

Die Seite der ASAS / La page de l'ASAS

Dans quelles circonstances et dans quelle mesure l'obligation positive de fourniture d'informations devrait-elle être imposée aux annonceurs par une réglementation?

CHRISTOPHE RAPIN* / CHRISTOPHE PÉTERMANN**

- I. **Situation avant la transposition de l'UCPD**
 - 1. Etats membres de l'Union européenne
 - 2. Suisse
 - 3. Obligation négative
- II. **L'obligation d'information de la Directive UCPD et sa transposition**
- III. **Les arguments pour et contre une obligation positive d'information**
- IV. **Les propositions de la Ligue**
- V. **Conclusion**

Parmi les deux thèmes abordés lors de son congrès de Hambourg, la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence a choisi d'aborder une question située au confluent de la concurrence déloyale et de la régulation du marché, à savoir l'obligation positive de fourniture d'informations par les annonceurs. Le rapport international fut l'œuvre de ANTONINA BAKARDJIEVA ENGELBREKT, professeur à l'Université de Stockholm alors que le rapport suisse a été conjointement rédigé par les soussignés¹. A l'exception de la Suisse, tous les pays ayant soumis un rapport national sur la question posée sont membres de l'Union Européenne. Cette circonstance a permis de mettre en lumière le contraste entre la situation juridique prévalant dans l'Union Européenne depuis l'adoption de la Directive 2005/29/EC du Parlement et du Conseil concernant les pratiques commerciales déloyales entre entreprises et consommateurs sur le marché interne («Unfair Commercial Practices Directive», ci-après «UCPD») et la situation helvétique où le texte législatif le plus pertinent s'agissant d'une obligation positive de fourniture d'informations, à savoir la Loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs² (ci-après «LIC») est pour ainsi dire restée lettre morte. Cela étant, la mise en œuvre de l'UCPD par les Etats membres présente des différences importantes, et conduit parfois à un remaniement en profondeur de la logique qui prévalait en matière d'obligation d'informations dans la publicité.

A titre liminaire, le rapporteur international commence par rappeler la différence entre obligation positive et négative de fourniture d'informations aux consommateurs, tout en reconnaissant le caractère quelque peu artificiel de la distinction³. L'obligation positive exige d'une manière affirmative la communication d'informations importantes aux consommateurs, tandis que l'obligation négative implique généralement qu'en cas de manquement à fournir des informations importantes, la publicité pourrait être considérée comme trompeuse ou déloyale. En ce sens, et malgré l'approche exhaustive de la tromperie par omission de l'UCPD, celle-ci n'impose pas encore une obligation d'information positive.

I. Situation avant la transposition de l'UCPD

Dans une première partie de sa démarche, le rapporteur international passe en revue la situation des pays ayant soumis des rapports nationaux, avant la transposition de l'UCPD.

1. Etats membres de l'Union européenne

Une obligation positive générale imposant aux annonceurs de fournir des informations pertinentes aux consommateurs ne se rencontre guère que dans les pays scandinaves. C'est ainsi que la Suède pré-

¹ Le rapport international est disponible sur le site www.ligue.org alors que le rapport national suisse est disponible sur le site www.plplaw.ch.

² RS 944.0.

³ Il ne sera pas fait de renvoi plus précis que le renvoi générique de la note 1 au rapport complet.

voit, par une loi de 1975, une obligation pour les entreprises, dans leur marketing, de fournir des informations revêtant une importance particulière pour les consommateurs. Cette obligation s'étend à la totalité du marketing et ne prévoit aucune limitation concernant les produits, circonstances, ou médias spécifiques, même si en pratique certaines limitations sont reconnues.

Une obligation positive générale et horizontale existe également en Norvège, tandis que l'obligation positive est limitée aux offres de vente au Danemark, ou à certains aspects des produits liés à la santé et à la sécurité en Finlande. On retrouvait également des obligations d'information positives générales et relativement étendues dans les lois de certains nouveaux Etats membres de l'Union européenne tels la Hongrie ou la République tchèque, même si ces obligations sont restées lettre morte dans ce dernier Etat.

Les droits français et italien contiennent certes une obligation positive, mais limitée à l'invitation d'achat (offres de vente) et liée par conséquent au droit contractuel. En outre, ce type d'obligations est imposé aux vendeurs et prestataires de services, et non aux annonceurs et agences publicitaires en général. Le droit belge également, à la fois par la voie jurisprudentielle et par la loi sur les pratiques commerciales, impose aux professionnels de fournir aux consommateurs des informations dans n'importe quelle publicité constituant une offre.

En Espagne, la loi sur la protection des consommateurs impose aux négociants des obligations exhaustives concernant les informations figurant sur les étiquettes et l'habillage commercial des produits.

2. Suisse

En Suisse, la LIC prévoit que dans la mesure où l'intérêt des consommateurs le justifie, les caractéristiques essentielles des biens mis en vente ou dont l'usage est proposé à des tiers, ainsi que les éléments essentiels des services désignés par le Conseil fédéral doivent être indiqués sous une forme permettant les comparaisons (art. 2 al. 1).

Cette loi, entrée en vigueur en 1992, n'a pas été mise en œuvre comme prévu: les associations de consommateurs et les organisations économiques ne se sont guères entendues sur la liste des biens pour lesquels des indications devaient être fournies et le Conseil fédéral n'a fait aucun usage de sa compétence résiduelle en la matière (cf. art. 3 et 4 LIC)⁴.

Seuls deux accords portant sur la déclaration des biens et des services ont été conclus entre les milieux économiques concernés et les organisations de protection des consommateurs, à savoir un accord ayant pour but d'informer les consommateurs sur la méthode de production des légumes frais et des baies fraîches et un autre entre les importateurs automobiles et le Touring Club suisse sur l'utilisation des carburants⁵.

En outre, un projet de révision partielle de la LIC a été abandonné par le Conseil fédéral en date du 21 décembre 2005.

3. Obligation négative

On le voit, l'obligation positive de fourniture d'informations n'est reconnue que de manière limitée dans les législations nationales. A l'inverse, la plupart des pays ayant soumis un rapport national connaissent une obligation d'information indirecte négative, selon laquelle l'omission de certains types d'informations peut être considérée comme une pratique trompeuse et déloyale. Cette obligation prend principalement deux formes: (i) d'abord, l'interdiction explicite de la tromperie par omission (ainsi en Allemagne, en Belgique ou en Hongrie), (ii) ensuite l'interdiction implicite de la tromperie par omission, création de la jurisprudence ou de la doctrine (Autriche, Suisse, France et Royaume-Uni).

⁴ M. LEUPOLD/D. WÜGER, «15 Jahre Internetnutzung – der Stand der Dinge im Schuld-, Kollisions- und Datenschutzrecht», sic! 2008, 181 ss, 185.

⁵ Rapport explicatif du 14 juillet 2005 sur le projet de la Loi sur l'information des consommatrices et des consommateurs (révision partielle de la LIC).

II. L'obligation d'information de la Directive UCPD et sa transposition

La Directive UCPD instaure une interdiction générale des omissions (trompeuses) d'informations importantes pour les consommateurs (art. 7 (1) UCPD) et contient une liste positive énumérant les informations importantes uniquement dans le cas des invitations à l'achat (art. 7 (4) UCPD).

L'interdiction des omissions trompeuses s'applique uniquement aux pratiques commerciales employées par les entreprises vis-à-vis des consommateurs, et seules les omissions préjudiciables aux intérêts économiques des consommateurs tombent sous le coup de l'art. 7 UCPD. La notion de «pratique commerciale» est en revanche relativement large, puisqu'elle couvre «toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs» (art. 2 (d) UCPD).

L'art. 7 (1) UCPD prévoit ainsi qu' «une pratique commerciale est réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.»

La définition des informations importantes est laissée aux autorités des Etats membres, mais il paraît évident que les informations exigées par le droit communautaire lui-même dans les directives du droit de la consommation figureront au nombre des informations importantes au sens de la Directive UCPD.

La Directive impose ensuite une obligation d'information plus spécifique dans le cas des communications commerciales constituant une «invitation à l'achat», définie comme une communication commerciale indiquant les caractéristiques du produit et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat (art. 2 (i) UCPD).

Dans ce cas, les informations suivantes seront considérées comme importantes si elles n'apparaissent pas déjà dans le contexte: les caractéristiques principales du produit, l'adresse géographique et l'identité du professionnel, le prix toutes taxes comprises, les modalités de paiement, de livraison, d'exécution ou encore l'existence d'un droit de rétractation ou d'annulation.

Le rapporteur international souligne que dans les pays dotés d'une obligation d'information positive générale, la transposition de la Directive a abouti à la suppression de cette obligation. Tel est le cas en Suède ou en Hongrie, par exemple.

On peut relever également que, alors que la Directive limite le champ de sa protection aux seuls consommateurs, certains pays (Suède, Autriche) l'ont étendu aux pratiques commerciales entre entreprises.

III. Les arguments pour et contre une obligation positive d'information

Les débats ont mis en évidence des arguments favorables et défavorables aux obligations positives d'information. S'agissant des arguments favorables, il y a d'abord l'exigence de transparence des marchés, notamment dans des situations caractérisées par une incertitude sur les prix et la qualité des produits, ainsi que par une asymétrie d'information entre les consommateurs et les professionnels. Le rapporteur cite ensuite la protection des intérêts non économiques des consommateurs (santé, sécurité, protection de l'environnement) qui rejoint ainsi l'intérêt public général. Enfin, dans une perspective certes paternaliste, les obligations d'information ont parfois pour objectif de protéger les consommateurs contre eux-mêmes; c'est le cas par exemple, pour des produits comme le tabac ou l'alcool dont la publicité est strictement encadrée.

Parmi les arguments défavorables, le coût des obligations d'information pour l'industrie se présente immédiatement à l'esprit, mais parfois c'est la défense des consommateurs eux-mêmes qui motive l'opposition aux obligations de fourniture d'informations. Une quantité excessive d'informations peut ainsi aboutir au résultat contraire à celui qui était recherché, en réduisant la transparence au lieu de l'améliorer et en compliquant la tâche des consommateurs. Il faut également relever qu'une transparence accrue sur les prix par exemple peut favoriser les comportements cartellaires.

IV. Les propositions de la Ligue

Sur la base du rapport international, la Ligue a formulé un certain nombre de propositions⁶, dont les principales sont reprises ci-après:

– La Ligue soutient, sur le principe, les mesures de nature à promouvoir une communication commerciale transparente, tout en soulignant la nécessité de faire coïncider de telles mesures avec les principes de liberté de la communication et de concurrence non faussée.

Le choix de la forme, du contenu et du support de la communication commerciale devrait, pour l'essentiel, appartenir aux annonceurs.

– Des obligations d'information positives devraient être imposées aux annonceurs uniquement dans des cas soigneusement sélectionnés, en présence d'asymétries d'information caractérisées, et lorsque l'information additionnelle peut être efficacement comprise et utilisée par les consommateurs.

– Afin de déterminer quelles informations doivent être considérées comme «substantielles» au sens de la Directive, les enseignements de la théorie économique, relatifs par exemple à l'importance du type de produit, de sa valeur ou de la fréquence de son achat, à sa notoriété et à la situation concurrentielle sur le marché pertinent, pourraient être pris en considération.

Il ne paraît ni nécessaire, ni réaliste que le niveau des obligations d'information soit le même quel que soit le produit et quelles que soient les circonstances.

– La Ligue considère que le concept d'«invitation à l'achat» ne devrait pas s'appliquer à n'importe quelle communication commerciale contenant le prix et les caractéristiques du produit, mais seulement à celles qui permettent en outre au consommateur de procéder à un achat immédiat.

– La Ligue considère que les obligations d'information devraient être limitées aux relations entreprises/consommateurs.

V. Conclusion

Sur le thème de l'obligation positive de fourniture d'informations, la contribution de la Suisse reste modeste, dans la mesure où le droit suisse contient essentiellement des obligations positives spécifiques qui sont dispersées dans un grand nombre de lois et d'ordonnances⁷.

La principale discussion récente sur le sujet de l'obligation positive de délivrance d'informations aux consommateurs a eu lieu au moment de la révision avortée de la LIC en 2004–2005.

Le projet de révision de la LIC devait édicter des prescriptions minimales en matière de déclaration, s'appliquant en principe à toute offre de biens et de services. Les dispositions des lois sectorielles sur certains biens ou services demeuraient cependant réservées.

Le projet contenait le principe général selon lequel quiconque offre à titre professionnel des biens ou des services à ses clients (privés) doit dans tous les cas donner des informations objectives, conformes à la vérité et aisément compréhensibles sur son offre.

Il faut relever que le concept utilisé dans la LIC est celui de «déclaration», qui va au-delà de la publicité et comprend également l'information figurant sur le produit lui-même, sur l'emballage ou sur les documents d'accompagnement (prospectus, mode d'emploi)⁸.

Il reste à voir si l'évolution européenne récente issue de la Directive UCPD va réactiver ce projet.

* DEA en droit européen, avocat aux barreaux de Genève et de Bruxelles.

** LL.M, LL.M, avocat aux barreaux de Genève et de Bruxelles.

⁶ Ces propositions sont disponibles sur le site de la LIDC, www.ligue.org.

⁷ Voir le rapport national suisse sur le site www.plplaw.ch.

⁸ Message à l'appui d'une loi fédérale visant à améliorer l'information des consommateurs, FF 1986 II 377.