

REVUE LAMY

Droit des Affaires

DOSSIER

Le droit de la consommation : un droit mineur ?

Matthieu DARY, Nina GOSSE, Adèle BINNIÉ, Thierry TITONE et Roxane CHANALET-QUERCY

– **Publicité pour les boissons alcooliques : la Cour de cassation rappelle que l'objectivité est la condition sine qua non de sa validité**

Eléonore CAMILLERI et Nathalia KOUCHNIR-CARGILL

– **Crédit aux consommateurs : la preuve de la consultation du FICP**

Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE

– **La déchéance du droit aux intérêts, sanction de l'omission ou de l'erreur relative au TEG dans le contrat de crédit**

Michel STORCK

– **Fraude aux faux placements et responsabilité bancaire**

François CLAPIÈS

163 | MENSUEL
OCTOBRE 2020

Le droit de la consommation : un droit mineur ?

Si le consommateur est au cœur des préoccupations des entreprises, il a longtemps été oublié par le législateur.

Le droit de la consommation a longtemps été vu comme un accessoire du droit de la concurrence et du droit de la distribution.

Depuis vingt ans néanmoins, il a acquis des lettres de noblesse, notamment sous l'impulsion du législateur européen.

Ce dernier considère en effet qu'une politique efficace de protection des consommateurs garantit le bon fonctionnement et l'efficacité du marché unique.

Le nombre de textes communautaires a pullulé, que ce soient des réglementations générales (information du consommateur, sécurité des consommateurs, accès simplifié à la justice) ou sectorielle (télécommunications, technologies numériques, énergie, transports, secteur alimentaire et services financiers).

On note par ailleurs que la logique de la protection du « faible » vis-à-vis du « fort », illustré par la notion de « déséquilibre significatif »⁽¹⁾ se retrouve désormais en droit de la distribution⁽²⁾ et en droit civil⁽³⁾, démontrant désormais l'influence du droit de la consommation sur les autres droits.

Ainsi, la logique d'information et de protection de la personne concernée dans le règlement général sur la protection des données (RGPD) est fortement inspirée de celle du droit de la consommation.

Afin de renforcer l'effectivité du droit de la consommation, le législateur a également voulu placer le consommateur comme régulateur du marché, en lui facilitant l'accès à la justice par l'introduction de l'action de groupe. À ce jour, cette initiative n'a pour autant pas été couronnée de succès.

Si la protection du consommateur est essentiellement assurée par l'action de la Direction Générale de la Concurrence de la Consommation et de la Répression des Fraudes, les entreprises jouent également un rôle actif. En effet, le droit de la consommation est un fréquent fondement d'actions de concurrence déloyale lorsqu'un acteur ne se conforme pas à la réglementation au préjudice d'autres acteurs du marché.

La crise sanitaire va par ailleurs conduire à des nouveaux comportements des consommateurs, d'ores et déjà matérialisés par la croissance du e-commerce pendant cette période et une exigence renforcée (nature et origine des produits). Nul doute que le rôle du consommateur et le droit de la consommation n'ont pas fini de faire parler d'eux ! ■

Matthieu DARY et Thierry TITONE, De Gaulle Fleurance & Associés

(1) C. consom. art. L. 212-1.

(2) C. com., art. L. 442-1.

(3) C. civ., art. 1171.

SOMMAIRE

Les effets du RGPD sur l'obligation de transparence des professionnels envers le consommateur..... P.19

Matthieu DARY et Nina GOSSE

L'action de groupe « à la française » : une renaissance annoncée ? P.24

Matthieu DARY et Adèle BINNIÉ

La protection du consommateur et de la concurrence par la lutte contre les pratiques commerciales déloyales P.30

Thierry TITONE et Roxane CHANELET-QUERCY

RLDA 7058

Les effets du RGPD sur l'obligation de transparence des professionnels envers le consommateur

Le RGPD a pour but de contrôler davantage l'usage fait des données relatives à des consommateurs par les professionnels. Sans remettre en question l'exploitation même de la donnée à des fins d'innovation et de renouvellement des pratiques de consommation, les conditions sont durcies et ce, par un double mouvement de balancier : renforcement des obligations pesant sur les professionnels, d'une part, et accroissement des droits des individus d'autre part.

Selon une étude OpinionWay publiée en juillet 2019, 93 % des Français estiment que leurs données personnelles doivent être mieux protégées.⁽²⁾ Ce chiffre n'est que l'une des démonstrations d'une réelle prise de conscience des individus quant à l'importance d'assurer la protection de leurs données. Cette nouvelle préoccupation a été nourrie par certaines polémiques récentes dont la médiatisation a fait naître chez certains une réelle crainte quant à leur vie privée en ligne (Facebook-Cambridge Analytica, Equifax, Uber...). La conséquence directe de cette méfiance croissante au sein de la population est la hausse du nombre de plaintes reçues par la CNIL, qui a enregistré une hausse de 27 % en 2019 par rapport à l'année précédente et de 79 % en cinq ans.⁽³⁾

Les consommateurs sont particulièrement concernés puisque la fourniture de produits ou services implique nécessairement le traitement d'informations les concernant (nom, prénom, adresse mail, localisation...). Ce traitement est d'autant plus important, et le volume de données toujours plus considérable, que les pratiques de consommation actuelles se digitalisent de manière exponentielle et que les profes-

sionnels ont compris que l'exploitation des données relatives à leurs utilisateurs était source de croissance.

Dans ce contexte, l'adoption en 2016 du règlement général sur la protection des données, dit « RGPD »⁽⁴⁾, a été guidée par le souhait de protéger les personnes concernées face à cette nouvelle ère de la data, rappelant dans l'un de ses considérants, que cette protection est un droit fondamental⁽⁵⁾.

Le RGPD s'inscrit plus globalement dans une tendance du législateur européen favorable au consommateur. La directive n° 2019/770⁽⁶⁾, adoptée postérieurement, instaure un régime analogue à la garantie de conformité des biens physiques pour les contenus et services numériques ne relevant pas du contrat de vente d'un bien. Cette directive reconnaît, en creux, la valeur monétaire des données puisqu'elle consacre le fait que leur collecte puisse



Matthieu DARY
Avocat Associé, De
Gaulle Fleurance &
Associés



Nina GOSSE
Avocat, De Gaulle
Fleurance &
Associés⁽¹⁾

(1) Les auteurs remercient Rozenn Carrio pour son aide dans la rédaction de cet article.

(2) [Sondage] Les Français inquiets pour leurs données personnelles mais pas vraiment prêts à agir, L'usine digitale, 11 juill. 2019.

(3) La CNIL publie son rapport d'activité, 9 juin 2020.

(4) Règl. PE Cons. UE n° 2016/679, 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

(5) RGPD, cons. 1 dispose que « La protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est un droit fondamental ».

(6) Dir. PE Cons. UE n° 2019/770, 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

constituer une contrepartie indirecte à la prestation de l'opérateur, en lieu et place du paiement d'un prix. Dès lors, ces contenus et services numériques sont garantis contre tout défaut de conformité, au même titre que ceux fournis contre le paiement d'un prix. Par ailleurs, la directive n° 2019/2161⁽⁷⁾, dénommée « *New Deal* pour les consommateurs », pose aussi expressément le principe selon lequel la fourniture de données à caractère personnel en échange de services numériques est une forme de paiement (par exemple, les réseaux sociaux). Cette seconde directive y étend l'obligation générale d'information précontractuelle prévu par le Code de la consommation.

Ces deux directives, qui se réfèrent bien entendu au RGPD, illustrent le lien étroit qu'entretient ce dernier avec le droit de la consommation pour une protection renforcée des personnes physiques.

Parmi les valeurs promues, la transparence s'affiche en figure de proue, puisqu'elle doit conduire à rendre les citoyens plus éclairés et maîtres de leurs données. Cela passe, d'une part, par un renforcement de l'obligation d'information des professionnels et, d'autre part, par un rééquilibrage du pouvoir des consommateurs face auxdits professionnels.

I. — Le renforcement de l'obligation d'information des professionnels

Renversant le paradigme du régime juridique lui ayant précédé en matière de protection des données, le RGPD favorise la responsabilisation (ou « *accountability* ») des professionnels en les obligeant à justifier des mesures prises pour assurer la protection des données et à prendre en compte cette exigence dans le développement même de leurs produits et services (« *Privacy by design* » et « *Privacy by default* »)⁽⁸⁾.

Ces principes se traduisent notamment par une obligation d'information accrue, tant concernant le traitement des données personnelles qu'en cas d'incident portant atteinte à la confidentialité, l'intégrité ou la disponibilité de ces dernières.

(7) Dir. PE Cons. UE n° 2019/2161, 27 nov. 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.

(8) Le RGPD, un nouveau paradigme de la protection des données personnelles pour les professionnels et le régulateur, C. Scottez, Dalloz IP/IT, avr. 2019, n° 4, p. 229-233, *Privacy by Design* : un principe de protection séduisant mais complexe à mettre en œuvre, M. Dary et L. Benaissa, Dalloz IP/IT 2016. 476.

A. — L'obligation d'information quant aux conditions du traitement des données

L'obligation d'information n'est pas nouvelle, toutefois, à l'instar de beaucoup d'autres dispositions du RGPD, elle se trouve renforcée. Antérieurement à l'entrée en vigueur du RGPD, la directive n° 95/46 du 24 octobre 1995⁽⁹⁾ et la loi française « Informatiques et libertés »⁽¹⁰⁾ prévoyait déjà que tout traitement de données se devait d'être loyal et transparent envers la personne concernée. Le principe de loyauté implique une information claire, précise et compréhensible de la personne concernée, dont les données ne doivent pas être traitées à son insu. Le RGPD est venu renforcer cette obligation, tant sur le fond (mentions d'informations devant obligatoirement être fournies)⁽¹¹⁾, que sur la forme (exigences de visibilité et d'intelligibilité)⁽¹²⁾ et ce, que les données soient collectées directement auprès de la personne (par exemple, via un formulaire disponible sur un site) ou indirectement par l'intermédiaire d'un tiers (par exemple, cession d'un fichier d'emails à des fins de prospection, parrainage, etc...).

Les exigences d'intelligibilité de l'information obligent à faire preuve de pédagogie. Par exemple pour les objets connectés et technologies sans écran, les professionnels sont incités à utiliser des icônes, QR codes, alertes vocales ou encore message envoyé par SMS ou courriel.

Les juges sanctionnent la violation de l'obligation de transparence et d'information, au regard du RGPD mais également du droit de la consommation. L'article L. 211-1 alinéa 1 du code de la consommation prévoit ainsi que « *les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* ». À défaut, les clauses seront considérées comme abusives et donc réputées non-écrites (autrement dit, elles ne pourront être opposées au consommateur).

Par une décision du 9 juin 2020⁽¹³⁾, le Tribunal Judiciaire de Paris a réputé non-écrites de nombreuses clauses issues des conditions d'utilisation du service de streaming d'Apple et de sa politique de confidentialité, jugées illicites ou abusives au regard du RGPD et de l'article L. 211-1 du code de la consommation. Apple estimait par exemple que l'adresse IP, le métier, l'identifiant publicitaire, l'indi-

(9) Dir. PE Cons. CE n° 95/46, 24 oct. 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

(10) L. n° 78-17, 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

(11) RGPD, art. 13, « *Informations à fournir lorsque des données à caractère personnel sont collectées auprès de la personne concernée* » et art. 14, « *Informations à fournir lorsque les données à caractère personnel n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée* ».

(12) RGPD, art. 12, « *Transparence des informations et des communications et modalités de l'exercice des droits de la personne concernée* ».

(13) TJ Paris, 9 juin 2020, n° 16/09799.

catif postal ou encore la géolocalisation des utilisateurs n'étaient pas des données « personnelles », et n'étaient ainsi pas protégées par les règles du RGPD⁽¹⁴⁾.

Dans une autre affaire en date du 21 janvier 2019⁽¹⁵⁾, la CNIL, saisie de deux plaintes collectives, a condamné la société Google LLC au paiement de 50 millions d'euros pour manquement aux obligations de transparence et d'information telles que prévues par les articles 12 et 13 du RGPD et pour absence de consentement valide des utilisateurs au traitement de personnalisation de la publicité.

B. — L'obligation d'information en cas de violation de données

Face aux risques qu'une atteinte à leurs données pourrait causer aux personnes concernées, l'article 32 du RGPD contraint tant les responsables de traitement que leurs sous-traitants à mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées afin de garantir un niveau de sécurité adapté au risque⁽¹⁶⁾.

Le RGPD n'impose aucune mesure de sécurité spécifique, se contentant de donner des exemples, en ce compris la pseudonymisation et le chiffrement des données. Les acteurs peuvent ainsi se tourner vers les instruments de leurs choix parmi les référentiels existants : normes ISO, lignes directrices de la CNIL et de l'ANSSI, norme PCI DSS pour la protection des données de carte bancaire, etc.

Cette obligation est d'autant plus importante que les acteurs du e-commerce sont des cibles courantes de cyberattaques. Selon le rapport « Cyber sinistres 2019 » publié par Hiscox⁽¹⁷⁾, 67 % des entreprises françaises ont été victimes de cyber-attaques en 2019 et seulement 10 % ont été aptes à y faire face.

Outre l'exigence en amont d'une sécurité élevée⁽¹⁸⁾, le RGPD impose également aux professionnels de documenter les violations de données, voire de les notifier à la CNIL et aux personnes concernées selon le niveau de risques qu'elles suscitent pour les personnes concernées.⁽¹⁹⁾

Tandis que la notification à la CNIL est la règle dès lors qu'une violation engendre un risque pour les personnes concernées, l'information à ces dernières de la violation

de leurs données ne doit intervenir qu'en cas de « risque élevé ».

Une dérogation existe pour les cas où la communication de la violation aux personnes concernées exigerait des efforts disproportionnés. Néanmoins, dans ce dernier cas, une communication publique, ou une mesure similaire, doit être réalisée. En application du principe d'*accountability* susvisé, il reviendra au responsable de traitement de démontrer le bien-fondé de son choix en cas de contrôle ou de plainte.

Le RGPD encourage les consommateurs à reprendre la maîtrise de leurs données personnelles

Les manquements à l'obligation de sécurité sont fréquemment et sévèrement sanctionnés. Selon le rapport annuel 2019 de la CNIL⁽²⁰⁾, les manquements à l'obligation de sécurité représentent deux tiers des sanctions depuis 2017, et plus de 40 % des sanctions sont prises sur ce seul fondement. En 2019, 5 amendes administratives sur 7 concernaient notamment des atteintes à la sécurité des données personnelles.

On peut penser qu'à terme le développement de la certification permettra d'offrir des garanties et des critères de choix aux consommateurs quant à la sécurité des services et produits⁽²¹⁾.

II. — L'« empowerment » des consommateurs⁽²²⁾

Le RGPD encourage les consommateurs à reprendre la maîtrise de leurs données personnelles. Il garantit de nouveaux droits individuels aux consommateurs et leur offre de nouveaux moyens de recours.

A. — Les moyens d'action des consommateurs sur leurs données

Tout d'abord, le RGPD vient redonner toute sa vigueur à la notion de « consentement ». Le consentement prévu

(14) Clauses abusives - L'UFC-Que Choisir fait condamner Apple, UFC Que Choisir, C. Gruhier, 12 juin 2020.

(15) Délibération de la formation restreinte n° SAN – 2019-001, 21 janv. 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société GOOGLE LLC.

(16) RGPD, art. 32, « Sécurité du traitement ».

(17) Rapport Hiscox sur la gestion des cyber-risques 2019.

(18) RGPD, art. 32, préc.

(19) RGPD, art. 33, « Notification à l'autorité de contrôle d'une violation de données à caractère personnel » et art. 34, « Communication à la personne concernée d'une violation de données à caractère personnel ».

(20) Rapport d'activité 2019 de la CNIL.

(21) V. règl. PE Cons. UE n° 2019/881, 17 avr. 2019 relatif à l'ENISA (Agence de l'Union européenne pour la cybersécurité) et à la certification de cybersécurité des technologies de l'information et des communications, et abrogeant le règlement (UE) n° 526/2013 (règlement sur la cybersécurité) et l'article 42 du RGPD « Certification ».

(22) L'Étude annuelle 2014 du Conseil d'État, Le numérique et les droits fondamentaux, introduit la notion d'*empowerment* des individus, traduit comme l'autonomisation des individus.

par le RGPD doit être distingué de celui connu en droit des contrats. Il s'agit de l'une des six bases légales permettant de rendre licite un traitement de données personnelles, à côté des traitements reposant par exemple sur l'exécution d'un contrat ou la poursuite d'un intérêt légitime. Là encore, le RGPD n'introduit pas un concept ou une obligation nouvelle mais rappelle opportunément les exigences de validité de celui-ci, à savoir qu'il doit être « *donné par un acte positif clair par lequel la personne concernée manifeste de façon libre, spécifique, éclairée et univoque* »⁽²³⁾. La collecte du consentement est d'une particulièrement importance en matière de marketing direct par la voie de l'emailing ou de publicité personnalisée⁽²⁴⁾, sujets sur lesquels le RGPD s'entremêle avec la directive « e-privacy », dont la révision a été retardée⁽²⁵⁾.

Sur le sujet des cookies et autres traceurs permettant le suivi de la navigation de l'internaute, la CNIL a d'ailleurs décidé de revoir ses lignes directrices en matière de cookies en juillet 2019⁽²⁶⁾ puis de publier une recommandation spécifique sur la collecte du consentement⁽²⁷⁾, dont la version définitive a été retardée par la situation sanitaire⁽²⁸⁾. Ces exigences renouvelées sont porteuses de nombreux enjeux pour les secteurs de la publicité et ceux qui en vivent, à commencer par les médias, de sorte que la question du consentement au sens du RGPD et son interprétation font débat⁽²⁹⁾. C'est ainsi que les lignes directrices de la CNIL ont été attaquées tant par les militants pour la vie privée en ligne que par les représentants des secteurs des médias et du e-commerce. Les premiers avaient ainsi dénoncé la période de transition accordée par la CNIL aux professionnels pour leur laisser le temps d'adapter leurs pratiques en matière de cookies. Ce délai de grâce a été

validé par le Conseil d'État.⁽³⁰⁾ De leur côté, les associations professionnelles dénonçaient, à l'inverse, la rigidité de la CNIL qui, selon eux, tend par un instrument de droit souple à être plus stricte encore que le RGPD. Le Conseil d'État a néanmoins validé lesdites lignes directrices de la CNIL, à l'exception d'un point que le Conseil a demandé à la CNIL de modifier : l'interdiction pure et simple des « *cookie walls* »⁽³¹⁾.

Par ailleurs, le RGPD apporte des modifications aux droits dont disposaient les personnes. Sans revenir sur les droits antérieurs pour lesquels le RGPD n'a pas ou peu revu la copie (droit d'accès et de rectification), d'autres droits doivent être mentionnés pour souligner les apports du RGPD à leur égard. Parmi eux, le droit d'opposition, le droit à l'effacement ou « droit à l'oubli », est consacré de manière autonome et permet à ces personnes de demander l'effacement ou encore le droit de ne pas faire l'objet de décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé ont été revus par le RGPD.

Surtout, le RGPD accorde de nouveaux droits. En premier lieu, le droit à la limitation du traitement⁽³²⁾, qui permet de demander à un responsable de traitement de limiter l'utilisation de ses données dans certaines circonstances. De plus, le droit à la portabilité⁽³³⁾, qui permet de récupérer ses données auprès d'un responsable de traitement afin de les transférer ou de les faire transférer directement à un autre responsable. L'exercice de son droit à la portabilité doit permettre au consommateur de comparer et changer plus facilement de prestataire de service et favoriser ainsi la concurrence⁽³⁴⁾.

Toutefois, comme le prévoit le considérant 4 du RGPD, ces droits ne sont pas absolus.⁽³⁵⁾ Ils doivent être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux. Ainsi, le droit à l'oubli pourra, par exemple, se heurter à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information⁽³⁶⁾.

(23) RGPD, cons. 32.

(24) La CNIL rappelle à la loi les éditeurs d'outils de ciblage publicitaire intégrés dans les applications mobiles, N. Metallinos, *Comm. com. électr.*, déc. 2018, n° 12, p. 30-33 ; Prospection commerciale et données personnelles: le RGPD bouleverse-t-il les pratiques ?, M. Dary, V. Lichet, RLDA 2018/138, n° 6472.

(25) N. Gosse, *Comment le RGPD interagit avec l'actuelle directive ePrivacy ?*, Mind Media, mars 2019 ; N. Gosse et L. Grynbaum, *EPrivacy, un nouveau règlement européen sur les données*, L'Argus de l'assurance, déc. 2019.

(26) Dél. n° 2019-093, 4 juill. 2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs).

(27) « Recommandation cookies et autres traceurs ». À l'heure de la rédaction de cet article, les recommandations n'ont pas encore été adoptées. Prévues initialement en avril 2020, son adoption définitive par la Commission est reportée à une date ultérieure, qui sera fixée en fonction de l'évolution de la situation sanitaire, octobre 2020 selon les dernières annonces de la CNIL.

(28) Adaptation du calendrier d'adoption de la « recommandation cookies et autres traceurs », CNIL, 25 mars 2020.

(29) D'après le Conseil d'État, la CNIL ne peut pas interdire les *cookie walls*, l'usine digitale, 15 juin 2020.

(30) CE, 16 oct. 2019, n° 433069.

(31) CE, 19 juin 2020, n° 434684, *Cookies et autres traceurs : le Conseil d'État rend sa décision sur les lignes directrices de la CNIL*, CNIL, 19 juin 2020.

(32) RGPD, art. 18.

(33) RGPD, art. 20.

(34) Droits relatifs aux données des consommateurs et impact sur la concurrence – Note de référence du Secrétariat, OCDE, 2 juin 2020.

(35) RGPD, cons. 4 dispose que « *Le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu; il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité* ».

(36) RGPD, art. 17, § 3.

B. — Le renforcement des moyens de recours des consommateurs

Le RGPD rappelle les différentes voies de recours qui s'offrent à toute personne concernée qui estimerait que ses droits n'ont pas été respectés.

Elle peut tout d'abord, introduire une réclamation auprès de la CNIL ou toute autre autorité de protection compétente⁽³⁷⁾. Ce droit devant lui être rappelé par le professionnel lui-même en vertu de l'article 13 du RGPD.

Outre cette voie administrative, le RGPD lui garantit le droit à un recours juridictionnel⁽³⁸⁾, qui peut s'exercer par la voie pénale ou civile. Ce recours peut s'effectuer soit devant les juridictions d'un État membre où le responsable de traitement ou le sous-traitant dispose d'un établissement, soit devant les juridictions de l'État membre où la personne déposant le recours a sa résidence habituelle. Ce rappel a pour ambition de préserver un autre droit, celui d'obtenir de son auteur la réparation du préjudice subi⁽³⁹⁾.

Toutefois, là où le RGPD innove c'est dans l'aboutissement de la reconnaissance d'un recours collectif en matière de données personnelles, procédé particulièrement innovant en France⁽⁴⁰⁾.

En effet, une action de groupe a été introduite en matière de consommation par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi *Hamon*, et codifiée à l'article L. 623-1 du code de la consommation⁽⁴¹⁾. Anticipant sur le RGPD, elle a ensuite été étendue en matière de protection des données personnelles par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et codifiée à l'article 43 ter de la loi *Informatique et Libertés*. Une action de groupe pouvait ainsi être initiée si plusieurs personnes estimaient avoir subi un préjudice résultant du même manquement d'un professionnel à ses obligations en matière de données personnelles, dans le but unique de faire cesser ce manquement. Finalement,

la loi du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles a étendu l'action de groupe en permettant l'indemnisation des préjudices matériels et moraux subis. Depuis le 1^{er} juin 2019, ce recours collectif est codifié à l'article 37 de loi *Informatique et Libertés*⁽⁴²⁾. Cette action de groupe reste limitée à certaines associations en raison de leur objet⁽⁴³⁾.

Un parallèle peut être fait avec la proposition de directive relative aux actions représentatives pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs, qui envisage un recours collectif « à l'européenne » notamment applicable en matière de protection des données personnelles. Deux consommateurs situés dans des pays différents de l'UE pourraient ainsi saisir une entité qualifiée afin de les représenter et engager une action de groupe devant une juridiction d'un État membre de l'UE. L'objectif est de doter les consommateurs de nouvelles prérogatives afin de mieux protéger leurs intérêts et de garantir une protection égale dans toute l'Union Européenne.

Au-delà de l'aspect contraignant du RGPD, les deux premières années s'étant écoulées depuis son entrée en application tendent à démontrer que se conformer au RGPD devient un élément important de l'image de marque et un facteur concurrentiel⁽⁴⁴⁾.

Nul doute que l'adoption du RGPD, tant par l'importance du texte que par sa médiatisation, œuvre beaucoup pour la protection du consommateur. La mise en conformité des entreprises de leur site internet a conduit à une meilleure information du consommateur, allant au-delà des seules dispositions relatives aux données personnelles, mais de manière générale, aux conditions de vente des produits et des services. Les autorités de protection ont par ailleurs fait un travail de pédagogie afin de rendre lisible et accessible ces informations, méthodes que nombreux acteurs ont repris pour l'ensemble des textes à destination des consommateurs. ■

(37) RGPD, art. 77.

(38) RGPD, art. 79.

(39) RGPD, art. 82.

(40) M. Dary, V. Lichet, Définition du consommateur et de l'action de groupe : l'éclairage apporté par la CJUE, RLDA 2018/136, n° 6432.

(41) Action de groupe : premier bilan et perspective, M. Dary, A. du Chastel, RLC 2015/45, n° 2875.

(42) Ord. n° 2018-1125, 12 déc. 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel.

(43) Les personnes morales pouvant agir sont :

- Les associations de protection de la vie privée et des données personnelles déclarée depuis au moins 5 ans ;
- Les associations de défense des consommateurs agréée au niveau national ;
- Les syndicats représentatifs de salariés ou de fonctionnaires ;
- Un changement important introduit par le RGPD en termes de responsabilité est la possibilité pour le consommateur d'agir directement contre le sous-traitant et non seulement contre le responsable de traitement, ces derniers étant solidairement responsables par défaut.

(44) N. Gosse, *Privacy as a Marketing Argument*, International journal for the Data Protection Officer, Privacy Officer, Privacy Counsel (IDPP), Vol. 2, Issue 12, 2018.

L'action de groupe « à la française » : une renaissance annoncée ?

Le rapport d'information du 11 juin 2020 dresse un bilan décevant de l'action de groupe « à la française ». Toutefois, sans s'arrêter à exposer les défauts de cette action introduite il y a six ans dans le paysage juridique français, il formule plusieurs propositions qui pourraient permettre à l'action de groupe de « *renaître (déjà) de ses cendres* ».

Malgré l'ambition placée dans l'action de groupe lors de son introduction dans le paysage juridique français en 2014, le bilan de l'action de groupe est rapidement passé de mitigé⁽¹⁾ à décevant pour les observateurs. En 2016, une mission d'information sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 expliquait que ce bilan était dû à des difficultés d'ordre procédural. La publication du rapport d'information⁽²⁾ des députés Laurence Vichnievsky et Philippe Gosselin le 11 juin 2020 sur le bilan et les perspectives des actions de groupe est l'occasion de faire le point quatre ans après la précédente mission d'information.

I. — L'engouement du législateur pour l'action de groupe

L'action de groupe est née en France de l'adoption de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, dite « loi Hamon »⁽³⁾. Annoncée comme un moyen d'offrir aux consommateurs « *une voie de recours efficace* », l'action de groupe devait être un gage de rééquilibrage des rapports entre consommateurs et entreprises. Génératrice de ces espoirs, l'action de groupe « à la française », qui se distingue des *class actions*

américaines par ses règles procédurales strictes, a fait l'objet d'un engouement législatif certain. L'action de groupe repose sur deux phases. La première consiste pour le juge à vérifier que les conditions de recevabilité de l'action de groupe sont remplies, à se prononcer sur la responsabilité du professionnel et à déterminer le groupe de consommateurs concernés, les critères d'indemnisation et les modalités de publicité de la décision. La seconde permet l'indemnisation des consommateurs ayant rejoint le groupe (*opt-in*) et la liquidation des préjudices.

Sans attendre que l'action de groupe soit éprouvée, le législateur a, au fil des années, considérablement élargi son champ d'application pour couvrir la majorité des domaines dans lesquels peuvent survenir un contentieux de « masse ». Depuis l'introduction de l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence dans le paysage juridique français en 2014, le législateur a considérablement et rapidement (adoption de six lois en quatre ans) étendu son champ d'application en adoptant une approche sectorielle. L'action de groupe couvre désormais des domaines aussi variés que les produits de santé⁽⁴⁾, l'environnement⁽⁵⁾, la protection des données personnelles⁽⁶⁾, la discrimination au travail⁽⁷⁾, les



Matthieu DARY
Avocat Associé, De
Gaulle Fleurance &
Associés



Adèle BINNIÉ
Juriste, De Gaulle
Fleurance &
Associés

(1) Action de groupe – le bilan des actions de groupe 4 ans après, entretien par K. Haeri et B. Javaux, JCP G, n° 47, 19 nov. 2018, 1226.

(2) Rapport d'information n° 3085 sur le bilan et les perspectives des actions de groupe, 11 juin 2020, Ph. Gosselin et L. Vichnievsky.

(3) Action de groupe : premier bilan et perspectives, M. Dary, A. du Chastel, RLC 2015/45, n° 2875.

(4) L. n° 2016-41, 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé.

(5) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

(6) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016 et L. n° 2018-493, 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

(7) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016.

préjudices subis à l'occasion de la location d'un bien immobilier⁽⁸⁾ et les dommages causés par une personne publique. La loi du 18 novembre 2016 a toutefois tenté d'unifier les procédures autres que celles relatives à la consommation. Cette unification s'est notamment concrétisée par l'élargissement de la qualité à agir, déjà reconnue aux associations agréées, aux associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins et dont l'objet statutaire comporte la défense des intérêts lésés, et en imposant une mise en demeure préalable à l'action de groupe⁽⁹⁾.

II. — Le délaissement de l'action de groupe en pratique

Malgré l'ambition évidente de la procédure, l'engagement des actions de groupe reste frileux et il est possible de parler aujourd'hui d'un véritable délaissement de l'action de groupe. L'un des arguments avancés dans le rapport d'information pour l'expliquer est le rôle préventif joué par l'adoption des textes. Cela a, en effet, conduit certains secteurs à mettre en œuvre des bonnes pratiques consistant notamment à revoir leurs contrats pour supprimer toute clause qui pourrait être considérée comme abusive. Après l'adoption de la loi, un certain nombre de grands acteurs du BtoC (télécommunication, énergie, services financiers) ont en effet mis en œuvre des plans de conformité et des cellules de gestion de crise en anticipation de ce risque.

En tout état de cause, au regard de l'ambition affichée lors de son adoption, le bilan de l'action de groupe apparaît comme décevant, aussi bien d'un point de vue quantitatif que qualitatif.

A. — Le bilan quantitatif

L'engouement législatif et la profusion de textes contraste nettement avec le faible nombre d'actions initiées en pratique. Les chiffres parlent d'eux-mêmes : seulement vingt-et-une actions ont été initiées depuis 2014, dont quatorze concernent des sujets de consommation⁽¹⁰⁾, trois concernent la santé et deux les données personnelles. Beaucoup d'entre elles ont d'ailleurs fait l'objet d'une décision de rejet à la suite du développement de moyens de procédure ou de moyens au fond. Certains le justifient par le caractère récent de la procédure, bien qu'après six ans cet argument ne semble plus tenable. Le constat reste que l'action de groupe n'a pas eu le succès escompté. Ainsi, en matière de consommation, aucun jugement statuant définitivement sur la responsabilité du professionnel n'a été

rendu, soit parce que l'affaire en est toujours à la première phase, soit celle-ci a été déclarée irrecevable, soit un accord amiable a été conclu. En matière environnementale, et malgré la diversité des problématiques soulevées en la matière au cours de ces dernières années, aucune action de groupe n'a été engagée.

Une décision récente du Tribunal judiciaire de Versailles⁽¹¹⁾ illustre bien l'ambivalence de l'action de groupe. En effet, dans cette affaire, une association avait agi en indemnisation des préjudices matériels subis par des acheteurs de moto BMW dont le modèle de suspension avait fait l'objet d'un rappel pour suspicion de défaut de qualité du produit. Le Tribunal a jugé que les vices cachés entraient bien dans le champ de l'action de groupe mais que l'association ne rapportait pas la preuve du vice caché. Cette dernière a été condamnée à payer 8000 euros de frais au constructeur.

B. — Le bilan qualitatif

Le faible nombre d'actions initiées s'explique par des causes d'ordre procédurale d'une part, et des raisons plus pratiques d'autre part.

→ Les causes d'ordre procédural

En souhaitant à tout prix se distinguer de la *class action* américaine, le législateur français a encadré l'action de groupe « à la française » dans des conditions très restrictives. Si ces conditions étaient nécessaires afin de limiter les dérives connues dans les autres pays et ne pas créer une inflation de ce type d'action, elles ont annihilé le recours à cette procédure. Par ailleurs, bien que la loi de 2016 ait tenté d'unifier les régimes, chacune des actions de groupe conserve des spécificités sectorielles qui nuisent à leur attractivité. Ainsi, en matière de santé, en raison de la nature du préjudice corporel réparé, il n'existe pas de procédure de liquidation collective.

D'abord, l'intérêt à agir est spécifiquement limité dans le cadre de l'action de groupe. En matière de consommation, l'action de groupe, introduite à l'article L. 423-1 et suivants au chapitre II du livre IV du code de la consommation, autorise uniquement les associations de consommateurs représentatives au niveau national et agréées – qui sont au nombre de quinze – à agir devant une juridiction civile dans le but d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par les consommateurs à la suite d'un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leur obligations légales ou contractuelles. Ainsi, comme l'indique le Rapport d'information, seules les associations « historiques » peuvent agir en justice alors qu'elles ne correspondent pas forcément aux évolutions commerciales et technologiques actuelles. De même, en matière

(8) L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

(9) Sauf pour l'action de groupe en santé.

(10) V. Annexe 1.

(11) TJ Versailles, 4 juin 2020, n° 15/10221, Association Consommation Logement et Cadre de vie c/ Sté BMW France.

de discrimination, une évolution des personnes susceptibles d'initier une action de groupe est souhaitée. En matière de discrimination, le Défenseur des droits ayant précédé à Claire Hedon, Jacques Toubon, a ainsi proposé d'offrir la possibilité d'agir à des victimes « *ayant subi le même traitement défavorable et en lien avec le critère prohibé de discrimination* ».

En raison des difficultés pratiques et procédurales, les praticiens se sont détournés de l'action de groupe au profit de d'autres formes d'actions collectives dont les conditions sont simplifiées.

La limitation des chefs de préjudice pouvant être réparés constitue une autre limite procédurale. En effet, selon les domaines, peut seulement être réparé le préjudice matériel (pour l'action de groupe en consommation), le préjudice corporel (pour l'action de groupe en santé⁽¹²⁾), ou encore les préjudices matériels et corporels (pour l'action de groupe en matière environnementale⁽¹³⁾). L'absence de réparation intégrale s'est expliquée par la volonté de créer une action permettant d'indemniser rapidement et globalement les victimes. Toutefois, c'est ce qui est aujourd'hui l'une des causes de son échec. De plus, l'absence d'uniformité des régimes est source de complexité, alors qu'il existe des outils efficaces permettant d'évaluer le préjudice (évaluation forfaitaire, etc.).

Enfin, la durée particulièrement longue de la procédure constitue un frein à l'action de groupe. Cette longueur est notamment due à l'exigence de mise en demeure préalable introduite par la loi du 18 novembre 2016 et qui ajoute un délai de 4 mois (ou 6 en matière de discrimination) suivant la mise en demeure pour initier l'action de groupe, à peine d'irrecevabilité. En outre, durant ce délai, les victimes continuent de subir un dommage.

→ Les causes pratiques

Le bilan décevant de l'action de groupe trouve également des explications plus pratiques. C'est d'abord le coût d'une telle procédure qui explique son insuccès. En effet, en cas de reconnaissance de la responsabilité du professionnel, la charge financière ne repose ni sur le consommateur, ni sur le professionnel mais sur l'association qui ne dispose que de ses fonds propres. Bien que la loi prévoit un mé-

canisme de provision⁽¹⁴⁾, les associations peinent à financer les actions et ne peuvent en tout état de cause mener plusieurs procédures de front, ce qui explique leur faible nombre. Les représentants de l'association Consommation, logement et cadre de vie (CLCV) ont ainsi indiqué que le coût d'une action de groupe obligeait l'association à se limiter à une procédure par an.

D'autre part, le principe de l'*opt-in* trouve quelques limites. En effet, selon ce principe, il appartient au consommateur victime de manifester sa volonté de s'inclure dans le groupe avant que la décision ne soit rendue. Ce principe trouve ses limites dans la mesure où l'association doit attendre qu'un jugement sur la responsabilité du professionnel et sur le groupe de consommateurs concernés soit rendu pour que la publicité puisse être effectuée. L'impossibilité pour les associations de faire de la publicité empêcherait d'identifier clairement le nombre de victimes lésées et de quantifier le montant du préjudice.

→ Le détournement vers d'autres procédures

En raison des difficultés pratiques et procédurales, les praticiens se sont détournés de l'action de groupe au profit de d'autres formes d'actions collectives dont les conditions sont simplifiées. Par exemple, en matière de consommation et de santé notamment, les associations de consommateurs privilégient l'action conjointe consistant à intervenir aux côtés des victimes devant les juridictions civiles pour la réparation de l'intérêt collectif des consommateurs. De même, est privilégiée l'action en représentation conjointe en droit de la consommation qui permet de donner mandat à une association afin que cette dernière agisse en réparation. De même, le règlement général sur la protection des données personnelles a introduit la possibilité pour les victimes de mandater⁽¹⁵⁾ une association. Contrairement à l'action de groupe, sans mandat donc, les conditions de l'action collective avec mandat ont été modifiées pour ne pas limiter pas la qualité à agir aux associations ayant cinq ans d'ancienneté⁽¹⁶⁾. Ces actions sont préférées des praticiens dans la mesure où les règles procédurales sont beaucoup plus simples, les procédures sont moins longues, et il est possible d'obtenir la réparation intégrale du préjudice subi.

En outre, un certain nombre de plateformes internet se sont développées afin de créer des actions groupées. C'est

(12) De quelques difficultés entourant l'action de groupe en matière de santé, P. Véron, RLDA 2017/127, Suppl. n° 6253.

(13) L'action de groupe en matière environnementale, M. Memlouk, S. Gonin, BDEI, 1^{er} mai 2017, n° 69.

(14) Article L. 623-12 du code de la consommation, mais n'a jamais été mis en œuvre.

(15) RGPD, art. 80-1.

(16) Ord. n° 2018-1125, 12 déc. 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel.

le cas de la plateforme « MySmartCab »⁽¹⁷⁾ par laquelle une action collective conjointe de patients a été initiée à l'encontre du laboratoire Merck pour absence d'information sur les effets secondaires du médicament Levothyrox avait été mise en place en 2016. Plus récemment une action collective « RassurezNous » face au refus des assureurs d'indemniser les pertes d'exploitation liées à la Covid-19 a été créée via cette plateforme, de même que l'action collective « N'oublions rien – Coronavirus » en matière de santé. D'autres plateformes permettent d'initier des actions individuelles sur le même fondement à l'encontre des compagnies aériennes en cas de retard ou d'annulation de vols. Toutes ces actions permettent une forme d'actions groupées en évitant les contraintes de l'action de groupe.

III. — Les évolutions envisagées pour l'action de groupe à la française

Face au constat de l'échec de l'action de groupe, le rapport d'information propose de faire évoluer le régime applicable. En s'inspirant d'autres pays européens, les Rapporteurs fournissent des différentes propositions.

A. — Une évolution inspirée d'autres pays européens

L'évolution souhaitée de l'action de groupe repose sur l'analyse des régimes existant et éprouvés au sein d'autres pays de l'Union européenne. À titre d'exemple, au Portugal, le champ d'application de l'action populaire civile (consommation, santé publique, environnement, etc.) et la nature des personnes (personnes privées, associations, municipalités) pouvant initier cette action sont définis de manière particulière large. Par ailleurs, contrairement à la France, le système portugais repose sur un système d'*opt-out* et une publicité importante qui facilite l'identification des victimes. Sans parvenir à un système aussi ouvert, les Rapporteurs considèrent qu'il serait intéressant pour la France de s'en inspirer, d'autant plus que les craintes françaises liées à l'action de groupe en termes de judiciarisation de la société, ne se vérifient pas au Portugal. Toutefois, ce constat reste à relativiser dans la mesure où le nombre d'actions intentées reste, comme en France, limité.

B. — Le contenu des points proposés

Face à ce constat, les rapporteurs ont formulé treize propositions, l'objectif annoncé étant de « lever les freins au développement des actions de groupe et permettre une meilleure garantie des droits du consommateur »⁽¹⁸⁾. L'un des objectifs principaux serait d'unifier les régimes au

sein du code de procédure civile afin de créer une « *action collective universelle* ». Toutefois, parmi ces propositions, certaines sont particulièrement défavorables aux entreprises et doivent être anticipées⁽¹⁹⁾.

Sur la base des défauts constatés, les rapporteurs ont notamment proposé d'étendre la qualité à agir des associations dont l'objet social inclut celui du litige et ayant au moins deux ans d'existence ainsi qu'aux associations *ad hoc* composées d'au moins cinquante personnes physiques ou d'au moins dix entreprises constituées sous la forme de personnes morales et ayant également au moins deux ans d'existence⁽²⁰⁾. Cet élargissement de la catégorie des personnes pouvant initier l'action de groupe n'aurait en tant que tel, et en l'absence d'autres mesures simplifiant le régime de l'action de groupe, pas de réelle incidence. En revanche, cumulée aux autres mesures, elle contribuerait à faciliter et encouragerait l'engagement de cette action.

Face au constat de l'éclatement des préjudices réparables selon les domaines, il a également été proposé de permettre la réparation intégrale du préjudice⁽²¹⁾ et cela dans tous les domaines. La question du préjudice réparable étant une des principales causes de délaissement de l'action de groupe, cette mesure ferait de cette dernière une solution plus régulièrement envisagée par les victimes, à côté des autres actions collectives. Pour les entreprises, cela impliquerait nécessairement une hausse des indemnités versées.

D'un point de vue strictement procédural, l'action de groupe pourrait être particulièrement modifiée par la suppression de l'obligation de mise en demeure préalable⁽²²⁾ d'une part (cette proposition étant limitée à la matière environnementale, les données personnelles et la discrimination), l'introduction de la possibilité pour le juge de prononcer l'arrêt immédiat du manquement constaté⁽²³⁾, ou enfin la possibilité pour le ministère public d'intervenir comme partie jointe⁽²⁴⁾.

Plusieurs de ces propositions pourraient, en outre, avoir un impact financier important pour les entreprises. C'est notamment le cas de la proposition consistant à, à la demande de l'association demanderesse, ou sur proposition du ministère public, imposer une sanction civile⁽²⁵⁾ aux professionnels consistant à confisquer une fraction de son chiffre d'affaires au profit du Trésor public. En outre,

(19) Pour un exposé des moyens de défense des entreprises et des points à d'ores et déjà anticiper, v. Action de groupe : premier bilan et perspectives, M. Dary, A. du Chastel, RLC préc.

(20) Prop. n° 2, Rapport d'information préc., p. 46.

(21) Prop. n° 6, Rapport d'information préc., p. 52.

(22) Prop. n° 10, Rapport d'information préc., p. 61.

(23) Prop. n° 11, Rapport d'information préc., p. 62.

(24) Prop. n° 13, Rapport d'information préc., p. 63.

(25) Prop. n° 9, Rapport d'information préc., p. 60.

(17) <<https://mysmartcab.fr/christophe-leguevaques/>>.

(18) Rapport d'information préc. p. 7.

le montant demandé pourrait être augmenté d'une indemnité au titre de l'article 700 consistant à prendre en compte les sommes réellement engagées par la partie gagnante, qu'il s'agisse d'honoraires d'avocat ou des coûts internes à la procédure⁽²⁶⁾. Si ces mesures étaient adoptées, les entreprises devraient anticiper l'importance des montants dans leur stratégie judiciaire. Il s'agit clairement de la mesure qui aurait l'impact le plus important sur le développement de l'action de groupe dès lors que son financement est aujourd'hui le principal frein.

Enfin, les rapporteurs souhaitent également que les associations puissent faire la publicité de l'action de groupe qu'elles envisagent d'initier. Cela serait également accompagné de la création d'un registre des actions de groupe⁽²⁷⁾.

Pour l'heure, ces propositions ne font pas l'objet d'un calendrier de déploiement. Sans doute le législateur, s'il en tient compte, attendra-t-il le résultat des débats législatifs européens avant de réaliser le cas échéant une transformation du régime de l'action de groupe.

B. — Une évolution de l'action de groupe française par le législateur européen ?

L'action de groupe pourrait trouver un renouveau à travers la directive du 11 avril 2018 ayant pour but de moderniser la directive n° 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs. Cette directive pourrait être adoptée fin

2020. Concrètement, l'adoption de cette nouvelle directive pourrait notamment permettre aux consommateurs de disposer d'un recours collectif européen⁽²⁸⁾ en plus des dispositifs nationaux.

Le rapport d'information pointe la similarité du régime de l'action de groupe introduit par cette nouvelle directive qui contient deux phases, comme en droit français : la phase responsabilité et la phase indemnisation.

Cette directive est d'harmonisation minimale et les États auront le choix de la manière d'introduire ce nouveau système dans le droit existant. Il reste donc à savoir quel degré de transposition la France choisira, une transposition minimale ou une refonte complète du régime de l'action de groupe. Il n'en reste pas moins que dans les deux cas, cette directive viendra à coup sûr remodeler l'action de groupe « à la française »⁽²⁹⁾.

Le risque d'action de groupe annoncé ne s'est pas à ce jour confirmé. L'accès à la justice notamment par les plateformes internet n'a jamais été aussi facile, même si, dans le même temps, les délais de procédure se sont allongés.

Alors que les règles protectrices du consommateur continuent de se multiplier notamment au niveau communautaire, les entreprises doivent continuer de déployer des mesures de prévention des risques et de compliance afin de limiter les impacts médiatiques et financiers d'une actions de consommateurs quelles que soient leur forme⁽³⁰⁾. ■

(26) Prop. n° 7, Rapport d'information préc., p. 57.

(27) Prop. n° 4 et 5, Rapport d'information préc., p. 50-51.

(28) Le Parlement européen a approuvé, en première lecture, la possibilité pour les consommateurs de disposer d'un recours collectif le 26 mars 2019.

(29) Il est par exemple envisagé, contrairement au droit français, de réparer l'intégralité du préjudice, peu importe sa nature.

(30) V. art. préc., Action de groupe : premier bilan et perspectives, M. Dary, A. du Chastel.

Annexe 1 – Actions de groupe en matière de consommation⁽³¹⁾

Date de la procédure	Demandeur	Défendeur	Motif du litige	Avancée de la procédure
Octobre 2014	CLCV (Consommation, Logement, Cadre de Vie)	Axa/Agipi	Non-respect d'un taux garanti sur une assurance-vie	Première phase de la procédure
Octobre 2014	UFC-Que-Choisir	Foncia	Facturation de charges indues à des locataires	Irrecevabilité
Janvier 2015	CNL	Immobilière 3F	Utilisation d'une clause abusive dans les contrats de bail	Irrecevabilité (pourvoi en cassation)
Mai 2015	Familles rurales	SFR	Information trompeuse sur la couverture 4G	Prétentions de l'association rejetées en 1e instance : appel
Mai 2015	SLC-CSF (syndicat du logement et de la consommation)	Paris Habitat	Facturation de charges indues à des locataires	Accord amiable
Août 2015	Familles rurales	Manoir de Ker an Poul	Illicéité du contrat de location de parcelles pour mobil-homes	Accord amiable
Décembre 2015	CLCV	BMW Motorrad	Insuffisance de dédommagement suite à un rappel de moto	Première phase de la procédure
Septembre 2016	UFC-Que-Choisir	BNP Paribas	Information trompeuse sur un produit financier	Action déboutée au fond en l'absence de préjudice indemnisable
Novembre 2016	CLCV	BNP Paribas	Information trompeuse sur des crédits immobilier en francs suisse	Première phase de la procédure
Mai 2017	UFC-Que-Choisir	Free	Mauvaise qualité des services rendus	Accord amiable (avant le lancement de la procédure)
Février 2018	CNL	XL habitat	Facturation de charges indues à des locataires	Première phase de la procédure
Mars 2018	UFC-Que-Choisir	Natixis	Information trompeuse sur un produit financier	Première phase de la procédure
Mars 2019	UFC-Que-Choisir	Free	Facturations injustifiées au moment de la restitution de téléphones portables loués	Première phase de la procédure

(31) Rapport d'information préc., p. 14.

La protection du consommateur et de la concurrence par la lutte contre les pratiques commerciales déloyales

Le droit de la consommation protège le consommateur en lui garantissant l'accès à une information loyale et la possibilité d'exercer un choix, attentif et avisé, sur les produits et services qu'il envisage d'acquérir ou qu'il acquière. Le champ d'application du droit de la consommation permet en outre, en matière de lutte contre les pratiques commerciales déloyales, aux entreprises de se mesurer à « armes loyales » sur un marché afin de proposer leurs produits et services au consommateur final. Un professionnel, au sens de la directive européenne n° 2005/29/CE, qui commettrait une pratique commerciale déloyale serait en infraction aux dispositions du Code de la consommation et sa responsabilité civile serait exposée aux actions de professionnels concurrents sur le fondement de droit commun de la concurrence déloyale.

Les pratiques commerciales déloyales, prohibées en droit français, sont issues de la transposition de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 (la « directive »), et codifiées aux articles L. 121-1 et suivants du code de la consommation.

Une pratique commerciale, c'est-à-dire assez largement une action positive ou une omission, par un professionnel à des fins de promotion ou de commercialisation d'un produit ou service, est déloyale dès lors, selon l'article L. 121-1 précité, que la pratique est :

1. « contraire aux exigences de la diligence professionnelle et »,
2. « qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur⁽¹⁾ normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, ... ».⁽²⁾

(1) Le consommateur est défini à l'article préliminaire du code de la consommation.

(2) En France, les pratiques trompeuses sont également appliquées aux relations entre professionnels et aux non-professionnels qui bénéficient ainsi directement de ce régime protecteur sans recours, par hypothèse, à l'action judiciaire sur le fondement de la concurrence déloyale (C. cons, art. L 121-5).

Les deux critères contenus dans cette définition sont cumulatifs. Ils impliquent pour leur mise en œuvre un niveau élevé de preuve. Il convient en effet pour retenir cette qualification, de démontrer à la fois un comportement, actif ou passif, contraire à la diligence professionnelle et l'atteinte avérée ou possible, et ce de manière substantielle, au comportement du consommateur.

Dans le même temps, le caractère général de la définition permet d'envisager un champ d'application large, à tous types d'activités et à tous secteurs, dans des relations entre professionnels et consommateurs. Le code de la consommation vise ici les pratiques susceptibles d'altérer le comportement d'un consommateur « moyen », « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques, selon l'interprétation donnée par la Cour de justice »⁽³⁾.

(3) Dir. PE Cons. CE n° 2005/29, 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



Roxane
CHANALET-
QUERCY
Avocat, De Gaulle
Fleurance &
Associés



Thierry TITONE
Avocat associé, De
Gaulle Fleurance &
Associés

En France, la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (« DGCCRF ») est notamment chargée d'assurer le contrôle et le respect de ces dispositions. Dans le cadre de ses pouvoirs d'enquête et de police administrative, la DGCCRF est amenée sur la base des investigations réalisées à rechercher la preuve de pratiques commerciales déloyales et, le cas échéant, à dresser un procès-verbal d'infraction. L'absence de sanction spécifique aux pratiques commerciales déloyales « générales » a conduit en pratique la DGCCRF à préféré le fondement des pratiques commerciales trompeuses (art. L. 121-2). Pour les professionnels faisant l'objet de ces enquêtes, la contestation de la preuve des éléments constitutifs précités est un axe de défense important dès cette phase préalable de la procédure.

Outre la cessation de la pratique déloyale en cause⁽⁴⁾, les pratiques commerciales « illicites » sont sanctionnées pénalement lorsque ces pratiques sont qualifiées de trompeuses ou d'agressives. La lourdeur des sanctions prévues par les textes⁽⁵⁾, s'explique sans doute par la gravité des pratiques en ce qu'elles portent atteinte non seulement aux intérêts du consommateur, mais aussi à la concurrence par la déloyauté du comportement et l'avantage injustifié qu'un opérateur économique peut en tirer.

La DGCCRF organise des contrôles réguliers, parfois sectoriels, qui se traduisent par des contrôles sur place et/ou sur pièces, des contrôles dématérialisés à distance étant également menés en grand nombre par un service d'enquête dédié au e-commerce.

Ces contrôles et enquêtes résultent d'auto-saisine, de plaintes de consommateurs ou d'associations de consommateurs, mais également d'entreprises qui utilisent les pratiques commerciales déloyales comme dispositif offensif permettant pas exemple de mettre un terme ou de freiner l'opération promotionnelle déloyale d'un concurrent.

En 2019, la DGCCRF a indiqué avoir procédé à 15 000 contrôles de sites internet, et transmis pour l'en-

semble de son activité 6150 dossiers au parquet⁽⁶⁾. Elle affirme ainsi son rôle, et celui du régime juridique des pratiques commerciales déloyales, afin : « *de garantir la confiance des consommateurs dans les produits et services (...) mais aussi de protéger les entreprises sérieuses et respectueuses des règles de la concurrence, en veillant au bon fonctionnement des marchés* »⁽⁷⁾.

Les dispositions du Code de la consommation prohibant les pratiques commerciales déloyales permettent donc d'appréhender de nombreux comportements mais ne s'appliquent pas directement dans des relations verticales « BtoB » et entre entreprises concurrentes⁽⁸⁾. C'est donc sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle (article 1241 du code civil) que les juges sont invités à se prononcer pour faire cesser et réparer les conséquences de pratiques commerciales déloyales, donnant par là même naissance à un contentieux fourni en matière de concurrence déloyale.

I. — Les pratiques commerciales déloyales outil de protection de la concurrence

Les pratiques commerciales déloyales, plus particulièrement les pratiques dites trompeuses ou agressives, font l'objet de définitions précises par le code de la consommation, et sont contrôlées, voire interprétées par la DGCCRF. Le non-respect de ces dispositions peut également conduire des opérateurs économiques à agir en justice pour demander la cessation de pratiques déloyales constatées chez leurs concurrents, et réparation du préjudice subi du fait de ces pratiques.

A. — Définition des pratiques commerciales déloyales et mise en œuvre dans la politique de contrôle de la DGCCRF

La directive européenne prévoit trente et une « clauses noires », ou comportements, considérés en tant que tels comme déloyaux et donc prohibés. La directive étant un texte dit d'harmonisation complète au sein de l'UE, les États membres ne peuvent définir des comportements déloyaux per se qui ne seraient pas prévus par la directive. Ils ne peuvent adopter de mesures plus restrictives que

Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, JOUE 11 juin 2005, L. 149/22.

(4) C. consom., art. L. 132-8 prévoyant la cessation de la pratique pour les pratiques trompeuses et non expressément pour les pratiques déloyales.

(5) La loi Hamon du 17 mars 2014 a alourdi les sanctions pénales, codifiées à l'article L. 132-11 et suivants du code de la consommation : peine d'emprisonnement de deux ans et amende de 300 000 € pouvant être appliquée au quintuple aux personnes morales. Il est fréquent que la DGCCRF mette en cause le représentant légal personne physique et la personne morale. Ajoutons que nous constatons en pratique une inflation significative du montant des amendes proposées par la DGCCRF et le Parquet, dans le cadre de transactions pénales afin vraisemblablement d'obtenir une plus grande efficacité du droit de la consommation.

(6) Bilan d'activité 2019 de la DGCCRF, p. 18. La DGCCRF ne précise pas si ces 6150 dossiers concernaient seulement des pratiques commerciales déloyales ou si d'autres infractions, par exemple à des réglementations spécifiques produits, sont également concernées.

(7) Communiqué de presse – présentation du bilan d'activité 2019 de la DGCCRF.

(8) Les pratiques trompeuses par action ou omission sont-elles prohibées dans les relations BtoB entre professionnels (art. L. 121-2 et s.).

celles définies par la directive, même au prétexte d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs⁽⁹⁾.

Si l'article L. 121-1 du code de la consommation donne une définition générale des pratiques commerciales déloyales, les articles suivants précisent certaines pratiques, les pratiques commerciales trompeuses ou agressives⁽¹⁰⁾.

Ainsi, l'article L. 121-2 du code de la consommation définit une pratique commerciale comme trompeuse notamment lorsqu'elle « créer une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent » ou lorsqu'elle « repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant [...] sur l'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service, ses caractéristiques essentielles [...] ou son prix [...] ».

Au sens de l'article L.121-4 du même code, sont également trompeuses les pratiques qui visent à alléguer de l'existence de labels, codes éthiques ou tout agrément sans pouvoir en justifier.

Dans le cadre de ses missions de protection du consommateur, et plus globalement de prévention par l'information des entreprises pour une concurrence loyale, la DGCCRF propose sur son site internet des lignes directrices destinées à informer l'ensemble des opérateurs consommateurs et professionnels en précisant des modalités d'interprétation des dispositions légales et leurs évolutions⁽¹¹⁾.

Ces évolutions législatives peuvent également interdire de nouveaux comportements qui, au-delà de la définition générale de pratique commerciale déloyale, sont interdits en tant que tels. Ainsi, récemment, la loi de lutte contre le gaspillage et sur l'économie circulaire⁽¹²⁾ a précisé que constitue une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article L. 121-4 du code de la consommation le fait de donner l'impression au consommateur qu'il bénéficie de réductions de prix comparables aux soldes les « opérations de promotion coordonnées à l'échelle nationale »⁽¹³⁾ (ce qui vise les opérations type « Black Friday »)⁽¹⁴⁾, ou a

encore interdit les allégations environnementales non significatives, telles que « compostable » ou « biodégradable »⁽¹⁵⁾.

Enfin, la politique de contrôle des pratiques commerciales déloyales par la DGCCRF est facilitée ou rendue plus directe par la mise à disposition d'une plateforme destinée au recueil de signalements par des consommateurs, ou de façon indirecte par des professionnels concurrents⁽¹⁶⁾.

Pour les entreprises actives dans le secteur des biens et services de consommation, il est utile de rester attentives aux lignes directrices et communiqués de presse de la DGCCRF sur certaines affaires et aux rares jugements de tribunaux correctionnels en la matière, afin non seulement de prévenir pour elle-même les risques de pratiques commerciales déloyales, mais aussi pour initier des actions offensives face à leurs concurrents et d'utiliser l'interdiction des pratiques commerciales déloyales comme outil juridique de concurrence efficace et loyale.

B. — Poursuite des pratiques commerciales déloyales par les concurrents

Dans les relations horizontales entre entreprises concurrentes, la notion de concurrence déloyale est une notion large, visant à réparer, sur le fondement de l'article 1240 du code civil, tout préjudice causé par un manquement aux principes de loyauté du commerce.

La faute en matière de concurrence déloyale peut notamment être un agissement contraire à la loi tel que la violation des dispositions des articles L. 121-1 et suivants du code de la consommation. Dans ce cas, la faute de l'auteur de la pratique commerciale déloyale ou trompeuse est caractérisée. Cela facilite concrètement la preuve de la faute et du préjudice subi celui-ci résultant nécessairement de la faute commise⁽¹⁷⁾.

À titre d'illustration, ont notamment été définies comme trompeuses des allégations sur des produits alimentaires, qui laissent le consommateur croire que le produit avait une composition naturelle et/ou particulière (plus ou moins de sucre, de fruits, etc.). Dans une affaire opposant deux fabricants de desserts lactés⁽¹⁸⁾, la Cour d'appel a constaté qu'un fabricant proposait des « petits pots de crème saveur [soit] vanille / fraise des bois / coco / citron » en représentant, sous le titre verbal, une illustration du

(9) CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-421/12, Commission c/ Royaume de Belgique.

(10) C. consom., art. L.121-6 et s.

(11) Par exemple, voir les lignes directrices relatives aux allégations cosmétiques ou aux allégations alimentaires (bio, « sans », etc.), qui offrent des indications sur le caractère trompeur de certaines allégations. Les secteurs cosmétiques ou alimentaire font à ce titre l'objet d'enquêtes sectorielles régulières, pour lesquelles la DGCCRF publie son plan et bilan de contrôle, en soulignant le nombre de non-conformité relevées.

(12) L. n° 2020-105, 10 févr. 2020, JORF n° 0035, 11 févr. 2020.

(13) Art. 12 de la loi n° 2020-105 préc.

(14) Cette interdiction doit néanmoins être appliquée avec attention, sa conformité au droit européen et à la directive n° 2005/29 précitée restant à démontrer, puisque la loi ajoute ici une nouvelle pratique commerciale déloyale *per se*, qui reste l'apanage de la Directive (ci-dessus, note 4).

(15) Art. 13 de la loi n° 2020-105 préc.

(16) Depuis le 18 février 2020, les plaintes de ces derniers sont facilitées par la création du site internet <<https://signal.conso.gouv.fr/>>, sur lequel les consommateurs sont invités à faire part à la DGCCRF de non-conformités ou de litiges avec des professionnels. En pratique, l'entreprise visée par un signalement en est informée et dispose d'un droit de réponse. La DGCCRF est également destinataire du signalement, mais les tiers ne peuvent y accéder.

(17) Cass. com., 14 juin 2000, n° 98-10.689, Bull. civ. IV, n° 126.

(18) CA Paris, 8 déc. 2010, n° 09/03571, SNC Andros France contre Lactalis Nestlé Ultra Frais Marque.

fruit correspondant. Il s'est avéré qu'aucun fruit n'entrait dans la composition des produits, et que les arômes étaient exclusivement artificiels. La Cour d'appel de Paris, après avoir rappelé que « *le commerçant qui utilise une présentation ou un étiquetage tendant à induire en erreur le consommateur sur la nature ou la qualité du produit se rend coupable, même en l'absence de textes spéciaux, d'une manœuvre de concurrence déloyale* », a condamné la partie contrevenante à verser à son concurrent, victime de sa déloyauté, la somme de 100 000 euros au titre de dommages et intérêts.

Même si la jurisprudence faisant état de pratiques commerciales déloyales dans leur dimension concurrentielle est relativement rare, l'affaire précitée illustre le fait qu'une entreprise peut utiliser la prohibition des pratiques commerciales déloyales pour faire cesser des pratiques dont elle considère être victime⁽¹⁹⁾.

II. — Élargissements jurisprudentiels des notions de pratiques déloyales entre concurrents

Le contentieux de la concurrence déloyale, particulièrement fourni, a permis aux juridictions de définir de « nouvelles catégories » de manquements, telles que le parasitisme ou le dénigrement. Face à l'absence de textes spécifiques concernant la concurrence déloyale, les juges ont également dû définir les critères de réparation du préjudice des actes de concurrence déloyale.

A. — Les pratiques définies par la jurisprudence à partir de la notion de concurrence déloyale

La concurrence déloyale étant jugée sur le fondement de l'article 1240 du code civil, l'ingéniosité des plaideurs peut conduire à dénoncer toutes sortes de comportements, avec plus ou moins de succès. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence permet de distinguer deux pratiques déloyales « favorites », que sont le parasitisme et le dénigrement.

Le parasitisme a été défini par la Cour de cassation comme « *l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit sans rien dépenser de ses efforts et de son sa-*

voir-faire⁽²⁰⁾ ». Le parasitisme est donc un comportement par lequel une entreprise par sa pratique commerciale cherche à capter ou à détourner une partie de la clientèle constituée par un autre opérateur « sans bourse délier » selon l'expression jurisprudentielle.

Une telle pratique est déloyale vis-à-vis de l'entreprise victime de la pratique qui voit ses investissements détournés par l'auteur du comportement parasitaire. Elle est tout autant déloyale vis-à-vis de prospects ou de clients dont la décision est susceptible d'être altérée et le cas échéant de façon substantielle.

La défense de l'entreprise victime d'un parasitisme, qui se concrétise dans une pratique commerciale largement définie par le Code de la consommation, n'est donc pas en opposition avec la défense des intérêts des clients consommateurs dont la décision a été substantiellement altérée par la pratique commerciale parasitaire.

Le dénigrement est la seconde forme de « pratique commerciale déloyale » définie par la jurisprudence dans le sillage de la concurrence déloyale horizontale entre concurrents.

Il s'agit de la pratique consistant à jeter le discrédit sur une personne physique ou morale, qui n'est pas nécessairement un concurrent, en répandant à son propos ou au sujet de ses produits ou services, des informations malveillantes pour en tirer profit⁽²¹⁾. Le dénigrement peut donc se concrétiser par une ou plusieurs pratiques commerciales susceptibles d'altérer la décision de consommateurs au profit par hypothèse de l'auteur de la pratique dénigrante.

A contrario la simple critique émise par un opérateur au sujet de produits ou services non concurrents de ceux qu'il propose ne constitue pas un dénigrement lorsque l'information est présentée en respectant les trois critères jurisprudentiels suivants : fournir une information d'intérêt général, reposant sur une base factuelle suffisante et exprimée avec une certaine mesure⁽²²⁾. Dans cette situation la pratique commerciale, par analogie, ne serait pas déloyale car elle ne serait pas contraire à la diligence professionnelle et ne serait pas de nature à altérer la décision commerciale du consommateur. Au contraire, un élément de comparaison objectif permet au consommateur d'obtenir un éclairage supplémentaire à l'heure de faire son choix.

Récemment, la Cour de cassation⁽²³⁾ a qualifié de dénigrement le fait, pour un fabricant de plan de travail, de déclencher une alerte sanitaire concernant ces produits, en dénonçant la toxicité de ces derniers, sans être en me-

(19) *A contrario* en matière de pratique commerciale publicitaire, l'imagination et une « exagération manifestement irréaliste » n'est pas déloyale, elle permet de ne pas entrer dans le champ de la pratique commerciale déloyale. Voir à ce titre l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation relaxant l'entreprise Samsonite, poursuivie par une association de consommateurs pour une publicité vantant la solidité de ses valises en filmant des bulldozers disputant une partie de football avec une valise à la place du ballon (Cass. crim., 21 mai 1984 n° 83-92.070, Bull. crim., n° 184)

(20) Cass. com., 9 juin 2015, n° 14-11.242.

(21) CA Paris 9 mars 2016, n° 13/01884.

(22) Cass. 1^{er} civ., 11 juill. 2018, n° 17-21.457, publié au Bulletin ; Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-18.350, publié au Bulletin.

(23) Cass. com., 4 mars 2020, n° 18-15.651, publié au Bulletin.

