

(14). Il en a d'ailleurs été jugé ainsi dans une affaire dans laquelle l'image d'un commandant de police de la brigade de répression du banditisme avait été publiée sans son autorisation pour illustrer un article consacré à l'attaque par un commando d'un fourgon blindé. La Cour de cassation a considéré que « la publication de l'image de personnes directement impliquées dans un événement est licite et que tel est le cas de celle du cliché représentant un policier qui procède aux constatations consécutives à l'attaque d'un véhicule » (15).

En l'espèce, le but légitime d'information du reportage poursuivi était ici manifeste. Il s'agissait d'un sujet d'information intéressant le public et permettant à celui-ci d'être sensibilisé à la réalité et aux spécificités du travail des forces de l'ordre, à certaines précautions devant être prises pour éviter d'être victimes de vols ainsi qu'à la complexité des phénomènes de délinquance. La dignité des personnes apparaissant dans le reportage avait été parfaitement respectée, le film réalisé participant à valoriser l'image de la fonction publique policière. Toutes ces choses sont ici ignorées, ce que l'on ne peut que regretter.

J.-M. B. et A. B.

14. Voir en ce sens Civ. 1^{re}, 20 février 2001, deux espèces, pourvois n° 98-23471 et 99-15970; Civ. 1^{re}, 12 juillet 2001, pourvoi n° 98-21.337; Civ. 1^{re}, 7 mars 2006, pourvoi n° 04-20715; Civ. 1^{re}, 4 novembre 2004 n° 03-15397; Civ. 2^e, 8 avril 2004, *Légipresse* n° 214-10.

15. Civ. 1^{re}, 5 juillet 2005, pourvoi n° 04-10607.

Une pratique commerciale doit-elle altérer le comportement économique du consommateur pour être trompeuse ?

MOTS-CLÉS : Droit de la consommation, pratique commerciale trompeuse

Cour de cassation (ch. com.)

29 novembre 2011

Kelkoo c/ Concurrence

291-13

N'a pas donné de base légale à sa décision la cour d'appel ayant jugé qu'un comparateur de prix sur internet suit une pratique qui doit être qualifiée de trompeuse, au sens de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, sans avoir vérifié si les omissions reprochées (identification en tant que site publicitaire, périodes de validité des offres, frais de port...) étaient susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur.

Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche :

Vu les articles L. 120-1 et L. 121-1 du Code de la consommation ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Kelkoo exploite sur son site internet « Kelkoo.fr » un comparateur de prix permettant aux internautes de rechercher des produits et des services dans les bases de données de sites qui ont conclu avec elle un accord de référencement, sa rémunération étant fonction du nombre de « clics » enregistrés sur les liens hypertextes de ces sites ; que la société Concurrence, qui exploite un magasin de vente de produits électroniques et audiovisuels ainsi qu'un site internet sur lequel elle présente des produits qui peuvent être achetés en magasin ou en ligne, a conclu avec elle, le 29 octobre 2003, un accord de référencement qui a pris fin le 5 février 2004 ; que le président du tribunal de commerce a rendu une ordonnance enjoignant à la société Concurrence de payer à la société Kelkoo une certaine somme au titre de factures de « génération de trafic » ; que la société Concurrence, qui a fait opposition à cette ordonnance, a formé des demandes reconventionnelles de dommages-intérêts et de mesures d'interdiction et d'injonction, en invoquant des pratiques illicites et trompeuses de la part de la société Kelkoo qui, selon elle, faisait croire aux internautes qu'elle vendait aux meilleurs prix et faisait paraître des publicités pour ses concurrents, illicites en ce qu'elles comportaient des prix non mis à jour, des articles indisponibles et des périodes de validité non définies, tout en l'empêchant de paraître sur son site sauf à participer aux pratiques dénoncées ;

Attendu que pour enjoindre à la société Kelkoo, sous astreinte, de s'identifier comme site publicitaire, de mettre à jour en temps réel les prix, en indiquant les périodes de validité des offres, en indiquant les frais de port et/ou d'enlèvement, en indiquant les conditions de la garantie des produits, et en mentionnant les caractéristiques principales des produits ou services offerts, l'arrêt retient que cette société suit une pratique qui doit être qualifiée de trompeuse au sens des dispositions de l'article L. 121-1 du Code de la consommation et qui constitue une pratique commerciale déloyale au sens des dispositions de l'article L. 120-1 du même code en omettant de s'identifier comme site publicitaire, de mettre à jour en temps réel les prix, d'indiquer les périodes de validité des offres, d'indiquer les frais de port et/ou d'enlèvement, d'indiquer les conditions de la garantie des produits, de mentionner les caractéristiques principales des produits ou services offerts ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans vérifier si ces omissions étaient susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur, ce que la société Kelkoo contestait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE et ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que la société Kelkoo poursuit une pratique trompeuse et déloyale au sens des articles L. 121-1 et L. 120-1 du Code de la consommation en omettant de s'identifier comme site publicitaire, de mettre à jour en temps réel les prix, d'indiquer les périodes de validité des offres, d'indiquer les frais de port et/ou d'enlève-

ment, d'indiquer les conditions de la garantie des produits, de mentionner les caractéristiques principales des produits ou services offerts, et lui enjoint sous astreinte de mettre fin à ces pratiques en s'identifiant comme site publicitaire et en indiquant les éléments manquants, l'arrêt rendu le 21 octobre 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Grenoble ; REMET, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les RENVOIE devant la cour d'appel de Lyon ; CONDAMNE la société Concurrence aux dépens ;

Prés. : M^{me} Favre – Av. : SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Waquet, Farge et Hazan

COMMENTAIRE



**Éric Andrieu
et Chloé Monéger**
Avocats au Barreau de Paris,
Cabinet Péchenard & Associés

Dans une affaire opposant les sociétés Kelkoo et Concurrence, la chambre commerciale de la Cour de cassation vient de prendre position, par cet arrêt du 29 novembre 2011, sur un point essentiel des nouvelles dispositions sanctionnant les pratiques commerciales trompeuses telles qu'elles résultent des articles L. 120-1 et L. 121-1 du Code de la consommation. Plus précisément, la Cour de cassation estime que le comparateur de prix ne pouvait être sanctionné sur le fondement de l'article L. 121-1 du Code de la consommation malgré les éléments factuellement critiquables du site, dans la mesure où la cour d'appel n'avait pas recherché si ceux-ci étaient susceptibles d'altérer le comportement économique du consommateur, critère énoncé à l'article L. 120-1 du même code.

L'article L. 120-1 du Code de la consommation, introduit dans ledit code en vue de transposer, partiellement, la directive n° 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, définit les pratiques commerciales déloyales. Il constitue un chapitre préliminaire introduisant le Titre second du Code de la consommation consacré aux pratiques commerciales, parmi lesquelles les pratiques commerciales trompeuses visées à l'article L. 121-1.

La question est de savoir si l'article L. 121-1 constitue une infraction indépendante ou si la qualification de pratique commerciale trompeuse implique la démonstration des critères de l'article L. 120-1, à savoir que la pratique litigieuse est :

- contraire aux exigences de la diligence professionnelle et ;
- qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.

C'est sur cette question que permet d'avancer l'arrêt du 29 novembre 2011, qui, sans régler toutes les difficultés pratiques (III),

revient à une approche plus conforme au droit européen (II) alors que la cour d'appel de Grenoble avait adopté une interprétation discutable du droit français (I).

I. LA POSITION DE LA COUR D'APPEL DE GRENOBLE : UNE INTERPRÉTATION DISCUTABLE DU DROIT FRANÇAIS

L'espèce opposait la société Kelkoo.com à la société Concurrence, l'un des partenaires du comparateur de prix qui, suite à une ordonnance en injonction de payer, formulait des demandes reconventionnelles tendant à voir Kelkoo condamnée pour des pratiques qu'elle jugeait contraires à l'article L. 121-1 du Code de la consommation. Plus précisément, elle reprochait à Kelkoo le non-respect des textes légaux, notamment en ne s'identifiant pas en tant que site publicitaire, en n'indiquant pas la période de validité des offres, le montant des frais de port et d'enlèvement, l'existence d'une garantie, ou la durée et nature de la garantie, et en n'imposant pas aux vendeurs de communiquer les caractéristiques essentielles sur les produits.

La cour d'appel de Grenoble a donné raison à la société Concurrence, retenant la qualification de site publicitaire, et considérant que Kelkoo, « en ne s'identifiant pas clairement en tant que site publicitaire, suit une pratique qui doit être qualifiée de trompeuse au sens de l'article L. 121-1 du Code de la consommation et qui constitue une pratique commerciale déloyale au sens des dispositions de l'article L. 120-1 du même code. ». Kelkoo était par ailleurs sanctionnée pour ne pas avoir mis à jour les prix en temps réel alors qu'elle faisait état d'une technologie permettant aux internautes « d'effectuer en temps réel des recherches dans les bases de données des principaux sites marchands référencés par Kelkoo (...) », ainsi que les périodes de validité des offres, les frais de livraison ou encore les caractéristiques principales des produits offerts à la vente.

Selon la cour d'appel de Grenoble, chacun des arguments susvisés devait être sanctionné au regard de l'article L. 121-1 du Code de la consommation et relevait du même coup de l'article L. 120-1 du Code de la consommation. Sa position était donc favorable à l'interprétation selon laquelle, en vertu du II de l'article L. 120-1 du Code de la consommation, l'ensemble des pratiques dites trompeuses sont, *de facto*, déloyales. Pour rappel, l'article dispose en effet : « II.- Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-1 et L. 121-1-1 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 122-11 et L. 122-11-1. »

Selon cette interprétation, les pratiques commerciales trompeuses seraient déloyales sans que les critères de la déloyauté n'aient à être établis. Elle repose d'une part sur le postulat, fondé sur la lecture de L. 120-1 II, que l'ensemble des pratiques commerciales trompeuses réuniraient automatiquement les critères de la déloyauté, et d'autre part sur l'absence de reproduction exacte de la directive dans l'article L. 121-1. Notamment, la version française a retiré l'indication que ces pratiques doivent impacter, ou être susceptible d'impacter la décision commerciale du consommateur (Cf. *infra*).

Très clairement, la version transposée des articles 6 et 7 de la directive n'est pas conforme à la lettre du texte européen. Omettant de retranscrire l'une des conditions de mise en œuvre des articles, l'article L.121-1 du Code de la consommation pose, dans une interprétation littérale, une infraction bien plus stricte pour les professionnels que celle évoquée dans la directive. Il en résulte une insécurité juridique, contre laquelle entendait précisément lutter la directive 2005/29/CE, qui énonce dans son considérant 4 : « Ces disparités entraînent une incertitude quant aux règles nationales applicables aux pratiques commerciales déloyales portant atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et créent de nombreuses entraves touchant les entreprises et les consommateurs. Ces entraves augmentent le coût à supporter par les entreprises pour exercer les libertés liées au marché intérieur, en particulier lorsqu'elles souhaitent s'engager dans une commercialisation, lancer des campagnes publicitaires ou offrir des promotions commerciales transfrontalières. »

II. LE RETOUR À UNE APPROCHE CONFORME À LA DIRECTIVE 2005/29/CE

L'analyse de la cour d'appel de Grenoble est contestable, ainsi que n'a pas manqué de le relever Kelkoo. À l'appui de son pourvoi en cassation, elle soutenait en substance que les articles 1, 5, 6 et 7 de la directive 2005/29/CE précitée « subordonnent expressément la qualification de pratique commerciale trompeuse ou déloyale à la vérification concrète de ce que la pratique contestée 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 » pouvant ainsi « compromettre sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause, en l'amenant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

Dans ce sens, la CJUE, par deux arrêts des 23 avril 2009 (C-261/07) et 14 janvier 2010 (C-304/08), a rappelé que la directive 2005/29/CE procède à une harmonisation complète au niveau communautaire des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs (hors quelques matières spécifiques, et notamment des questions de santé et de sécurité des produits). Il en résulte que les États membres ne peuvent pas adopter de mesures plus restrictives que celles définies par cette directive, même aux fins d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs. Or, la directive communique, dans son annexe I, une liste de trente et une pratiques « réputées déloyales en toutes circonstances », l'article 6 de la directive subordonnant, à l'inverse, la qualification de la pratique trompeuse à la démonstration qu'elle amène ou est susceptible d'amener le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Ce critère est rappelé par la décision du 14 janvier 2010 de la CJUE précitée, dans son point 44, qui précise, au sujet des pratiques commerciales trompeuses, que « de telles pratiques sont notamment interdites lorsque, compte tenu de leurs caractéristiques et du

contexte factuel, elles amènent ou sont susceptibles d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. »

« L'article L.121-1 du Code de la consommation pose, dans une interprétation littérale, une infraction bien plus stricte pour les professionnels que celle évoquée dans la directive. »

Il est intéressant de souligner à cet égard que l'article 2 de la directive définit « l'altération substantielle du comportement économique du consommateur », critère de la déloyauté, comme « l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ». Il n'y a donc qu'un pas à faire pour raisonnablement estimer que la CJUE considère que les pratiques commerciales trompeuses ne peuvent être sanctionnées que si le critère « d'altération substantielle du comportement économique du consommateur » est établi. En effet, l'ajout du terme « notamment » par la CJUE peut aisément s'expliquer par le fait que cette démonstration n'est pas requise pour les pratiques figurant dans la « liste noire » de l'annexe 1.

En revanche, la démonstration de la contrariété à la diligence professionnelle ne semble obligatoire selon les termes de la directive, que si la pratique ne peut être qualifiée d'action ou d'omission trompeuse, ou encore de pratique agressive. Cette analyse de la directive est confirmée par les « orientations pour la mise en œuvre et l'application de la directive 2005/29/CE », les lignes directrices de la Commission.

En revanche, la démonstration de la contrariété à la diligence professionnelle ne semble obligatoire selon les termes de la directive, que si la pratique ne peut être qualifiée d'action ou d'omission trompeuse, ou encore de pratique agressive. Cette analyse de la directive est confirmée par les « orientations pour la mise en œuvre et l'application de la directive 2005/29/CE », les lignes directrices de la Commission.

Toutefois, la transposition en droit français n'étant pas aussi limpide, il était utile que la Cour de cassation se prononce, ce qu'a fait l'arrêt du 29 novembre 2011. Revenant sur la position de la cour d'appel de Grenoble, la Cour de cassation énonce qu'en sanctionnant Kelkoo « sans vérifier si ces omissions étaient susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur, ce que la société Kelkoo contestait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. » Visant à la fois les articles L. 120-1 et L. 121-1 du Code de la consommation, la Cour soumet clairement les pratiques commerciales trompeuses aux critères de l'article L. 120-1, et du moins à la démonstration du critère requis par la directive : l'impact potentiel de la pratique sur le comportement économique du consommateur. Elle confirme ainsi l'arrêt de la chambre commerciale du 27 avril 2011 qui avait déjà affirmé « qu'une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article L. 121-112° a) et c) du Code de la consommation (...) implique que la décision d'achat du produit par les consommateurs auxquels s'adresse la publicité litigieuse soit susceptible d'être altérée » (1) et le fait sans ambiguïté alors que l'arrêt du 27 avril 2011 ne visait pas expressément l'article L.120-1.

Il en résulte que, pour les professionnels, il sera peut-être plus simple d'échapper à l'infraction que sous l'empire de la législation antérieure, qui, avant 2008, disposait : « Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur,

1. Cass. Com 27 avril 2011 n° de pourvoi : 10-15648.

lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires. »

« Il résulte de cette décision que les pratiques commerciales trompeuses seront aujourd'hui plus difficiles à sanctionner que les publicités trompeuses. »

III. DES QUESTIONS PRATIQUES

S'il semble désormais acquis qu'une pratique commerciale trompeuse ne peut être sanctionnée s'il n'est pas démontré qu'elle altère ou est susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur, il reste à éclaircir ce que recouvre la notion.

La définition donnée par la directive de l'altération économique du comportement, rappelons-le, est liée à la notion de décision commerciale, les pratiques trompeuses devant être susceptibles d'impacter cette décision commerciale. Pour que le professionnel soit sanctionné, il faudra désormais rapporter la preuve que le consommateur a pris ou est susceptible de prendre une décision commerciale qu'il n'aurait autrement pas prise. Est-il pour cela nécessaire de verser au débat des statistiques apportant la preuve que la décision commerciale du consommateur peut-être altérée ? Faut-il considérer que le critère est rempli si seule une infime part des consommateurs est susceptible d'être induite en erreur, ou, au contraire faut-il mettre en œuvre une règle de *minimis* semblable à celle existant en droit de la concurrence ? Qu'en sera-t-il dans l'hypothèse où la dépense demandée aux consommateurs sera particulièrement faible ?

Tout d'abord, rappelons brièvement que le consommateur devant permettre l'évaluation est un « consommateur moyen qui est normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques (...) » (2). Ainsi que le souligne l'avocat général Verica Trstenjak (3), ce consommateur moyen est conscient et en mesure de discerner le danger que représentent certaines pratiques commerciales, et peut agir rationnellement en conséquence. Selon elle, un consommateur moyen est conscient de ce que la publicité et les promotions de vente « visent à conquérir des clients non pas uniquement par le prix et la qualité d'un produit mais en promettant une multitude d'avantages supplémentaires ». Ce consommateur moyen doit, pour que la pratique puisse être sanctionnée, être susceptible de prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

L'article 2 définit 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 pour un produit, de conserver ou de se défaire d'un produit ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit ; une telle décision peut amener le consommateur, soit à agir, soit à s'abstenir. » Il s'agit donc d'une notion large recouvrant tout type de décision d'achat d'un produit, souscription à un service, réservation ou autre, que la transaction soit conclue ou non. Selon les lignes directrices de la Commission, les faits et circonstances de chaque cas devront être examinés *in concreto*, mais en évaluant uniquement l'incidence potentielle de la pratique par rapport à un consommateur moyen.

Ce que la directive n'indique pas clairement, c'est la manière dont les tribunaux devront procéder à cette évaluation. À cet égard, il est mentionné au considérant 6 de la directive que « (...) conformément au principe de proportionnalité, la présente directive protège les consommateurs des conséquences de ces pratiques commerciales déloyales dès lors qu'elles sont substantielles, tout en reconnaissant que, dans certains cas, ces conséquences sont négligeables. »

De ce qui précède, il résulte que les tribunaux n'ont pas reçu un cadre général pouvant être appliqué à chaque affaire de cette nature dont ils seront saisis. Il sera donc essentiel que leur appréciation au cas par cas soit précisément motivée et il reviendra aux parties aux litiges de leur fournir les éléments leur permettant une appréciation aussi objective que possible. Cette appréciation pourra tenir compte du nombre de consommateurs ayant pu être trompés, de l'importance des dépenses qu'ils auront effectuées et de tout autre élément qui pourra apparaître opportun dans une espèce déterminée. Si le recours à des statistiques permettant de déterminer plus ou moins précisément la proportion de consommateurs abusés par un message ne peut à lui seul permettre de guider le juge – comme le rappellent les lignes directrices du 3 décembre 2009 qui affirment que « (...) le consommateur moyen ne repose pas sur une approche statistique. Une juridiction nationale doit être en mesure de déterminer si une pratique est susceptible d'introduire un consommateur moyen en erreur en exerçant son propre jugement, par rapport aux attentes de ce consommateur, sans, en principe, avoir à commander un rapport d'expert ou un sondage d'opinion » – il peut être un élément d'appréciation qui, dans certains cas, s'avérera certainement pertinent. Dans l'hypothèse où il aurait à apprécier une étude de ce type, il appartiendrait au juge national de déterminer, conformément à son droit national, le pourcentage de consommateurs trompés par une indication publicitaire, qui lui paraîtrait suffisamment significatif, pour justifier, le cas échéant une interdiction (4).

Finalement, il résulte de cette décision que les pratiques commerciales trompeuses seront aujourd'hui plus difficiles à sanctionner que ne l'étaient les publicités trompeuses, dès lors qu'il conviendra d'apprécier, selon les modalités qui seront déterminées au cas par cas par les juges, si l'infraction reprochée a pu altérer de manière substantielle le comportement économique des consommateurs.

E. A et C. M.

2. Considérant 18 de la directive 2005/29/CE Conclusions générales présentées le 24 mars 2010 ; Affaire C-540 / 08 *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG contre "Österreich"-Zeitungsverlag GmbH*.

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

4. Affaire C-210/96 *Gut Springenheide et Tusky / Oberkreisdirektor Steinfurt*, points 36 et 37.