionnelle et b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs » (norme générale)⁴⁷.

Pour l'application de la norme semi-générale ou de la norme générale, une analyse au cas par cas doit être menée, pour démontrer que les conditions – plus ou moins larges – posées par ces règles ont été satisfaites en l'espèce. L'analyse est sensiblement différente en ce qui concerne la liste des pratiques déloyales en toutes circonstances puisqu'il « suffit » d'établir que le consommateur se trouve dans la situation – assez spécifique et casuistique – énoncée dans la liste.

Une interdiction pure et simple n'est donc pas permise en droit national, en dehors de ces 35 hypothèses. En pratique, dans la mesure où le législateur national a normalement transposé les critères de la norme semi-générale et de la norme générale en droit national (*cf.* art. VI.93 et s. du C.D.E. en droit belge), il nous paraît superflu et inutile de rappeler systématiquement que telle pratique particulière est autorisée, sauf si elle est déloyale conformément à ces critères (et donc interdite). C'est pourtant la voie que le législateur belge a suivie pour les offres conjointes : l'article VI.80 énonce en effet que « l'offre conjointe au consommateur est autorisée pour autant qu'elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale au sens des articles VI.93 et suivants ».

12. Application en jurisprudence. Le raisonnement présenté au point précédent est rappelé et mis en œuvre par la Cour de justice et les juridictions belges.

Ainsi, dans l'affaire *VTB-VAB*, le raisonnement suivant est détaillé :

« 59 [...] Force est de constater que, en établissant une présomption d'illégalité des offres conjointes, une réglementation nationale telle que celle en cause au principal ne répond pas aux exigences posées par la directive.

60 En effet, d'abord, l'article 54 de la loi de 1991 établit le principe de l'interdiction des offres conjointes, alors même que de telles pratiques ne sont pas visées à l'annexe I de la directive.

61 Or, comme il a été rappelé au point 56 du présent arrêt, cette annexe énumère de manière exhaustive les seules pratiques commerciales interdites en toutes circonstances, lesquelles ne doivent, dès lors, pas faire l'objet d'un examen au cas par cas.

62 Ainsi, la directive s'oppose au régime institué par l'article 54 de la loi de 1991 en ce que cet article prohibe, de manière générale et préventive, les offres conjointes indépendamment de toute vérification de leur caractère déloyal au regard des critères posés aux articles 5 à 9 de la directive.

⁴⁷ Art. 5, § 2, de la directive.

63 Ensuite, en opérant de la sorte, une règle du type de celle en cause au principal se heurte au contenu de l'article 4 de la directive qui interdit expressément aux États membres de maintenir ou d'adopter des mesures nationales plus restrictives, même lorsque de telles mesures visent à assurer un niveau de protection plus élevé des consommateurs »⁴⁸.

Au terme d'un raisonnement similaire, la Cour de cassation a jugé, dans les affaires spécifiques qui lui étaient soumises, que l'interdiction des annonces de réduction de prix pendant la période d'attente, ainsi que l'interdiction des ventes à perte avaient pour but de protéger les intérêts des consommateurs⁴⁹. Dès lors que ces pratiques ne figurent pas dans la liste des pratiques déloyales en toutes circonstances, le législateur belge ne pouvait pas les interdire purement et simplement. Aussi incombait-il aux juridictions de renvoi de ne pas appliquer ces règles et, en principe, de déclarer l'action de cessation non fondée.

D. Considérations critiques et perspective

13. Divergences d'interprétation quant à l'objectif des mesures.

En matière d'annonces de réduction de prix pendant la période d'attente et de ventes à perte, la Cour de cassation belge a finalement jugé que l'objectif des mesures était de protéger les intérêts des consommateurs. Comme on l'a vu, l'identification de ces objectifs est loin d'être évidente ; en témoignent les positions différentes adoptées par les cours d'appel de Bruxelles ou d'Anvers.

À titre personnel, nous partageons davantage la position avancée par la Cour de cassation dans son arrêt du 21 février 2011, suivant laquelle la finalité réelle de l'interdiction des annonces de réduction de prix n'est pas de protéger les consommateurs.

D'après nous, l'objectif annoncé dans les travaux préparatoires et la volonté du législateur (qui pourrait ne pas être suivie d'effets) sont secondaires. Le plus important est de déterminer la finalité réelle de la mesure et, en cas de conflit entre des objectifs concurrents, opter pour celui qui est prépondérant⁵⁰.

Ainsi, d'un point de vue économique, l'intérêt du consommateur est de bénéficier d'annonces de réduction de prix, y compris pendant la période précédant directement les soldes (l'interdiction ne serait donc pas à son avantage). Quant aux travaux préparatoires, ils énoncent que : « le consommateur a tout intérêt à être clairement renseigné sur les prix tels qu'ils sont réellement pratiqués par les entreprises concurrentes. Ce n'est qu'à la condition de voir clairement le prix pratiqué pendant une période d'attente d'une durée significative,

⁴⁸ C.J.C.E., 23 avril 2009, *VTB-VAB N.V. et Galatea B.V.B.A.*, aff. jtes C-261/07 et C-299/07, EU:C:2009:244. Voy. aussi, par ex., C.J.U.E., 10 juillet 2014, *Commission c. Belgique*, C-421/12, EU:C:2014:206, points 55 et s.

⁴⁹ Cass., 16 septembre 2016, *Pas.*, 2016, p. 1731, *Ann. Prat. marché*, 2016, p. 168, note L. SNAUWAERT, *R.D.C.*, 2018, p. 555, note G. STRAETMANS ; Cass., 29 octobre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2440.

⁵⁰ Discutant de cette position, et présentant des arguments *contra*, voy. Z. VANHOYLAND, « De sperperiode-saga : eindpunt onder de WHPC maar onzekerheid onder Boek VI WER », *op. cit.*, pp. 87 et s.

que le consommateur pourra juger de l'intérêt des soldes qui lui sont proposées par la suite »⁵¹. D'après le législateur, lorsque des annonces de réduction de prix (en période d'attente) précèdent d'autres annonces de réduction de prix (en période de soldes), le risque existe que le consommateur ne soit pas en mesure de vérifier si les réductions pratiquées pendant les soldes sont bien réelles. Autrement dit, le nouveau prix pourrait ne pas être effectivement plus bas que l'ancien prix, sans que le consommateur puisse s'en apercevoir. Certes, le risque ne doit pas être écarté mais il est totalement *disproportionné* d'interdire purement et simplement les annonces de réduction de prix pendant la période d'attente pour s'en prémunir. Il suffit en effet de prévoir des mécanismes efficaces qui garantissent que le consommateur bénéficie effectivement d'une réduction de prix pendant les soldes (et pendant les présoldes). De tels mécanismes existent. Malheureusement, la Cour de cassation semble s'en tenir aux intentions figurant dans les travaux préparatoires, sans les mettre en perspective avec les autres dispositions de la loi ou les inconvénients, nettement plus importants, résultant d'un maintien de l'interdiction.

C'est le même raisonnement qui est suivi pour les ventes à perte : dans une logique strictement économique, l'intérêt du consommateur est de bénéficier des prix les plus bas. Sans l'interdiction, le législateur voit toutefois le risque d'une disparition des commerces de proximité, qui aura en fin de compte un impact négatif sur le consommateur. Si cet effet est réaliste, on peut se demander si les conséquences de cette interprétation ne sont pas disproportionnées et si des mesures alternatives, moins préjudiciables aux consommateurs et qui affecteraient uniquement les entreprises concernées, ne pourraient être trouvées.

Donner la priorité aux effets formellement annoncés plutôt qu'aux effets réellement engendrés par la mesure, dans le respect du principe de proportionnalité, présente également le risque de voir le législateur affirmer, de manière péremptoire, un objectif théorique, ou de modifier celui-ci à des fins opportunistes, dans le seul but de préserver la légalité de sa mesure. C'est clairement ce qui a été fait aux articles VI.25 et VI.116, avec l'indication du but consistant à garantir des pratiques honnêtes du marché entre entreprises. Ce faisant, le législateur belge mentionne dans la disposition des objectifs qui ne correspondent pas à ceux qui figuraient formellement dans les travaux préparatoires.

On peut d'ailleurs se demander si cette manière de faire suffit à purger la mesure de toute contrariété à la directive 2005/29/CE⁵². En d'autres termes, même après les sagas judiciaires dans les affaires *Inno* et *Euronics Belgium*, l'insécurité juridique ne serait pas totalement levée.

⁵¹ Exposé des motifs du projet de loi modifiant les articles 52, 53 et 68 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 48-1158/1, p. 2.

⁵² Voy. Z. VANHOYLAND, « De sperperiode-saga : eindpunt onder de WHPC maar onzekerheid onder Boek VI WER », *op. cit.*, pp. 92 et s.

14. Autres pratiques (promotionnelles) en sursis? Les arrêts précités de la Cour de cassation pourraient également faire jurisprudence, pour contester la conformité d'autres pratiques (promotionnelles notamment), actuellement interdites ou fortement réglementées dans le livre VI du Code de droit économique, s'il apparaît que, parmi les objectifs poursuivis par le législateur figure la protection des intérêts des consommateurs.

On se rappellera ainsi que, lors de l'adoption de la L.P.M.C., en 2010, le Conseil d'État⁵³, suivi ensuite par de nombreux auteurs⁵⁴, s'était interrogé sur la conformité au droit européen d'autres dispositions de la loi que celles relatives aux offres conjointes (que la Cour de justice avait clairement sanctionnées). À la faveur d'une justification assez sommaire, le législateur écarte d'un revers de la main la mise en garde du Conseil d'État qui concerne certaines d'entre elles⁵⁵. Les divergences observées parmi les auteurs peuvent toutefois être portées à sa décharge, dans la mesure où elles ne sont pas de nature à clarifier la situation⁵⁶.

Plus délicates sont les hypothèses dans lesquelles le Code de droit économique pose des conditions à l'exercice de certaines pratiques (sans formuler d'interdiction générale) : tel est le cas de l'article VI.31, qui énumère les mentions que doit contenir le titre offert par une entreprise lors de l'acquisition d'un bien ou d'un service et qui donne droit à un remboursement ultérieur du prix. *Quid* si l'entreprise omet certaines mentions, relatives par exemple aux modalités de remboursement? En tant que telle, la pratique n'est pas interdite, de manière générale, par le livre VI du C.D.E. En outre, pour sanctionner la méconnaissance des formes, le consommateur peut prétendre qu'il s'agit d'une pratique commerciale déloyale (une omission trompeuse) et invoquer les règles en la matière. On pourrait donc considérer qu'en réglementant les mentions du titre de remboursement, le livre VI du C.D.E. n'est pas plus restrictif que la directive puisque la

⁵³ Voy. l'avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, pp. 171-173.

⁵⁴ Voy. L. COX et Ch. GHEUR, « La directive sur les pratiques commerciales déloyales. Analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français », *J.D.E.*, 2008, pp. 201-202; M. DUPONT, « La Cour européenne de justice sonne le glas de l'interdiction des offres conjointes », *op. cit.*, pp. 423-424; L. DE BROUWER, « La Cour de justice des Communautés européennes précise le champ d'application de la directive 2005/29/CE à propos des offres conjointes », *op. cit.*, p. 785; E. TERRY, « Koppelverkoop en andere per se verboden in de WHPC... », *op. cit.*, pp. 1247 et s. Voy. toutefois H. DE BAUW, « De impact van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken op de regeling van de verkooppromoties onder de WHPC », *op. cit.*, pp. 19 et s.; F. LONGFELS, « Propos sur les instruments financiers dans l'offre conjointe et sur la directive CE 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales », *op. cit.*, pp. 234 et s. Dans des contributions rédigées avant l'arrêt de la C.J.U.E., ces derniers auteurs estimaient en effet que les offres conjointes, ainsi que d'autres pratiques réglementées par la L.P.C.C. (les promotions de vente) n'étaient pas couvertes par la directive. Comp. D. GOL, « Pratiques du commerce et protection du consommateur : la nouvelle donne », *J.T.*, 2007, p. 777 (qui estime qu'il y a lieu de « tempérer l'importance de cette controverse dans la mesure où les pratiques de commerce réglementées par le chapitre VI de la loi sont, dans l'état actuel des choses, essentiellement de nature à porter atteinte aux intérêts des concurrents plutôt que des consommateurs [...] »).

⁵⁵ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, p. 9.

⁵⁶ Voy. les réf. citées *supra*, note 54.

sanction de l'inobservation de la règle ne peut être mise en œuvre que conformément aux critères établis par celle-ci.

15. Incidence également dans les relations B2B, dans le cadre des actes contraires aux pratiques honnêtes du marché? Dans la majorité des cas, les décisions en matière de pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs ont été rendues dans le cadre de litiges opposant deux entreprises. Plus précisément, il s'agit d'actions en cessation commerciale fondées sur un (prétendu) acte de concurrence déloyale (parasitisme, utilisation du nom commercial, violation des droits de propriété intellectuelle, dénigrement, concurrence illégale, etc.). Parmi les moyens invoqués par la partie demanderesse, on trouve généralement la violation des règles en matière de pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs. Il est en effet accepté en droit belge que la violation, par une entreprise, d'une disposition légale dans le cadre ses activités professionnelles qui peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises, constitue un acte de concurrence déloyale entre entreprises (contraire à l'article VI.104 C.D.E.).

Eu égard au caractère d'harmonisation complète de la directive 2005/29/CE, on peut se demander si, dans certains cas, l'existence d'une pratique commerciale déloyale à l'égard du consommateur ne constitue pas la condition *sine qua non* de l'acte de concurrence déloyale (autrement dit, l'acte contraire aux pratiques honnêtes du marché). En effet, la directive serait violée si, sur le fondement de l'article VI.104 du C.D.E., on interdisait une pratique parfaitement valable au regard de l'article VI.92 du C.D.E. (et qui ne constituerait donc pas une pratique commerciale déloyale à l'égard du consommateur).

C'est en ce sens que s'est prononcé le président du tribunal de commerce de Mons, dans un jugement du 24 décembre 2010⁵⁷. Rappelant les principes, le juge résume comme suit la situation : « soit les pratiques incriminées concernent uniquement des relations entre entreprises et sortent du champ d'application de la directive : dans ce cas, ces pratiques seront examinées et sanctionnées sans avoir égard aux dispositions de la directive ; soit elles concernent aussi bien les relations avec les consommateurs que les relations avec les concurrents : dans ce cas, elles entrent dans le champ d'application de la directive ; si elles ne sont pas sanctionnées par la directive, elles ne pourraient pas être interdites par d'autres dispositions au motif qu'elles affectent également les relations entre entreprises (violation de la règle d'harmonisation maximale) ». En l'occurrence, la concurrence parasitaire était invoquée. Aussi le juge décide-t-il que lorsque celle-ci « s'extériorise par des actes qui affectent les relations entre entreprises et consommateurs, elle ne pourra [...] être sanctionnée que si elle se marque par des pratiques interdites par la directive et les articles 83 et s. L.P.M.C. qui la transposent. Un concurrent ne pourrait tenter de faire cesser de tels actes, s'ils

⁵⁷ Comm. Mons, prés., 24 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1586, note H. JACQUEMIN.

ne sont pas interdits par la directive, en invoquant la violation de l'article 95 L.P.M.C. qui traite des relations entre entreprises ». D'autres décisions isolées ont également été rendues en ce sens⁵⁸ : de manière générale, l'analyse de la jurisprudence montre néanmoins que ce test n'est pas appliqué de manière systématique par les juridictions saisies du litige.

Section 2

Application différenciée de certaines dispositions de la directive 2005/29/CE

16. Les règles harmonisées sont-elles interprétées de façon uniforme par les juridictions compétentes des États membres? En privilégiant les directives d'harmonisation complète, le législateur de l'Union poursuit un objectif de protection du marché intérieur, en s'assurant que les règles de protection des consommateurs soient les mêmes, sauf exception, au sein de tous les États membres.

Pour que l'objectif soit effectivement atteint, encore faut-il que leur interprétation et leur application par les juridictions compétentes des États membres soient relativement cohérentes. À défaut, les entreprises devront faire face à un niveau élevé d'insécurité juridique et, le cas échéant, modaliser leurs pratiques en fonction de la jurisprudence de l'État vers lequel elles souhaitent diriger leurs activités économiques.

La question se pose donc de savoir si les dispositions de la directive 2005/29/CE sont rédigées de manière relativement univoque ou si, au contraire, elle contient des normes ouvertes ou des critères susceptibles de recevoir des interprétations divergentes de la part des juridictions nationales. Sur ce point, et sous réserve des hypothèses reprises dans la liste des 35 pratiques déloyales en toutes circonstances, des discussions sont à prévoir au moment d'interpréter et d'appliquer certains concepts. Tel est le cas, notamment, de la notion de « consommateur moyen », sur laquelle nous revenons brièvement par la suite (A).

La jurisprudence de la Cour de justice est heureusement de nature à harmoniser l'interprétation de la directive 2005/29/CE.

Au-delà, il faut évidemment s'attendre à des différences d'interprétation au sein des États membres. Au sein d'un même pays, on observe déjà des décisions différentes, pour de mêmes faits, en fonction de la juridiction concernée; *a fortiori* en sera-t-il de même dans des États différents, parcourus par des cultures et des traditions distinctes. Cela étant dit, on peut quand même se demander si, lorsqu'elles appliquent les dispositions de transposition de la directive 2005/29/CE,

⁵⁸ Voy. Bruxelles, 15 mai 2014, *Ann. Prat. marché*, 2014, p. 567 ; Bruxelles, 14 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1886.

les juridictions belges s'intéressent, voire se conforment, à la jurisprudence rendue par leurs collègues européens (B).

A. Notion de « consommateur moyen »

17. Portée en droit de l'Union. Pour établir l'existence d'une pratique commerciale trompeuse ou agressive, suivant la norme semi-générale, ou d'une pratique commerciale déloyale suivant la norme générale de l'article VI.93 du C.D.E., il convient d'apprécier les effets qu'elle a produits (ou qu'elle est susceptible de produire) sur le « consommateur moyen ».

La notion ne fait pas l'objet d'une définition spécifique. Codifiant la jurisprudence de la Cour de justice⁵⁹, le considérant 18 de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales indique qu'il s'agit du consommateur « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques ».

Synthétisant la jurisprudence de la Cour, la Commission indique ainsi qu'il s'agit de la « personne raisonnablement critique, consciente et avisée dans son comportement sur le marché »⁶⁰.

Le consommateur extrêmement bien informé et qui pose spontanément des choix toujours judicieux n'est pas visé, pas plus que la personne très crédule, naïve ou superficielle⁶¹. L'interprétation de la notion doit être conforme au principe de proportionnalité, pour éviter que les mesures de protection des consommateurs ne créent des obstacles exagérés ou injustifiés aux entreprises.

Le considérant n° 18 ajoute qu'il ne s'agit pas d'une notion statistique : « les juridictions et les autorités nationales devront s'en remettre à leur propre faculté de jugement, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice, pour déterminer la réaction typique d'un consommateur moyen dans un cas donné ». Elles ne devraient donc pas exiger du consommateur qu'il produise une expertise ou un sondage d'opinion pour démontrer l'attitude qu'aurait adoptée le consommateur moyen⁶².

18. Interprétation en droit belge. La notion a été introduite en contretemps en droit belge, au moment de l'adoption de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur. Lors de la réforme de 2007 (transposition de la directive), le législateur avait décidé de ne pas retenir expressément cette notion – pourtant utilisée par la directive 2005/29/CE –

⁵⁹ C.J.C.E., 16 juillet 1998, *Gut Springenheide GmbH et Rudolf Tusky*, C-210/96, EU:C:1998:369, point 31.

⁶⁰ Communication de la Commission, « Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur », J.O.U.E., C 526, 29 décembre 2021, p. 33.

⁶¹ *Ibid.*, p. 33.

⁶² *Ibid.*, pp. 33-34.

pour éviter les difficultés d'interprétation avec d'autres dispositions de la loi⁶³. Il était cependant clair, suivant les travaux préparatoires, que le législateur n'entendait pas s'écarter de la directive et que le consommateur visé par ces articles était le « consommateur moyen », à comprendre à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice.

Une décision de la Cour de cassation du 12 octobre 2000 était cependant de nature à instiller le doute dès lors qu'elle semblait retenir une autre compréhension de la notion⁶⁴ : en effet, elle n'avait pas censuré la cour d'appel de Liège suivant laquelle « il tombe sous le sens que la protection recherchée doit mettre à l'abri les consommateurs les moins avertis qui, sans esprit critique vis-à-vis de ce qui leur est présenté avec habileté, ne peuvent déceler les pièges, les outrances ou les silences trompeurs de l'auteur de la publicité ». Elle a en effet jugé 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 ». Aussi la modification était-elle souhaitable.

En général, la jurisprudence belge reprend globalement les caractéristiques énoncées au considérant n° 18 de la directive 2005/29/CE⁶⁵.

D'autres précisions sont parfois ajoutées. Il est ainsi question :

- du « consommateur normalement avisé, avec du bon sens et un certain sens critique au moment de décider où il va garer sa voiture avant de prendre l'avion »⁶⁶; ou
- du « consommateur normalement informé, raisonnablement attentif et prudent avec une capacité de distinction moyenne dans le groupe ciblé adressé »⁶⁷.

La pratique ne doit donc pas s'apprécier du point de vue du consommateur individuel qui a été victime de celle-ci⁶⁸ mais de manière abstraite.

Les juridictions saisies veillent cependant à apprécier le comportement du consommateur en replaçant celui-ci dans les mêmes circonstances concrètes de fait⁶⁹. Ainsi, dans le cadre d'une action en cessation concernant des bracelets

⁶³ Exposé des motifs du projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2983/001, pp. 24-25.

⁶⁴ Cass., 12 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 188, note V.-V. DEHIN, *R.D.C.*, 2001, p. 669, note G. STRAETMANS.

⁶⁵ Voy. not. Comm. Bruxelles, prés., 17 juillet 2009, *Ann. Prat. comm.*, 2009, p. 144, note H. DE BAUW; Bruxelles, 9 février 2010, *Ann. Prat. marché*, 2010, p. 81; Bruxelles, 20 janvier 2011, *Ann. Prat. marché*, 2009, p. 62; Anvers, 21 novembre 2012, *Ann. Prat. marché*, 2012, p. 458; Bruxelles, 29 janvier 2013, *Ann. Prat. comm.*, 2013, p. 431; Comm. Bruxelles, prés., 27 janvier 2016, *Ann. Prat. marché*, 2016, p. 477; Bruxelles, 30 janvier 2019, *Ann. Prat. marché*, 2019, p. 371.

⁶⁶ Comm. Bruxelles, prés., 12 octobre 2012, *I.C.I.P.-Ing. Cons.*, 2012, p. 228.

⁶⁷ Gand, 28 septembre 2015, *Ann. Prat. comm.*, 2015, p. 74.

⁶⁸ Bruxelles, 30 janvier 2019, *Ann. Prat. marché*, 2019, p. 371.

⁶⁹ Comm. Bruxelles, prés., 27 janvier 2016, *Ann. Prat. marché*, 2016, p. 477.

vendus à des enfants (possible confusion entre les produits), l'analyse du caractère trompeur de la pratique se fait sur la base de l'article VI.98 du C.D.E. mais l'appréciation en fonction d'un enfant moyen (par référence à l'art. VI.93 du C.D.E.).

Il a aussi été jugé qu'un effort raisonnable pouvait être attendu du consommateur moyen⁷⁰, qu'« un consommateur moyen normalement informé, agissant prudemment et attentif s'assurera qu'une comparaison entre des chaînes de magasins peut être sujette à des différences de prix interrégionales »⁷¹ ou que la capacité du consommateur moyen à relativiser ne doit pas être sous-estimée⁷² (s'agissant du caractère humoristique d'une publicité).

Par contre, le consommateur moyen ne consulte que l'avant de l'emballage qu'il achète, sans consulter le côté de l'emballage ou la notice⁷³; il s'agit également d'une personne tirée du grand public, et pas un collectionneur professionnel (il s'agissait de cartes de tarot) ou un professionnel averti⁷⁴. De même, il a été décidé que si le consommateur se montre de plus en plus réceptif aux messages relatifs à la protection de l'environnement, « il n'est pas susceptible d'être sensiblement influencé dans son comportement économique par les allégations incriminées relatives à l'origine précise du lieu de collecte plastique entrant dans la composition de la bouteille de liquide vaisselle et à son pourcentage »⁷⁵.

19. Notion large et ouverte. Comme on a pu le constater, le consommateur moyen est une notion large et ouverte, soumise à l'interprétation des juridictions saisies. L'objectif d'harmonisation complète de la directive doit par conséquent être relativisé, en tout cas pour la mise en œuvre de la norme générale et de la norme semi-générale.

Cette manière de faire doit être approuvée, pour permettre au texte légal de rester flexible et de suivre les évolutions de la société, ainsi que les particularités locales éventuelles du marché en cause. En pratique, il en résulte une certaine incertitude pour les entreprises, mais qui ne paraît pas insurmontable (et qui est, dans tous les cas, préférable à une notion trop rigide et rapidement dépassée).

B. Intérêt des juridictions belges pour la jurisprudence des autres États membres ?

20. Références rares et effets limités donnés à la jurisprudence étrangère. Dès lors que les règles encadrant les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs sont les mêmes dans tous les États

⁷⁰ Comm. Bruxelles nl., prés., 23 décembre 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 124.

⁷¹ Gand, 28 septembre 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 74.

⁷² Bruxelles, 27 avril 2022, *Ann. Prat. marché*, 2022, p. 54.

⁷³ Gand, 14 mars 2022, *Ann. Prat. marché*, 2022, p. 259.

⁷⁴ Liège, 17 juin 2014, *I.C.I.P.-Ing. Cons.*, 2014, p. 586.

⁷⁵ Bruxelles, 28 juin 2019, *Ann. Prat. marché*, 2019, p. 432.

membres, on peut se demander si les juridictions saisies se voient parfois soumettre des décisions étrangères, aux fins d'appuyer la thèse défendue.

Des plaideurs pourraient en effet invoquer au titre de « précédent » la décision rendue par le juge d'un autre pays et basée sur des faits identiques ou similaires.

La pratique semble très isolée et les effets limités.

À titre d'illustration, on mentionne deux exemples tirés de la jurisprudence de la cour d'appel de Bruxelles.

21. Deux illustrations. Le premier exemple est tiré d'un litige opposant Test-Achats à Apple et concernant le manque d'information relative à la capacité de stockage des iPhones.

Test-Achats se fondait notamment sur une décision de l'Autorité italienne de la Concurrence du 19 décembre 2014 et sur celle du tribunal de l'État de São Paulo du 10 juillet 2017.

Dans un arrêt du 15 juin 2018, la cour d'appel de Bruxelles décide que « ces décisions ne lient pas la cour. Elles sont rendues respectivement par une autorité administrative et une juridiction, toutes deux étrangères, entre des parties distinctes de celles concernées par le présent litige. La décision de l'autorité italienne de la concurrence porte sur des faits différents. Le jugement du tribunal de l'État de São Paulo se fonde sur le droit brésilien distinct du droit belge. Quand bien même ces deux procédures furent l'occasion d'un examen de la question de la capacité de mémoire libre d'utilisation pour le consommateur par opposition à la capacité de stockage totale des smartphones, elles n'ont qu'une valeur informative en l'espèce »⁷⁶. Visiblement, elles n'ont pas convaincu la cour, qui a jugé l'action de Test-Achats non fondée (contrairement aux juridictions citées).

On peut également mentionner une affaire également soumise à la cour d'appel de Bruxelles et qui concernait des publicités prétendument trompeuses relatives à l'origine du plastic utilisé pour fabriquer une bouteille de produit vaisselle. La discussion portait ainsi sur la question de savoir si ce plastic avait été récupéré dans l'océan (dans la proportion vantée) et si le design de la bouteille permettait d'utiliser une quantité plus réduite de plastic. Les publicités sont analysées sous l'aune des exigences en matière de pratiques commerciales trompeuses (norme semi-générale), et suivant la norme générale. La partie appelante se fondait sur des décisions étrangères, rendues notamment, en Allemagne, par l'*Oberlandesgericht* de Stuttgart. La cour d'appel juge cependant que « si la décision allemande, de même que celle rendue par la décision autrichienne, portent sur des campagnes publicitaires en Allemagne et en Autriche semblables pour l'édition 2017 de l'*Ocean Bottle*, il n'est pas soutenu que les

⁷⁶ Bruxelles, 15 juin 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 366.

juridictions belges seraient liées par celles-ci. Ces décisions n'ont qu'une valeur informative »⁷⁷.

Dans cette même affaire, on observe aussi que la cour apprécie le caractère déloyal de la pratique à l'aune du paradigme du consommateur moyen « belge »⁷⁸, ce qui réduit encore l'impact éventuel d'une analyse de droit comparé.

Conclusion

22. Des effets inattendus ? On peut légitimement douter que le législateur européen et les législateurs nationaux aient perçu tous les effets potentiels découlant du caractère d'harmonisation maximale de la directive 2005/29/CE, en particulier sur la validité de certaines pratiques promotionnelles.

Près de vingt ans et plusieurs procédures judiciaires plus tard, il reste encore des incertitudes quant à la conformité de certaines pratiques.

L'argument reste donc pertinent pour les praticiens qui chercheraient à remettre en cause les sanctions potentiellement applicables à une entreprise, ou à neutraliser une action en cessation, à la suite de la méconnaissance de certaines exigences du livre VI du Code de droit économique ou de certaines législations particulières.

23. Des effets contre-intuitifs ? Sans être naïf, on aurait pu espérer dégager des lignes de force récurrentes dans l'application pratique de la directive 2005/29/CE et la jurisprudence des autorités judiciaires ou administratives compétentes.

Sans nier leur existence, ces convergences restent difficiles à démontrer. Le recours à des notions abstraites et larges, comme le « consommateur moyen », ne sert probablement pas cet objectif. De même, il reste très rare que les juridictions belges s'inspirent de décisions rendues par leurs collègues des autres États membres ou qu'elles leur attribuent autre chose qu'une valeur informative.

On reste néanmoins convaincu de la pertinence de l'argument et, moyennant un accès aux sources, de l'opportunité d'y recourir.

⁷⁷ Bruxelles, 28 juin 2019, *Ann. Prat. marché*, 2019, p. 432.

⁷⁸ *Ibid.*

LEXNOW