

Rapport sur les travaux de la LIDC concernant le projet de directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales

JACQUES DE WERRA*

- I. La concentration sur la protection des consommateurs
- II. La structure du projet de directive
- III. La relation entre pratiques commerciales déloyales et «diligence professionnelle»
- IV. Les principes du pays d'origine et du pays de destination
- V. Conclusion

Lors du congrès de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence (LIDC) de Barcelone d'octobre 2003, le Bureau a décidé de constituer un comité ad hoc chargé d'étudier et de se prononcer sur la proposition de directive de la Commission européenne sur les pratiques commerciales déloyales (COM [2003] 356 final) datée du 18 juin 2003¹. Dans ce cadre, un questionnaire et des commentaires explicatifs relatifs à ce questionnaire ont été établis par Reiner Münker, président du groupe national allemand de la LIDC, et ont été adressés aux présidents des groupes nationaux en décembre 2003. Des rapporteurs provenant de neuf groupes nationaux ont ainsi participé à ces travaux en répondant à ce questionnaire². Bien que ce projet de directive ait fait l'objet de diverses modifications après la fin des travaux du comité ad hoc (la directive a été adoptée par le Conseil le 18 avril 2005)³, il paraît néanmoins intéressant de faire état de certains aspects de ces travaux, qui mettent en lumière les objectifs (et les limites) du projet de directive, ces travaux du comité ad hoc ayant abouti à une résolution de la LIDC adoptée lors du Congrès de Budapest en novembre 2004, qu'il convient également de présenter dans ses grandes lignes⁴.

I. La concentration sur la protection des consommateurs

Le comité ad hoc et la LIDC ont tout d'abord regretté que le projet de directive soit limité aux pratiques commerciales déloyales commises au détriment des consommateurs, à l'exclusion de celles commises au détriment des entreprises concurrentes. En effet, selon la LIDC, une telle limitation de la portée de la directive est préjudiciable aux intérêts des consommateurs, ceux-ci faisant en fin de compte souvent les frais des agissements déloyaux commis au détriment des entreprises concurrentes. Dans ce cadre, on peut saluer le fait que dans le projet de directive (au considérant 8 de sa dernière version consolidée)⁵, il soit indiqué qu'«[i]l va de soi qu'il existe d'autres pratiques commerciales qui, si elles ne portent pas atteinte aux consommateurs, peuvent néanmoins porter préjudice aux concurrents et aux clients des entreprises. Il convient que la Commission examine attentivement s'il y a lieu d'envisager une action communautaire en ce qui concerne la concurrence déloyale au delà du champ d'application de la présente directive et formule, si nécessaire, une proposition législative couvrant ces autres formes de concurrence déloyale». On peut ainsi constater que les autorités européennes ont identifié l'éventuel besoin de réglementer les pratiques commerciales déloyales au-delà des agissements lésant directement les consommateurs. On ne peut que soutenir cette approche dans la perspective de droit suisse, le but de la loi suisse contre la concurrence déloyale visant précisément à

¹ Accessible en ligne à: <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/03/st10/st10904fr03.pdf>.

² Dont l'auteur de cette contribution pour la Suisse.

³ Le Conseil a finalement adopté la directive sur les pratiques commerciales déloyales le 18 avril 2005 en deuxième lecture en retenant tous les amendements votés par le Parlement européen. Les Etats membres devront mettre en œuvre les dispositions de la directive deux ans et demi à compter de la publication (à intervenir) de la directive au Journal officiel de l'Union européenne; cf. le communiqué de presse du Conseil 8124/05 (Presse 88) du 18 avril 2005 accessible en ligne à: <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/05/st08/st08124.fr05.pdf>.

⁴ Le texte de la résolution (en anglais) datée du 16 novembre 2004 est disponible sur le site Internet de la LIDC à: http://www.ligue.org/docric/08.%20Resolution_Ad-Hoc-Committee_3_final.doc.

⁵ La dernière version consolidée étant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CEE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen du Conseil et le règlement (CE) n°.../2004 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2004 (dossier interinstitutionnel (2003/0134 (COD))), accessible en ligne à: <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/04/st11/st11630-re02.fr04.pdf>; c'est à cette version qu'il sera fait référence dans le cadre de la présente contribution.

protéger tant les concurrents que les consommateurs et la collectivité en général (en vertu de la conception tridimensionnelle du droit suisse de la concurrence déloyale⁶).

Au-delà de cette reconnaissance d'un potentiel besoin d'action évoqué dans le projet de directive, l'on doit relever que ce projet introduit un droit d'action en faveur des concurrents (art. 11), permettant ainsi à ces derniers d'intenter des actions en justice pour faire cesser les agissements déloyaux commis au détriment des consommateurs. En tout état, la LIDC encourage la Commission européenne à examiner et à identifier les éventuels besoins d'harmonisation en matière de lutte contre les pratiques commerciales déloyales commises dans les relations interentreprises (sous la désignation – figurant dans la résolution de la LIDC – de «business-to-business» [B2B]). Relevant toutefois qu'une harmonisation de la réglementation en matière de B2B reste délicate à accomplir, la LIDC considère que l'adoption d'une directive limitée à la répression des agissements déloyaux commis au détriment des consommateurs constitue déjà un premier pas utile, pouvant servir de base pour une réglementation future plus complète.

II. La structure du projet de directive

Une autre question discutée dans le cadre des travaux du comité ad hoc concernait les moyens et l'étendue de l'harmonisation des réglementations nationales des Etats membres devant être atteints par le moyen de la directive. Dans cet esprit, le projet de directive adopte une approche mixte en prévoyant une clause générale d'interdiction des pratiques commerciales déloyales (art. 5) complétée par des clauses spécifiques définissant les activités commerciales trompeuses (art. 6 et 7) et agressives (art. 8 et 9), la directive comportant en outre en annexe 1 une liste noire («black list») relativement longue (28 points) de «pratiques commerciales [trompeuses ou agressives] réputées déloyales en toutes circonstances». Observé dans l'optique du droit suisse, la structure du projet de directive paraît fonctionnelle, celle-ci correspondant, sous la réserve de la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances (annexe 1 de la directive), à celle de la loi suisse avec sa clause générale (art. 2 LCD) et ses clauses particulières (art. 3 à 8 LCD). La technique législative (clause générale/clauses spéciales/liste noire) adoptée dans la directive est d'ailleurs appréciée favorablement par la LIDC dans sa résolution.

Ce choix législatif soulève toutefois la question de savoir si la directive aura effectivement un effet harmonisateur au sein de l'Union européenne⁷. A ce propos, il est intéressant de noter que le rapport du comité ad hoc indique que seule une minorité des rapporteurs nationaux (provenant d'Etats membres de l'Union européenne) ont considéré que leur droit national nécessiterait d'être révisé suite à l'adoption de la directive. Ceci fait craindre que la directive n'ait pratiquement pas d'effet d'harmonisation en raison du fait qu'un certain nombre de législations nationales disposent déjà à l'heure actuelle d'une clause générale visant à interdire les pratiques commerciales déloyales. Dans ces circonstances, il paraît délicat de prédire si la directive, une fois adoptée, sera susceptible d'augmenter efficacement la protection des consommateurs dans l'Union européenne dès lors que certains Etats considéreraient que leur clause générale d'interdiction des pratiques commerciales déloyales remplirait déjà les exigences de protection découlant de la directive.

III. La relation entre pratiques commerciales déloyales et «diligence professionnelle»

Comme relevé dans le cadre des travaux du comité ad hoc et comme rappelé dans la résolution de la LIDC, la formulation de la clause générale du projet de directive (art. 5) n'est pas exempte de critique. Ainsi, son art. 5 ch. 2 let. a dispose qu'une pratique commerciale est réputée déloyale si elle est contraire «aux exigences de la diligence professionnelle». Selon la définition donnée à l'art. 2 let. h, la diligence professionnelle signifie «le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de la bonne foi dans son domaine d'activité». En dépit de la nécessaire généralité de la notion de pratiques commerciales déloyales devant figurer dans une clause générale – tel que l'art. 5 du projet de directive –, il ne semble pas que la référence à la notion de diligence professionnelle (définie à l'art. 2 let. h) permette de clarifier cette notion de déloyauté commerciale. Dans ce cadre, il aurait pu être préférable de se référer à la notion de contrariété aux usages commerciaux honnêtes (plus conforme à l'art. 10 bis de la Convention d'Union de

⁶ Telle que rappelée récemment par le Tribunal fédéral dans l'arrêt «unclean hands», sic! 2003, 833 consid 2.2.

⁷ L'art. 1 du projet de directive indiquant que son objectif est «d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs».

Paris) plutôt qu'à celle de diligence professionnelle. En effet, on ne saisit pas nécessairement le lien existant entre la définition de la déloyauté commerciale ou celle d'agissements commerciaux déloyaux d'une part et le «niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement sensé faire preuve vis-à-vis du consommateur» (de l'art. 2 let. h du projet de directive) de pas. Une négligence ou un manquement au niveau des compétences spécialisées et/ou des soins apportés par un professionnel ne signifie pas encore que le professionnel concerné se rende coupable d'agissements déloyaux au détriment des consommateurs de ses produits ou services. En d'autres termes, on ne peut pas considérer qu'une pratique commerciale qui serait contraire à la diligence professionnelle (dans l'hypothèse où le professionnel ne serait pas suffisamment spécialisé et/ou soigneux) en serait automatiquement déloyale (comme le laisse entendre le projet de directive). Dans ces circonstances, la LIDC a conclu à la nécessité de reconsidérer la formulation et la substance de la clause générale (notamment le concept de «diligence professionnelle») afin d'éviter des interprétations nationales divergentes de cette notion, qui devra ultimement être clarifiée par la Cour Européenne de Justice.

IV. Les principes du pays d'origine et du pays de destination

Un autre point sur lequel le comité ad hoc s'est penché concernait la question de l'application du principe du pays d'origine. Selon ce principe, qui figurait dans le projet de directive ayant fait l'objet des travaux du comité ad hoc, seul le droit de la concurrence déloyale de l'Etat dans lequel l'entreprise concernée (soit celle dont les agissements relèvent potentiellement de la concurrence déloyale) a son siège était applicable aux activités de cette entreprise, à l'exclusion du droit de la concurrence déloyale de tous les autres Etats membres dans lesquels cette entreprise aurait été active. De l'avis de la majorité des rapporteurs nationaux ayant participé aux travaux du comité ad hoc, une telle approche n'était pas satisfaisante, celle-ci favorisant un certain nivellement par le bas («race to the bottom»), soit que les Etats membres seraient poussés à diminuer la protection légale contre les agissements déloyaux, ce en vue d'attirer (ou de garder) les entreprises sur leur territoire. Ce principe a depuis lors été abandonné dans la directive, le principe applicable étant désormais celui du pays de destination, qui oblige au contraire les entreprises actives dans les pays de l'Union à respecter les réglementations locales dans chacun des Etats dans lesquels ils sont présents commercialement. Suivant en cela le comité ad hoc, la LIDC a approuvé dans sa résolution l'adoption du principe du pays de destination, et l'abandon de celui du pays d'origine. On notera à cet égard que ce principe du pays de destination correspond à la solution adoptée dans d'autres réglementations en gestation au sein de l'Union européenne. Ainsi, la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II», COM [2003] 427 final) dispose à son art. 5 al. 1 que «[l]a loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou risquent d'être affectés de façon directe et substantielle». Un principe similaire est d'ailleurs consacré en droit international privé suisse de la concurrence déloyale (cf. art. 136 al. 1 LDIP).

V. Conclusion

En somme, la directive sur les pratiques commerciales déloyales présente un grand intérêt tant sur le plan global et international pour la LIDC que sur le plan local pour un observateur suisse, non seulement parce qu'elle soulève des questions qui se posent ou sont susceptibles de se poser dans d'autres juridictions (notamment la notion et la définition des agissements déloyaux)⁸, mais aussi (et peut être surtout en ce qui concerne la Suisse) parce que les entreprises provenant d'Etats tiers actives sur le marché de l'Union européenne seront bientôt tenues de respecter ces nouvelles règles.

* Dr en droit, avocat, LL.M., chargé de cours à l'Université de Genève, Genève.

⁸ Découlant en particulier de la liste noire figurant en annexe 1 du projet de directive.