

ACTUALITÉ

Page 2

■ En bref

Page 4

■ Rapport

Jonathan Vayr

L'Autorité de la concurrence publie sa carte d'installation des notaires

DOCTRINE

Page 7

■ Droits européen et de l'UE

Florence Chaltiel

Le juge administratif, juge européen : nouvelles avancées

JURISPRUDENCE

Page 17

■ Droit bancaire / Droit du crédit

Emmanuel Jouffin

Pratiques commerciales trompeuses : rien ne va plus !

(Cass. crim., 13 janv. 2016)

CULTURE

Page 24

■ Exposition

Didier Du Blé

Frits Thaulow, paysagiste par nature



ACTUALITÉ

Rapport



L'Autorité de la concurrence publie sa carte d'installation des notaires ^{117y4}

Jonathan VAYR

Les conclusions de l'Autorité de la concurrence étaient particulièrement attendues par les notaires. Bruno Lasserre, président de l'Autorité, a dévoilé le 9 juin dernier des propositions qui risquent de créer quelques remous. Au programme : une carte nationale qui définira les implantations des nouveaux offices selon les besoins des territoires et des recommandations qui visent le chiffre de 1 650 notaires libéraux supplémentaires d'ici à 2018.

■ Une carte des zones d'implantation

Votée l'année dernière, la loi *Macron* continue de voir ses effets s'appliquer progressivement, et tout particulièrement dans le monde juridique. Le texte avait notamment pris une série de mesures concernant le notariat, en souhaitant révolutionner la profession, tant en termes de tarifs que d'installation des nouveaux offices sur le territoire français. Le ministre de l'Économie avait confié un pouvoir d'avis à l'Autorité de la concurrence sur cette matière, un avis rendu publiquement le 9 juin dernier lors d'une présentation à la presse par Bruno Lasserre, président de l'Autorité. L'un des points-clés des propositions est la carte d'implantation des nouveaux offices de notaires (*v. infra* p. 6, proposition de carte des zones d'installation). L'Autorité de la concurrence a en effet partitionné le territoire national en 307 zones (en se basant sur le concept de zone d'emploi). 247 ont été identifiées comme zones

d'installation libre (zones vertes) et 60 d'installation contrôlée (zones oranges). En supplément de la carte, une classification des zones a été effectuée pour déterminer les territoires prioritaires. Les services de l'Autorité se sont basés sur des critères de chiffre d'affaires, projections de populations et sur l'impact du décret relatif aux tarifs sur le chiffre d'affaires par zones. « À travers le chiffre d'affaires du secteur, on constate une répartition inégale entre des zones de forte activité et d'autres où l'activité est moindre », expose Thomas Piquereau, membre de l'Autorité. D'après les calculs du gendarme de la concurrence, le revenu moyen d'un notaire libéral est de 230 000 euros par an avec plus de 98 % des offices qui ont des revenus supérieurs à 100 000 euros. La proposition, envoyée aux ministères concernés, devra maintenant être validée par ces derniers.

Suite en p. 4

Édition quotidienne des Journaux Judiciaires Associés

petites-affiches.com

Petites **a**ffiches

annonces@petites-affiches.com
2, rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01
Tél. : 01 42 61 56 14

gazettedupalais.com

Gazette du Palais

annonceslegales@gazette-du-palais.com
12, place Dauphine - 75001 Paris
Tél. : 01 44 32 01 50

le-quotidien-juridique.com

Le
Quotidien
Juridique

annonces@le-quotidien-juridique.com
12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 Paris
Tél. : 01 49 49 06 49

laloi.com

La Loi
ARCHIVES COMMERCIALES DE LA FRANCE

loiannonce@laloi.com
33, rue des Jeûneurs - 75002 Paris
Tél. : 01 42 34 52 34

Directeur de la publication :

Bruno Vergé

Rédactrice en chef :

Emmanuelle Filiberti

Responsables de rédaction :

Valérie Boccara et Céline Slobodansky

Comité de rédaction :

Pierre Bézard, président honoraire
de la chambre commerciale de la Cour
de cassation

Jean-Pierre Camby, professeur associé
à l'université de Versailles
Saint-Quentin-en-Yvelines

Jean-Marie Coulon, premier président
honoraire de la cour d'appel de Paris

Alain Couret, professeur à l'université
Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Michel Grimaldi, professeur à
l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Jean-François Guillemin, secrétaire
général, groupe Bouygues

Paul Le Cannu, professeur à
l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Jacques Massip, conseiller doyen
honoraire à la Cour de cassation

Denis Mazeaud, professeur à
l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Nicolas Molfessis, professeur à
l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Jacqueline Morand-Deville,
professeur à l'université
Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Bernard Reynis, conseiller à la Cour
de cassation, président honoraire
du Conseil supérieur du notariat

Alain Sauret, avocat au barreau de Paris,
président du conseil scientifique
de Fidere avocats

Rédaction :

70, rue du Gouverneur Général Félix Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

Tél. : 01 40 93 40 51

Fax : 01 41 08 16 05

E-mail : redaction@lextenso.fr

Merci de nous envoyer vos articles à :
redaction@lextenso.fr

Abonnements :

70, rue du Gouverneur Général Félix Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

Tél. : 01 40 93 40 40

Fax : 01 41 09 92 10

E-mail : abonnementpa@lextenso.fr

Édition quotidienne des journaux judiciaires associés /
Groupement d'intérêt économique
Siège social : 2, rue Montesquieu, 75041 Paris Cedex 01
Commission paritaire N° 1216181038 / ISSN 09992170 /
Numéro J.J.A. : 7615
Imprimé par Jouve, 1, rue du docteur Sauvé, 53100 Mayenne

A B O N N E M E N T S

1 an France (TTC) 110 €

1 an Étranger (HT) UE 295 €

Hors UE 595 €

Pour tarifs particuliers
(enseignants, étudiants, ...) nous consulter

Direction Artistique : Agences Louisiane et Samarcande

■ Jurisprudence

■ Le juge des référés du Conseil d'État rejette la demande de suspension de l'ordonnance du 21 avril 2016 ayant créé une procédure de consultation locale sur les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement ^{118m3}

Par une ordonnance du 21 avril 2016, le Gouvernement a créé l'article L. 123-20 du Code de l'environnement, qui permet à l'État de consulter les électeurs d'une aire territoriale déterminée afin de recueillir leur avis sur un projet d'infrastructure ou d'équipement susceptible d'avoir une incidence sur l'environnement ou dont la réalisation est soumise à une autorisation délivrée par l'État. Cette ordonnance était prise sur le fondement de l'article 106 de la loi du 6 août 2015, qui avait autorisé le Gouvernement à intervenir dans le domaine réservé à la loi pour prévoir une procédure de consultation locale des électeurs.

Le 15 juin 2016, l'Association pour une taxation des transactions financières et pour l'action citoyenne (ATTAC), la Confédération paysanne et l'Union syndicale Solidaires ont demandé au juge des référés du Conseil d'État de suspendre l'exécution de cette ordonnance.

La procédure du référé-suspension, régie par l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, permet en effet d'obtenir dans un bref délai la suspension d'un acte administratif en attendant que le juge se prononce définitivement sur sa légalité lorsque deux conditions sont simultanément réunies : il faut qu'il y ait une situation d'urgence justifiant la suspension et qu'il y ait un doute sérieux sur la légalité de la décision administrative contestée.

Le juge des référés du Conseil d'État a rejeté leur demande. Il a estimé qu'en l'état de l'instruction, aucun des arguments invoqués n'était de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de l'ordonnance contestée :

- le juge des référés a d'abord jugé que la procédure d'adoption de l'ordonnance

ne présentait pas, en l'état du dossier, d'irrégularité ;

- il a ensuite estimé que la loi du 6 août 2015 permettait bien au Gouvernement de prévoir que la consultation était encore possible après l'intervention des décisions d'autorisation du projet et de la déclaration d'utilité publique ;

- le juge des référés a relevé, en outre, que l'avis rendu à l'issue de la procédure de consultation des électeurs ne liait pas les autorités compétentes et ne créait pas de pouvoir de décision nouveau qui affecterait les compétences des collectivités territoriales. Il en a déduit que l'ordonnance ne portait pas atteinte au principe de libre administration de ces collectivités ;

- le juge des référés a également estimé que les requérantes ne pouvaient pas se prévaloir du principe de confiance légitime, qui ne s'applique que dans le champ du droit de l'Union européenne ;

- enfin, le juge des référés a constaté que la procédure de consultation ne se substituait à aucune procédure d'information et de participation du public existante et obligatoire. Il en a déduit qu'elle ne méconnaissait pas les engagements internationaux de la France qui imposent de prévoir de telles procédures en matière environnementale.

Le juge des référés du Conseil d'État a donc refusé de suspendre l'ordonnance du 21 avril 2016. Celle-ci demeure par conséquent applicable jusqu'à ce que le Conseil d'État se prononce définitivement sur sa légalité.

Source : Communiqué du CE sur CE, 22 juin 2016, n° 400704.

■ Bibliographie

■ Les groupes parlementaires en France ¹¹⁷ⁿ⁴

Les groupes parlementaires sont devenus des acteurs incontournables de la vie des assemblées. Leur rôle n'a cessé de croître et leur présence de s'affirmer.

Pour l'Assemblée nationale comme pour le Sénat, les groupes parlementaires sont des interlocuteurs essentiels. Ils rythment leur activité et structurent leur fonctionnement. Mais ils sont encore des acteurs méconnus.

À l'interface des règles de droit et de la pratique politique, l'étude des groupes est pourtant riche d'enseignements. Sous la V^e République notamment, elle révèle une certaine conception du régime parlementaire et une profonde mutation de la culture politique et institutionnelle. D'autant que, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la Constitution prévoit que « le règlement de chaque assemblée détermine les droits des groupes parlementaires constitués en son sein. Il reconnaît des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux groupes minoritaires » (art. 51-1). Désormais constitués sous forme d'associations, avec la modification des règlements de l'Assemblée nationale et du Sénat par les résolutions des 17 septembre 2014 et 13 mai 2015, les groupes parlementaires sont aujourd'hui les instruments potentiels d'une revalorisation du Parlement.

Les groupes parlementaires en France, publié par les éditions LGDJ, a pour objet de montrer d'où ils viennent, ce qu'ils sont et ce qu'ils font.

Damien Connil est chargé de recherche au CNRS (UMR 7318 – IE2IA) et enseigne à l'université de Pau.

D. Connil, *Les groupes parlementaires en France*, LGDJ, 152 pages, 23 €.

En vente sur www.lgdj.fr et à la librairie LGDJ, 20, rue Soufflot, 75005 Paris.

■ **Le renvoi préalable** 117p0

Les mécanismes préjudiciels se sont multipliés ces cinquante dernières années. Renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne, renvoi préventif au tribunal des conflits, demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour de

cassation, question prioritaire de constitutionnalité et, plus récemment encore, demandes d'avis à la Cour européenne des droits de l'Homme. Le travail de recherche invite à s'interroger sur les causes de cette propagation.

L'étude démontre que l'utilisation de la technique préjudicielle poursuit aujourd'hui une finalité particulière : celle d'unifier l'interprétation des textes juridiques. Elle vient pallier l'essoufflement des mécanismes traditionnels et hiérarchiques d'unification, lesquels sont manifestement inadaptés aux dernières évolutions des sources du droit.

Même effet (l'unification du droit), même moyen (la technique préjudicielle), même cause (l'évolution des sources du droit) : les mécanismes préjudiciels contemporains sont apparentés. Ils traduisent une nouvelle manière d'unifier l'interprétation qui étend paisiblement son emprise.

Malheureusement, cette identité des mécanismes et l'évolution dont elle témoigne restent sous-jacentes. Il était donc nécessaire de créer une notion nouvelle permettant d'en rendre compte et de lui associer un régime juridique propre. Cette notion est le renvoi préalable, lequel s'entend de « tout mécanisme par lequel une juridiction suprême uniformise l'interprétation d'un texte, sur le renvoi d'une question de droit posée à l'occasion d'un litige ».

Le renvoi préalable, thèse de Gatien Casu, est publié par les éditions LGDJ.

G. Casu, *Le renvoi préalable*, LGDJ, 448 pages, 44 €.

En vente sur www.lgdj.fr et à la librairie LGDJ, 20, rue Soufflot, 75005 Paris.

■ **De quelques aspects contemporains de la sous-traitance** 117p2

La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance a 40 ans. En quelque 22 articles, le législateur s'est appliqué à établir des principes féconds en conséquence. Les traités et les manuels ne manquent d'ailleurs pas de présenter le régime du contrat de sous-traitance. Mais les auteurs, légitimement perplexes, regrettent que bien des points aient été laissés dans l'ombre.

De quelques aspects contemporains de la sous-traitance, publié par les éditions LGDJ, qui est la suite éditoriale du colloque annuel organisé par le master 2 Juriste d'entreprise de l'université François-Rabelais, s'est précisément donné pour objet de porter un regard critique sur quelques aspects contemporains de ce mécanisme. Le lecteur, qu'il soit en formation ou bien qu'il pratique la matière, devrait ainsi mieux apercevoir la façon dont les droits (i.e. droit du contrat, droit administratif, droit de la concurrence, droit du travail, droit de la responsabilité) appréhendent à la fois l'organisation contractuelle de l'opération de sous-traitance (première partie) et l'environnement dans lequel celle-ci s'insère (deuxième partie).

Sous la direction de Julien Bourdoiseau, Martin Oudin et Vincent Roulet, maîtres de conférences à l'université François-Rabelais de Tours.

Avec les contributions de Gwenola Bargain, Alexis Brunelle, Cécile Hablot, Alain Homps, Benjamin Lavergne, Christophe Radé, Olivia Sabard et Hadi Slim.

J. Bourdoiseau, M. Oudin, V. Roulet et coauteurs, *1975-2015, De quelques aspects contemporains de la sous-traitance*, LGDJ, 124 pages, 34 €.

En vente sur www.lgdj.fr et à la librairie LGDJ, 20, rue Soufflot, 75005 Paris.



L'Autorité de la concurrence publie sa carte d'installation des notaires ¹¹⁷⁷⁴

Les conclusions de l'Autorité de la concurrence étaient particulièrement attendues par les notaires. Bruno Lasserre, président de l'Autorité, a dévoilé le 9 juin dernier des propositions qui risquent de créer quelques remous. Au programme : une carte nationale qui définira les implantations des nouveaux offices selon les besoins des territoires et des recommandations qui visent le chiffre de 1 650 notaires libéraux supplémentaires d'ici à 2018.

■ Une carte des zones d'implantation

Votée l'année dernière, la loi *Macron*¹ continue de voir ses effets s'appliquer progressivement, et tout particulièrement dans le monde juridique. Le texte avait notamment pris une série de mesures concernant le notariat, en souhaitant révolutionner la profession, tant en termes de tarifs que d'installation des nouveaux offices sur le territoire français. Le ministre de l'Économie avait confié un pouvoir d'avis à l'Autorité de la concurrence sur cette matière, un avis rendu publiquement le 9 juin dernier lors d'une présentation à la presse par Bruno Lasserre, président de l'Autorité. L'un des points-clés des propositions est la carte d'implantation des nouveaux offices de notaires (v. *infra* p. 6, proposition de carte des zones d'installation). L'Autorité de la concurrence a en effet partitionné le territoire national en 307 zones (en se basant sur le concept de zone d'emploi). 247 ont été identifiées comme zones d'installation libre (zones vertes) et 60 d'installation contrôlée (zones oranges). En supplément de la carte, une classification des zones a été effectuée pour déterminer les territoires prioritaires. Les services de l'Autorité se sont basés sur des critères de chiffre d'affaires, projections de populations et sur l'impact du décret relatif aux tarifs sur le chiffre d'affaires par zones. « À travers le chiffre d'affaires du secteur, on constate une répartition inégale entre des zones de forte activité et d'autres où l'activité est moindre », expose Thomas Piqueureau, membre de l'Autorité. D'après les calculs du gendarme de la concurrence, le revenu moyen d'un notaire libéral est de 230 000 euros par an avec plus de 98 % des offices qui ont des revenus supérieurs à 100 000 euros. La proposition, envoyée aux ministères concernés, devra maintenant être validée par ces derniers. « Les ministres de la Justice et de l'Économie ne peuvent pas la changer. Soit ils l'adoptent,

soit ils nous demandent d'en formuler une nouvelle », précise Bruno Lasserre « mais le Gouvernement ne peut pas modifier la carte » !

■ Augmenter le nombre de notaires libéraux de 20 % d'ici 2018

Pour nourrir ses conclusions, l'Autorité de la concurrence avait lancé une grande consultation publique en mars dernier afin de dresser un état des lieux de l'offre notariale, une première pour la profession. Trois points d'attention ont été retenus : le renforcement du maillage territorial pour renforcer les zones actuellement mal desservies, offrir de nouvelles perspectives aux jeunes professionnels tout en préservant la viabilité économique des offices existants. L'Autorité a constaté qu'il y avait 9 868 notaires, répartis dans 4 571 offices en 2016. Des chiffres mis en parallèle avec le nombre d'offices en 2005 (4 507, soit un gain de 1,42 % sur 10 ans). Sur cette même période, 12 000 étudiants ont reçu le diplôme de notaires, mais seulement 1 500 d'entre eux ont pu exercer leur profession et devenir notaires. Selon Bruno Lasserre, ce qu'il juge comme « une stagnation du nombre d'offices notariaux » est dû en grande partie aux règles antérieures à la loi *Macron*, qui ont conduit « à une déconnexion entre l'offre notariale et la demande de prestations juridiques ». Pour pallier ce déficit, il recommande l'installation de 1 650 notaires libéraux d'ici 2018, soit 20 % supplémentaire par rapport à la situation actuelle, répartie sur les 247 zones vertes de la carte d'implantation.

Le moins que l'on puisse dire est que la proposition n'est pas passée inaperçue auprès du Conseil supérieur du notariat ! Celui-ci prend acte des propositions, mais dénonce « une proposition maximaliste, déconnectée des réalités du terrain », avant d'ajouter de manière sentie : « Sans doute, a-t-elle été trop inspirée par son expérience en matière de grandes surfaces commerciales, en l'espèce inadaptées à la réalité du travail et à l'économie des offices notariaux ». Des critiques qui étaient attendues par le président de l'Autorité : « les notaires appré-

“ Le Conseil supérieur du notariat dénonce « une proposition maximaliste, déconnectée des réalités du terrain » ”

Suite de la lecture de l'article de couverture

1) L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : JO n° 181, 7 août 2015, p. 13537.

cient peu lorsque des personnes extérieures à la profession s'intéressent à leur fonctionnement. Cependant je suis certain qu'ils ne pourront pas nier la qualité de notre travail qui a été fourni avec de très nombreuses données à l'appui », nous confie-t-il au détour des couloirs de l'Autorité de la concurrence. Bruno Lasserre n'hésite d'ailleurs pas à rappeler que les projections du Conseil supérieur du notariat en 2008 évoquaient 12 000 notaires pour 2015. « Ces recommandations visent à rajeunir et féminiser la profession et à rééquilibrer à l'horizon 2024 le nombre de notaires aux besoins de l'économie française », explique-t-il.

■ Une série de recommandations pour la profession

Car outre sa carte, l'Autorité de la concurrence a également formulé 23 recommandations au législateur pour les notaires. L'Autorité souhaite ainsi optimiser le fonctionnement de l'installation des nouveaux notaires, en fixant prioritairement l'examen des candidatures dans les zones à plus fort potentiel, mais aussi en envisageant l'extension du dispositif aux trois départements d'Alsace-Moselle. Ceux-ci sont en effet exclus pour le moment en raison de leur régime dérogatoire et du droit local qui y est historiquement appliqué. Le gendarme de la concurrence aimerait également réduire les barrières que rencontrent les candidats à l'installation : diminution des contraintes liées à la formation, aux financements ainsi qu'à la réglementation de la publicité. Autre souhait de Bruno Lasserre : accroître la diversité et la qualité de l'offre des prestations notariales. La possibilité de laisser des jeunes « avec un vrai esprit start-up » accéder à un office et innover dans les services qu'ils peuvent proposer est une des idées qu'il a assénées à de multiples reprises. Dernière recommandation enfin, améliorer l'accès des femmes aux offices en instaurant des statistiques par sexe et une parité au sein des instances représentatives.

Dans l'éventualité où les ministres de l'Économie et de la Justice adoptent la proposition de l'Autorité de la concurrence, trois arrêtés se-

ront nécessaires afin de la mettre en place : un premier concernant l'adoption de la carte, un second sur la date de début des candidatures et un dernier pour la constitution des dossiers de candidatures. La procédure sera effectuée via un portail internet sur le site du ministère de la Justice (en cours de création), puis par l'envoi des pièces justificatives sous dix jours. Si la demande est faite en zone verte, les candidatures seront sélectionnées en fonction de l'horodatage (puis d'un éventuel tirage au sort) et les nominations effectuées dans la limite des recommandations. En cas de demande en zone orange, l'examen sera effectué au cas par cas par la Chancellerie et ne pourra être accepté qu'à titre exceptionnel. À n'en pas douter, nombre de propositions et recommandations de l'Autorité de la concurrence peuvent présenter un intérêt pour les notaires, et notamment les jeunes diplômés. Mais la frontalité avec laquelle Bruno Lasserre les a présentées à la profession risque fort de créer une situation de conflit qui pourrait empêcher la réforme de se dérouler dans les meilleurs termes.

De son côté, le Conseil supérieur du notariat « en appelle à la sagesse du garde des Sceaux » en lui rappelant qu'il était « venu pour restaurer la confiance » à l'occasion du 112^e Congrès des notaires de France qui s'est tenu à Nantes et qu'il avait affirmé que les « questions de droit ne doivent pas être traitées en dehors de la Chancellerie ». Dans un courriel adressé à l'ensemble des notaires de France, Pierre-Luc Vogel, président du Conseil supérieur du notariat, a disqualifié le travail de l'Autorité de la concurrence en évoquant « le fruit d'un travail à sens unique ». Tout en soulignant que si la profession a été sollicitée pour fournir des informations statistiques, aucune réelle concertation avec le notariat n'a été effectuée. Dernière pique en date du président de l'Autorité de la concurrence en réponse aux multiples critiques : Bruno Lasserre s'est félicité des nombreux témoignages de félicitation de la part de notaires salariés, impatients de pouvoir se mettre à leur compte. Plus de 300 messages de sympathie seraient parvenus auprès de ses services...

Jonathan VAYR

“ Ces recommandations visent à rajeunir et féminiser la profession et à rééquilibrer à l'horizon 2024 le nombre de notaires aux besoins de l'économie française ”

Zone d'installation de Paris

Démographie notariale (2013)

- Offices : 287 (1^{er})
- Notaires titulaires et associés : 725 (1^{er})
- Densité notariale : 12,3 / 100 000 habitants (230^e)
- Notaires salariés : 161 (1^{er})
- Collaborateurs : 5 542 (1^{er})

Activité notariale (2013)

- Actes : 334 009 (1^{er})
- Chiffre d'affaires moyen : entre 1,25 million et 1,5 million par an

Recommandations de l'Autorité :

Rang d'examen : n° 1. Au vu des caractéristiques de la zone, l'Autorité de la concurrence recommande la création d'un nombre d'offices permettant l'installation libérale de 159 nouveaux notaires pour la période 2016-2018.



“ LES GRANDES DÉCISIONS
du Conseil constitutionnel, de la Cour
européenne des droits de l'homme,
de la Cour de cassation et du Conseil
d'État analysées et commentées
Nouvelle édition ”

Librairie
Disponible
sur
lgdj.fr
www.lgdj.fr

Le juge administratif, juge européen : nouvelles avancées ¹¹⁷ⁿ⁸

Florence CHALTIEL
Professeur de droit public

(À propos du feuilleton juridictionnel « Vent de colère ! »)

Il est désormais constant d'observer que le juge ordinaire – judiciaire ou administratif – est un juge de droit commun du droit européen. Acteur majeur du respect des principes d'effet direct et de primauté, le juge administratif déroule peu à peu, au fil des espèces qui se présentent à lui, les conséquences de sa mission de garant du respect de l'effectivité du droit européen. Poussant son office le plus loin possible dans les exigences d'effectivité et de contrôle de l'exécution de ses décisions annulant des mesures nationales contraires au droit de l'Union européenne, il vient de prononcer une astreinte particulièrement dissuasive, si l'exécutif demeurerait mutique.

Par un arrêt du 15 avril 2016¹, le Conseil d'État poursuit la mise en œuvre de son office de juge européen de droit commun, sous l'angle des questions d'exécution des décisions de justice et de l'astreinte.

L'action publique en faveur du développement de la production d'énergie à partir de sources d'énergie renouvelables suscite, dans notre pays, des réticences fortes dès lors qu'elle déploie son action incitative au bénéfice des éoliennes. Elle repose sur un mécanisme de garantie de vente de l'électricité produite par les installations éoliennes à un tarif fixé pré-déterminé supérieur à la valeur économique de cette électricité – mécanisme analogue à celui qui existe pour les autres sources d'énergie renouvelable. Les charges qui en résultent pour EDF et les distributeurs non nationalisés leur sont compensées. Depuis 2003, cette compensation est financée par la contribution au service public de l'électricité, ou CSPE, perçue directement sur les consommateurs finals et dont le Conseil d'État a jugé qu'elle constituait un prélèvement de nature fiscale la charge n'en est plus répartie, comme c'était initialement le cas, entre différentes catégories d'entreprises – les producteurs d'électricité ou leurs filiales, les fournisseurs, les organismes de distribution et les clients finals importateurs d'électricité. Ce sont là les termes introductifs de la rapporteure publique sur une des affaires ayant jalonné le feuilleton des requêtes de l'association « Vent de colère ! »².

L'affaire qui nous donne aujourd'hui l'occasion de revenir sur le plein déploiement de son office de juge européen par le Conseil d'État a été jugée en 2016. Mais la procédure remonte à 2008 ! C'est en effet à ce moment-là que l'association « Vent de colère ! » a saisi le Conseil d'État d'un recours pour excès de pouvoir contre des arrêtés du 17 novembre 2008 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par

les installations utilisant l'énergie mécanique du vent et de l'arrêté du 23 décembre 2008 le complétant, en arguant notamment du fait que ces arrêtés auraient institué une aide d'État en méconnaissance de l'obligation qu'impose aux États membres l'article 88 du Traité instituant la Communauté européenne, devenu depuis l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), d'en notifier le projet à la Commission, préalablement à toute mise à exécution. Le Conseil d'État avait, à l'étude de l'affaire, saisi la cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, comme le prévoient les traités européens depuis l'origine, afin de recevoir l'interprétation. La réponse quant à l'interprétation des stipulations du traité applicables avait conduit à faire droit à la demande d'annulation de l'association requérante. Las ! La décision de censure n'a pas suffi à faire respecter le droit, précisément le droit de l'Union européenne. Si la question de l'exécution des décisions de justice n'est pas nouvelle – loin s'en faut – la question de l'effectivité du droit européen est une des préoccupations majeures pour la construction d'un État de droit européen, qui, somme toute, reste jeune.

La question de la restitution des aides d'État a déjà fait l'objet d'un cadrage jurisprudentiel par le jeu du dialogue institutionnalisé des juges. Une affaire concernant le Centre d'exportation du livre français en a été le théâtre. En principe, lorsqu'une aide est illégalement versée, au motif que la Commission européenne n'a pas été en mesure, faute de notification, de se prononcer, préalablement à son versement, sur sa compatibilité avec le marché commun, cette illégalité implique, en principe, la « restitution » des sommes versées depuis l'origine en l'absence de circonstances exceptionnelles susceptibles d'y faire obstacle³.

La Cour de justice de l'Union européenne a néanmoins admis que cette « restitution » n'était

1) CE, 15 avr. 2016, n° 393721, conclusions Bokdam-Tognetti E.

2) Legras C., conclusions sur CE, 28 mai 2014, n° 324852.

3) CE, 29 mars 2006, n° 274923, Centre d'exportation du livre français.

pas exigée lorsque la Commission européenne avait adopté une décision finale constatant la compatibilité de l'aide avec le marché commun. Dans cette situation, le bénéficiaire de l'aide serait néanmoins tenu de payer les intérêts au titre de la période d'illégalité⁴. En effet, dans ce cas, l'avantage indu pour les bénéficiaires aura consisté, d'une part, dans le non-versement des intérêts qu'ils auraient acquittés sur le montant en cause de l'aide compatible, s'ils avaient dû emprunter ce montant sur le marché dans l'attente de la décision de la Commission et, d'autre part, dans l'amélioration de leur position concurrentielle face aux autres opérateurs du marché pendant la durée de l'illégalité⁵.

La Cour avait en effet indiqué qu'alors que la Commission est tenue d'examiner la compatibilité de l'aide projetée avec le marché commun, même dans le cas où l'État membre méconnaît l'interdiction de mise à exécution des mesures d'aide, les juridictions nationales ne font que sauvegarder, jusqu'à la décision finale de la Commission, les droits des justiciables face à une méconnaissance éventuelle, par les autorités étatiques, de l'interdiction visée à l'article 88, paragraphe 3, CE d'alors⁶. Les juridictions nationales doivent, en principe, faire droit à une demande de remboursement des aides versées en violation de l'article 88, paragraphe 3, CE⁷.

En effet, la décision finale de la Commission n'a pas pour conséquence de régulariser, *a posteriori*, les actes d'exécution qui étaient invalides du fait qu'ils avaient été pris en méconnaissance de l'interdiction visée par cet article. Toute autre interprétation conduirait à favoriser l'inobservation, par l'État membre concerné, du paragraphe 3, dernière phrase, de l'article 88 CE et le priverait de son effet utile⁸.

Les juridictions nationales doivent donc garantir que toutes les conséquences d'une violation de l'article 88, paragraphe 3, dernière phrase, CE seront tirées, conformément à leur droit national, en ce qui concerne tant la validité des actes d'exécution des mesures d'aide que le recou-

vrement des soutiens financiers accordés au mépris de cette disposition⁹.

Ainsi, l'affaire des éoliennes et des aides initialement non soumises – ni autorisées – à la Commission européenne, avait déjà un cadre juridique quant à ce qui devrait être remboursé, selon que l'aide serait finalement, après transmission, autorisée ou pas. La nouveauté de la procédure de ces espèces, car il y en a plusieurs, tient dans une lenteur – au moins – du Gouvernement à mettre en application la décision de justice qui, pourtant, semblait assez claire ! Le Conseil d'État a dû ainsi faire un rappel à l'ordre européen, certain, au Gouvernement, au terme de plusieurs années de procédures.

I. Le contexte du rappel fait au Gouvernement

Le litige qui vient de connaître une issue en 2016 remonte à un recours initié par le même requérant, l'association « Vent de colère ! »¹⁰.

Par une décision du 28 mai 2014¹¹, faisant droit à la requête de l'association « Vent de colère ! », le Conseil d'État a, après avoir préalablement saisi la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) à titre préjudiciel, annulé pour excès de pouvoir l'arrêté du 17 novembre 2008 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent et l'arrêté du 23 décembre 2008 le complétant, au motif que l'achat de cette électricité à un prix supérieur à sa valeur de marché, dans les conditions définies par ces arrêtés, avait le caractère d'une aide d'État et que ces arrêtés avaient été pris en méconnaissance de l'obligation de notification préalable à la Commission.

Par sa décision du 15 mai 2012¹², le Conseil d'État avait, dans un premier temps, sursis à statuer sur la requête de l'association et saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'un renvoi préjudiciel sur le fondement de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La question était ainsi formulée : « Compte tenu du changement de nature du mode de financement de la compensation intégrale des surcoûts imposés à Électricité de France et aux distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946

4) CJUE, 12 févr. 2008, n° C-199/06, Centre d'exportation du livre français, § 51 et s.

5) CJUE, 12 févr. 2008, Centre d'exportation du livre français, préc., § 51. V. <http://www.green-law-avocat.fr/quel-sera-der-nier-episode-saga-vent-colere-mise-en-jeu-responsabilite-letat-les-operateurs-eoliens/>.

6) CJCE, 21 nov. 1991, n° C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, dit « FNCE » : Rec., p. I-5505, pt 14. Il importe, en effet, de protéger les parties affectées par la distorsion de concurrence engendrée par l'octroi de l'aide illégale (v., en ce sens, CJCE, 5 oct. 2006, n° C-368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich e.a. : Rec., p. I-9957, pts 46 et 82).

7) V., not., CJCE, 11 juill. 1996, n° C-39/94, SFEI e.a. : Rec., p. I-3547, pt 70.

8) Pt 39, Arrêt FNCE, préc., pt 16.

9) Pt 39, arrêts préc. FNCE, pt 12, et SFEI e.a., pt 40, ainsi que arrêts du 21 oct. 2003, nos C-261/01 et C-262/01, van Calster e.a. : Rec., p. I-12249, pt 64, et Transalpine Ölleitung in Österreich e.a., préc., pt 47.

10) Définition de l'association par elle-même sur son site : « Vent de Colère ! est un réseau de plusieurs centaines d'associations et de sympathisants actifs pour protéger l'environnement et la qualité de vie dans les campagnes et les rivages français ».

11) CE, 28 mai 2014, n° 324852.

12) CE, 15 mai 2012, n° 324852.

sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, à raison de l'obligation d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent à un prix supérieur au prix de marché de cette électricité, résultant de la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003, ce mécanisme doit-il désormais être regardé comme une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État au sens et pour l'application des stipulations de l'article 87 du traité instituant la Communauté européenne ? ».

La Cour de justice de l'Union européenne a rendu son arrêt le 19 décembre 2014¹³. La Cour a précisé que la question posée revient au point de savoir si un mécanisme de compensation intégrale des surcoûts imposés à des entreprises en raison d'une obligation d'achat de l'électricité d'origine éolienne à un prix supérieur à celui du marché dont le financement est supporté par les consommateurs finals, tel que celui résultant de la loi n° 2000-108, doit être considéré comme une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Rappelant que la qualification d'aides d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, suppose la réunion de quatre conditions, à savoir qu'il existe une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État, que cette intervention soit susceptible d'affecter les échanges entre les États membres, qu'elle accorde un avantage sélectif à son bénéficiaire et qu'elle fausse ou menace de fausser la concurrence¹⁴, la question posée par le Conseil d'État porte uniquement sur la première de ces conditions.

La Cour rappelle d'abord que pour que des avantages puissent être qualifiés d'aides au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, ils doivent, d'une part, être accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État et, d'autre part, être imputables à l'État¹⁵. En l'espèce, elle constate que le mécanisme de compensation en cause dans l'affaire au principal a été institué par la loi n° 2000-108 et doit donc être considéré comme imputable à l'État. S'agissant ensuite de la condition tenant à ce que l'avantage soit accordé directement ou indirectement au moyen de ressources d'État, la Cour rappelle que des mesures ne comportant pas un transfert de ressources d'État

peuvent relever de la notion d'aide¹⁶. Car la notion d'intervention au moyen de ressources d'État vise à inclure, outre les avantages accordés directement par l'État, ceux accordés par l'intermédiaire d'un organisme public ou privé, désigné ou institué par cet État en vue de gérer l'aide en question¹⁷. Il faut aussi souligner que la Cour a jugé que l'article 107, paragraphe 1, TFUE englobe tous les moyens pécuniaires que les autorités publiques peuvent effectivement utiliser pour soutenir des entreprises, sans qu'il soit pertinent que ces moyens appartiennent ou non de manière permanente au patrimoine de l'État. En conséquence, même si les sommes correspondant à la mesure en cause ne sont pas de façon permanente en possession du Trésor public, le fait qu'elles restent constamment sous contrôle public, et donc à la disposition des autorités nationales compétentes, suffit pour qu'elles soient qualifiées de ressources d'État¹⁸.

En l'espèce, les sommes visant à compenser les surcoûts résultant de l'obligation d'achat pesant sur les entreprises sont collectées auprès de l'ensemble des consommateurs finals d'électricité sur le territoire français et confiées à la Caisse des dépôts et consignations. Le montant de la contribution pesant sur chaque consommateur final d'électricité est arrêté annuellement par le ministre chargé de l'Énergie sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie. À défaut d'un tel arrêté ministériel, le montant de la contribution est augmenté automatiquement chaque année, la loi prévoyant une sanction administrative en cas de non-paiement de la contribution par un consommateur¹⁹. La Cour a déjà jugé que des fonds alimentés par des contributions obligatoires imposées par la législation de l'État membre, gérés et répartis conformément à cette législation peuvent être considérés comme des ressources d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, même s'ils sont gérés par des entités distinctes de l'autorité publique²⁰.

Sur cette base, la Cour a ainsi répondu comme suit à la question posée par le juge national. L'article 107, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'un mécanisme de compensation intégrale des surcoûts imposés à des entreprises

13) CJUE, 19 déc. 2013, n° C-262/12.

14) V. arrêts du 17 mars 1993, n° C-72/91 et C-73/91, *Slooman Neptun* : Rec., p. I-887, pt 18, ainsi que du 30 mai 2013, n° C-677/11, *Doux Élevage et Coopérative agricole UKL-ARREE*, pt 25. Cités dans l'arrêt de la CJUE.

15) V. par ex., arrêts du 16 mai 2002, n° C-482/99, *France c/ Commission* : Rec., p. I-4397, pt 24.

16) V. not., CJUE, 15 mars 1994, n° C-387/92, *Banco Exterior de España* : Rec., p. I-877, pt 14 ; CJUE, 19 mai 1999, n° C-6/97, *Italie c/ Commission* : Rec., p. I-2981, pt 16.

17) V. par ex., not., 22 mars 1977, n° 78/76, *Steinike et Weinlig* : Rec., p. 595, pt 21 ; *Slooman Neptun*, préc., pt 19.

18) V. arrêts préc. *France c/ Commission*, pt 37 ; *Essent Netwerk Noord e.a.*, pt 70.

19) Selon L. n° 2000-108, 10 févr. 2000, art. 5.

20) V. CJUE, 2 juill. 1974, n° 173/73, *Italie c/ Commission* : Rec. CJUE, p. 709, pt 35. V. sur ces développements, les pts 18 à 25 de l'arrêt de la CJUE répondant à la question préjudicielle, 19 déc. 2013.

en raison d'une obligation d'achat de l'électricité d'origine éolienne à un prix supérieur à celui du marché dont le financement est supporté par tous les consommateurs finals de l'électricité sur le territoire national, tel que celui résultant de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, telle que modifiée par la loi n° 2006-1537, du 7 décembre 2006, relative au secteur de l'énergie, constitue une intervention au moyen de ressources d'État.

Or les arrêtés litigieux ont pour objet d'obliger Électricité de France et les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 à acheter, dans les conditions prévues par la loi, l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent à un prix supérieur au prix de marché de cette électricité. Or en vertu des articles 5 et 10 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, dans sa rédaction issue de la loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, les surcoûts ainsi imposés à Électricité de France et aux distributeurs non nationalisés font l'objet d'une compensation intégrale au moyen de contributions dues par les consommateurs finals d'électricité installés sur le territoire national, dont le montant est calculé au prorata de la quantité d'électricité consommée et arrêté par le ministre chargé de l'Énergie sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie.

Ainsi, l'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent à un prix supérieur à sa valeur de marché accorde un avantage aux producteurs de cette électricité et qu'en regard à la libéralisation du secteur de l'électricité au niveau de l'Union européenne, cet avantage est susceptible d'affecter les échanges entre États membres et d'avoir une incidence sur la concurrence. Dès lors il apparaît que sont réunis, pour la qualification d'aide d'État au sens de l'article 87 du traité instituant la Communauté européenne, devenu l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de l'obligation d'achat mentionnée ci-dessus, les critères de l'octroi d'un avantage, de l'affectation des échanges entre États membres et de l'incidence sur la concurrence.

De ce fait et suite à la réponse apportée par la cour de justice de l'Union européenne, le Conseil d'État juge, par sa décision du 28 mai 2014²¹, que l'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent à un prix supérieur à sa valeur de mar-

21) Déc. préc.

ché, dans les conditions définies par les arrêtés attaqués, a le caractère d'une aide d'État. Il en déduit logiquement que ces arrêtés ont été pris en méconnaissance de l'obligation de notification préalable à la Commission européenne résultant de l'article 88, paragraphe 3 du traité instituant la Communauté européenne. Ils sont donc illégaux et doivent être annulés.

Il ne s'agit là que d'application classique à la fois de l'office du juge national, incluant de veiller au respect et à l'effectivité du droit européen et du dialogue des juges institutionnalisé par le mécanisme originaire du renvoi préjudiciel.

Cependant, la procédure ne s'est finalement pas terminée à ce stade. En principe, il revenait aux autorités nationales compétentes de mettre à exécution la décision du Conseil d'État, elle-même tenant compte de l'interprétation donnée par la Cour de justice européenne. Mais tel ne fut pas le cas. Faute d'exécution, une nouvelle période s'ouvre, avec une nouvelle procédure qui donne l'occasion au Conseil d'État de renforcer encore la garantie de l'effectivité du respect du droit de l'Union.

II. La procédure ayant conduit à l'adoption d'une nouvelle décision

La question de l'exécution des décisions du juge est une question fondamentale de l'effectivité de l'État de droit²². Toute inertie de l'Administration²³, dont une décision est annulée par le juge administratif, est dommageable non seulement à l'intéressé qui a obtenu gain de cause devant le juge administratif mais aussi à l'ensemble de l'édifice juridique au premier rang duquel la sécurité juridique.

Le Conseil d'État va ainsi jusqu'à donner un mode d'emploi sur son site afin de guider les justiciables dans ses démarches visant à faire respecter les décisions de justice.

L'aide à l'exécution. En cas d'inexécution d'une décision du Conseil d'État, est indiquée la possibilité de s'adresser à la délégation de l'exécution des décisions de justice de la section du rapport et des études du Conseil d'État. Pour ce faire, il convient en principe attendre l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la notification de l'arrêt du Conseil d'État. Il n'est pas nécessaire de faire appel à un avocat pour présenter la demande d'aide à l'exécution d'une décision. Toutefois, l'exécution d'une décision ordonnant une mesure d'urgence peut être demandée immédiatement.

22) <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Demarches-Procedures/L-execution-des-decisions-du-juge-administratif>.

23) <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Demarches-Procedures/L-execution-des-decisions-du-juge-administratif>.

Le rapporteur, désigné par le président de la section du rapport et des études, accomplit toutes les démarches qu'il juge utiles.

La procédure d'astreinte. Il est également possible de demander au Conseil d'État de prononcer une astreinte pour assurer l'exécution d'une décision qu'il a rendue. Une telle demande ne peut être présentée qu'après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de notification de la décision. La demande d'astreinte doit être adressée à la section du contentieux et le recours à un avocat n'est pas obligatoire. Le dossier est communiqué à la section du rapport et des études, qui effectue les démarches qu'elle juge utiles pour s'assurer de l'exécution de la décision.

Au terme de l'examen de l'affaire par la section du rapport et des études, la section du contentieux se prononce sur la demande et prononce éventuellement une astreinte, qui est généralement fixée par jour de retard jusqu'à la date d'exécution de l'arrêt.

Lorsque le Conseil d'État a déjà prononcé une injonction. Dans certains cas, le requérant demande dans sa requête, de façon préventive, que le Conseil d'État inscrive dans son jugement ou son arrêt les mesures d'exécution que celui-ci impliquerait nécessairement. Dans cette hypothèse, le Conseil d'État indique dans sa décision quelles sont les mesures que l'Administration doit prendre et dans quel délai elles doivent intervenir.

Si l'Administration ne respecte pas le délai indiqué, et dès son expiration, le requérant peut signaler ses difficultés et demander au Conseil d'État de prononcer une astreinte à l'encontre de l'Administration. La procédure est celle décrite précédemment pour la demande d'exécution²⁴.

Ainsi, au fil des réformes du fonctionnement et des prérogatives de la juridiction administrative, la question de l'exécution des décisions de justice s'est vue renforcée. En l'espèce a été appliquée l'astreinte d'office (A) dans le contexte de l'affaire en cause (B).

A. Les conditions de l'astreinte d'office

En vertu du dernier état du droit et selon l'article L. 911-5 du Code de justice administrative : « En cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'État peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public pour assurer l'exécution de cette décision ». Selon l'article R. 931-7 du

même code : « Lorsque des difficultés d'exécution ont été signalées à la section du rapport et des études dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article R. 931-2, le président de cette section peut saisir le président de la section du contentieux aux fins d'ouverture d'une procédure d'astreinte d'office. Le président de la section du contentieux prononce par ordonnance l'ouverture de la procédure (...) ».

C'est sur cette base juridique que, sur saisine de la présidente de la section du rapport et des études, le président de la section du contentieux du Conseil d'État a ordonné, le 28 septembre 2015, l'ouverture d'une procédure d'astreinte d'office en vue d'assurer l'exécution de la décision du 28 mai 2014 du Conseil d'État, statuant au contentieux. C'est l'issue de cette procédure que représente la décision du 15 avril 2016.

B. Le contexte de l'application de la procédure de l'astreinte d'office

À la suite de la décision du Conseil d'État du 28 mai 2014²⁵, un nouvel arrêté a été pris par le ministre de l'Environnement et publié au Journal officiel du 1^{er} juillet 2014. Les formalités de procédure et de fond résultant du TFUE ont, cette fois, été respectées, le dispositif de soutien à la production d'énergie éolienne ayant été le 11 octobre 2013, soit préalablement à l'adoption de cet arrêté, notifié à la Commission, qui a admis sa compatibilité avec le marché intérieur par une décision du 17 mars 2014. La ministre a estimé que l'intervention de ce nouvel arrêté, conforme au droit de l'Union, suffisait à assurer l'exécution de la décision du 28 mai 2014²⁶.

Cependant et contrairement à la position du Gouvernement, l'association requérante estimait pour sa part que l'exécution de cette décision impliquait également que l'État, d'une part, réclame aux bénéficiaires de l'aide « les intérêts sur la somme correspondant à la différence entre le prix réglementé et le prix de marché », et d'autre part, restitue la contribution au service public de l'électricité qui avait été acquittée, dans la mesure où elle avait financé l'aide versée aux producteurs d'énergie éolienne, l'association « Vent de colère ! » a, à la fin du mois de décembre 2014, signalé à la section du rapport et des études, comme le prévoit l'article R. 931-2 du CJA, les difficultés rencontrées selon elle pour obtenir l'exécution de cette décision²⁷.

S'en sont suivis une série d'échanges au terme desquels la présidente de la section du rapport et des études a saisi, en application de l'article

25) *Id.*

26) Éléments relatés par la rapporteure publique, Bokdam-Tognetti E., dans ses conclusions sur l'affaire ici commentée.

27) *Id.*

24) Site internet du Conseil d'État.

R. 931-7 du CJA, le président de votre section du contentieux. Celui-ci a ordonné, le 28 septembre 2015, l'ouverture d'une procédure d'astreinte d'office en vue d'assurer l'exécution de la décision du 28 mai 2014. C'est le terme de cette procédure qui se trouve dans la décision du 15 avril 2106.

III. La décision d'astreinte d'office

Le juge devait d'abord vérifier le bien-fondé (A) de la demande formulée dans la procédure d'astreinte avant de décider du montant de celle-ci le cas échéant et ses implications (B).

A. Le bien-fondé de la demande d'astreinte

Il faut rappeler en premier lieu que dans son avis contentieux *Société Praxair* du 22 juillet 2015²⁸, le Conseil d'État a estimé que le produit de la contribution au service public de l'électricité n'influence pas directement l'importance des aides à la production d'électricité éolienne, qui ne sont pas accordées dans la limite des recettes escomptées de cette contribution, et que cette contribution ne peut dès lors être regardée comme faisant partie intégrante du régime de ces aides. L'association « Vent de colère ! » ne soutenait d'ailleurs plus, dans cette ultime procédure, que l'exécution de la décision du 28 mai 2014 impliquait la restitution de la CSPE acquittée.

Ce qui était en litige cette fois était donc la question de savoir si l'exécution de la décision précitée implique que l'État réclame aux producteurs d'électricité éolienne ayant bénéficié du mécanisme en cause d'obligation d'achat le paiement des intérêts afférents aux aides versées pendant la période d'application illégale des arrêtés des 17 novembre et 23 décembre 2008.

Selon le Gouvernement, l'exécution de l'arrêt du 28 mai 2014 n'impliquait pas d'adopter des mesures réclamant aux producteurs le paiement de tels intérêts. Le fondement juridique en était, selon lui, notamment dans un avis de section du 13 mars 1998, *Vindevogel*²⁹, selon lequel l'exécution du jugement par lequel un acte réglementaire a été annulé n'implique pas que le juge, saisi sur le fondement des dispositions de ce qui était alors l'article L. 8-4 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, enjoigne à l'Administration de revenir sur les mesures individuelles prises en application de cet acte, et que par suite, dans un tel cas, ce juge n'a pas à ordonner le remboursement d'une somme perçue sur le fondement

d'un acte réglementaire annulé pour excès de pouvoir.

Il est vrai que cette approche n'est pas isolée. Sur la base de cette jurisprudence, le Conseil d'État a ainsi jugé que la contestation sur l'absence de retrait des diplômes et attestations délivrés sur le fondement d'un arrêté constituait un litige distinct de celui qui a été tranché par la décision annulant cet arrêté, et il en a alors déduit que les conclusions tendant au prononcé d'une astreinte à l'encontre de l'État pour assurer un tel retrait en exécution de la décision d'annulation de l'arrêté ne pouvaient qu'être rejetées³⁰ ou encore que l'annulation d'une instruction ministérielle à caractère réglementaire n'impliquait pas qu'il soit enjoint au ministre de revoir les notations des agents qui avaient été effectuées en application de cette instruction³¹.

Cependant, on ne saurait passer sous silence le cas particulier d'une violation du droit de l'Union européenne, à travers la violation de l'interdiction de mise à exécution prématurée d'une aide. Or, ainsi que le rapporteur public dans l'affaire jugée en 2016 le souligne, le droit de l'Union semble, dans le contexte de l'affaire, faire peser sur le juge national des obligations supplémentaires par rapport à la jurisprudence *Vindevogel*, précitée, qui avait été rendue dans un contexte purement interne³².

Car le juge national doit tenir compte de ce que, lorsqu'une aide a été accordée en méconnaissance de l'obligation de notification préalable à la Commission, le droit de l'Union impose au juge national d'ordonner les mesures propres à « remédier effectivement aux effets de [cette] illégalité » et à « sauvegarder les droits des justiciables »³³. Il résulte de la jurisprudence de la Cour, notamment de son arrêt de grande chambre du 12 février 2008, *Centre d'exportation du livre français*, que nous avons cité plus haut, comme pré-cadrage de l'affaire qui nous occupe ici³⁴, qui était déjà rendu sur renvoi sur renvoi préjudiciel, que si le juge national n'est pas tenu, à cette fin, d'ordonner la récupération d'une aide mise à exécution en méconnaissance de l'obligation de notification préalable à la Commission, lorsque celle-ci a adopté une décision finale constatant la compatibilité de cette aide avec le marché intérieur, le juge national est en revanche tenu, en application du droit de

28) CE, avis, 22 juill. 2015, n° 388853.

29) CE, sect., 13 mars 1998, n° 190751 : Lebon, p. 78 ; AJDA 1998, p. 408, chron. Fombeur P. et Raynaud F.

30) CE, 16 déc. 1998, n° 189508, Fédération nationales des infirmiers.

31) CE, 9 avr. 2004, n° 234736, Maurice.

32) Conclusions sur l'affaire du 15 avril 2015, Bogdam-Tognetti E.

33) CJCE, 18 déc. 2008, n° C-384/07, Wienstrom GmbH (CJCE, 5 oct. 2006, n° C-368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich e.a.).

34) CJUE, gde ch., 12 févr. 2008, n° C-199/06, Centre d'exportation du livre français (CELF).

l'Union, d'ordonner au bénéficiaire de l'aide le paiement d'intérêts au titre de la période d'illégalité. Par ailleurs, le juge « peut » le cas échéant, dans le cadre cette fois de son droit national, ordonner en outre la récupération de l'aide illégale. Il peut également être amené à accueillir des demandes d'indemnisation de dommages causés du fait du caractère illégal de l'aide.

Certes, dans son arrêt *CELF* du 12 février 2008, la Cour de justice n'était pas saisie à l'occasion d'une affaire posant les conséquences d'une annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté ministériel instituant une aide. Mais la formulation large de sa décision, se prononçant sur les conséquences à tirer par le juge national de l'illégalité d'un régime d'aide mis en œuvre en méconnaissance de l'obligation de notification préalable à la Commission, nous paraît conduire à regarder la réclamation d'intérêts aux bénéficiaires de l'aide illégale comme une mesure d'exécution impliquée nécessairement par l'annulation d'un arrêté pour méconnaissance de l'interdiction de mise à exécution anticipée d'un tel régime.

Il faut rappeler évidemment le principe d'effectivité du droit de l'Union, qui s'oppose à ce que les modalités procédurales nationales aient pour effet de rendre « impossible ou excessivement difficile, en pratique, l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire », de renvoyer un requérant qui a obtenu l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif créant un régime d'aides au motif qu'il était illégal car non notifié à la Commission, devant l'Administration pour qu'il lui demande de faire payer des intérêts aux bénéficiaires de l'aide illégale et, devant le refus qui lui serait opposé, de saisir à nouveau le juge de l'excès de pouvoir pour obtenir l'annulation de ce refus et l'injonction de récupérer ces intérêts.

Le droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de justice semblait donc imposer, selon la rapporteure publique sur l'affaire en cause, suivie par la formation de jugement, de regarder comme une mesure d'exécution nécessaire de la décision d'annulation la réclamation d'intérêts et, par suite, de condamner l'État à une astreinte jusqu'à ce que le ministre ait fait payer ces intérêts aux producteurs.

Il est donc jugé que l'avis de section *Vindevogel*, précité, ne constitue pas un obstacle au prononcé d'une telle mesure. On peut d'ailleurs, au lieu de voir quelque rupture non fondée, observer une filiation entre cette démarche, en ce qu'elle implique de larges pouvoirs d'injonction au juge administratif afin de garantir la pleine efficacité du droit communautaire, de celle de la décision

d'assemblée *Vassilikiotis* du 29 juin 2001³⁵, qui avait alors déjà été largement commentée dans le sens d'un renforcement de la dimension européenne de l'office du juge administratif³⁶.

Dans cette affaire de 2001, le Conseil d'État avait prononcé une injonction au ministre, dans l'attente de l'édiction d'une réglementation complémentaire, de prendre des mesures individuelles de délivrance de cartes professionnelles propres à permettre l'exercice de la profession de guide dans les musées et monuments historiques. Il s'agissait là d'une réglementation nationale qui ne respectait pas suffisamment les principes du droit de l'Union européenne, en matière de liberté de circulation des travailleurs.

Il s'était alors jugé que, dans l'attente que cette réglementation complémentaire soit édictée, l'annulation prononcée par la présente décision a nécessairement pour effet d'interdire aux autorités nationales d'empêcher l'exercice, par un ressortissant communautaire, de la profession de guide dans les musées et monuments historiques au motif qu'il ne posséderait pas les titres et diplômes requis par le décret du 15 juin 1994 et l'arrêté du 15 avril 1999 ; qu'il appartient aux autorités compétentes, jusqu'à ce que l'arrêté du 15 avril 1999 ait été complété dans les conditions exposées ci-dessus, de délivrer aux ressortissants communautaires qui en font la demande, une carte professionnelle, en décidant, au cas par cas, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les titres et les diplômes présentés peuvent être considérés comme offrant, du point de vue des intérêts généraux que l'article 13 de la loi du 13 juillet 1992 a pour objet de sauvegarder, des garanties équivalentes à celles qui résultent de la possession des titres et diplômes français.

Dans cette même logique, la rapporteure publique a cité la décision *Viniflor* du 28 octobre 2009³⁷ rappelant que la protection nationale des décisions individuelles créatrices de droits doit tenir compte des exigences d'effectivité du droit de l'Union.

C'est ainsi, par une décision fortement motivée, que le Conseil d'État fait droit aux demandes de l'association requérante. Il rappelle en effet

35) CE, ass., 29 juin 2001, n° 213229 : Lebon, p. 303.

36) Not., Blanco F., note sous CE, ass., 29 juin 2001, n° 213229, *Vassilikiotis in RRJ* 2003, p. 1513-1562 (Doctrinal, numéro de notice OLB 108891) ; Cassia P., note sous CE, ass., 29 juin 2001, n° 213229, *Vassilikiotis in Europe* 2001, n° 8, p. 20-20 (Doctrinal, numéro de notice G01 085759) ; Damarey S., note sous CE, ass., 29 juin 2001, n° 213229, *Vassilikiotis in LPA* 24 oct. 2001, p. 12 (Doctrinal, numéro de notice OLB 086786) ; Guyomar M., Collin P., note sous CE, ass., 29 juin 2001, n° 213229, *Vassilikiotis in AJDA* 2001, p. 1046-1051.

37) CE, 28 oct. 2009, n°s 302030 et 302031 : Lebon, p. 400.

qu'il résulte des dispositions des traités, telles qu'interprétées par la Cour de justice des Communautés européennes notamment dans ses arrêts de 2006 et 2008³⁸, que, s'il ressortit à la compétence exclusive de la Commission européenne de décider, sous le contrôle des juridictions de l'Union européenne, si une aide de la nature de celles qui sont mentionnées à l'article 107 du traité cité ci-dessus est ou non, compte tenu des dérogations prévues par le traité, compatible avec le marché intérieur, il incombe, en revanche, aux juridictions nationales de sauvegarder, jusqu'à la décision finale de la Commission, les droits des justiciables en cas de violation de l'obligation de notification préalable des aides d'État à la Commission prévue à l'article 108, paragraphe 3. Telle est la formulation centrale de la décision.

Le Conseil d'État précise encore qu'il revient à ces juridictions de sanctionner, le cas échéant, l'illégalité de dispositions de droit national qui auraient institué ou modifié une telle aide en méconnaissance de l'obligation que ces stipulations imposent aux États membres d'en notifier le projet à la Commission préalablement à toute mise à exécution. Lorsque la Commission européenne a adopté une décision devenue définitive constatant l'incompatibilité de cette aide avec le marché intérieur, la sanction de cette illégalité implique la récupération de l'aide mise à exécution en méconnaissance de cette obligation.

Mais aussi, de même, lorsque la Commission européenne a adopté une décision devenue définitive constatant la compatibilité de cette aide avec le marché intérieur, la sanction de cette illégalité n'implique pas la récupération de l'aide mise à exécution mais les juridictions nationales sont tenues de veiller, à ce que soit mis à la charge des bénéficiaires de l'aide le paiement d'intérêts au titre de la période d'illégalité. Selon la rapporteure publique sur ce point, lorsque l'aide a été déclarée finalement compatible comme en l'espèce, ordonner la mise en paiement d'intérêts par l'État à la charge des producteurs d'électricité éolienne ne paraît en effet pas constituer une remise en cause de mesures individuelles d'attribution de ces aides dans leur principe et leur montant, mais tirer seulement les conséquences de l'illégalité de leur calendrier en assurant l'effacement de l'avantage indu résultant de la mise en exécution anticipée de l'aide.

L'exécution de la décision, non exécutée et ayant donné lieu à la décision que nous commentons

ici, ne sera donc pas complète tant que l'Administration n'aura pas exigé le paiement des intérêts afférents aux aides qui ont été accordées sur le fondement des arrêtés des 17 novembre et 23 décembre 2008.

Ces intérêts doivent donc être calculés sur la période courant de la date de versement de l'aide jusqu'à la date de la décision de la Commission du 27 mars 2014 ayant déclaré le régime d'aide litigieux compatible avec le marché intérieur, seront calculés à un taux qui ne pourra être inférieur à celui résultant de l'application des dispositions de l'article 9 du règlement n° 794/2004 de la Commission du 21 avril 2004, qui prévoit la méthode de fixation du taux d'intérêt applicable à la récupération des aides d'État octroyées en méconnaissance de l'article 108, § 3 du TFUE. Il apparaît qu'il n'y a pas lieu de réclamer le paiement d'intérêts pour les aides octroyées, certes sur le fondement des arrêtés annulés, mais postérieurement à la date de la Commission ayant déclaré le régime compatible avec le marché intérieur.

B. Les implications de la décision du 15 avril 2015

Le Conseil d'État tire toutes les conséquences de son office de juge européen. Ayant annulé des normes contraires au droit européen, ayant été sollicité pour non-exécution de cette décision, il prononce cette fois une injonction d'agir sous astreinte.

La somme décidée, de 10 000 € par jour de retard, apparaît fortement dissuasive d'une éventuelle nouvelle nonchalance ou récalcitance ! La question de la prescription des créances ainsi détenues par l'État à l'encontre des producteurs éoliens a été abordée par la rapporteure publique³⁹ selon les modalités suivantes.

Contrairement à la configuration en cause dans la décision *CELF* du 30 décembre 2011⁴⁰, dans laquelle le Conseil d'État a jugé que « si le [requérant] demande que soit appliqué pour la récupération des sommes le délai de prescription quinquennale fixé par le Code civil (...), le régime de récupération des aides d'État est entièrement régi par les dispositions du règlement n° 659/1999 [du 22 mars 1999], notamment en matière de fixation des délais de prescription », et avait ainsi appliqué le délai de prescription de dix ans prévu par l'article 15 de ce règlement, aux termes duquel : « 1. Les pouvoirs de la Commission en matière de récupération de l'aide sont soumis à un délai de prescription de dix ans. / 2. Le délai de prescription commence le jour où l'aide illégale est accordée au bénéfi-

38) CJUE, 5 oct. 2006, n° C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich* e.a. – CJUE, gde ch., 12 févr. 2008, n° C-199/06, *Centre d'exportation du livre français (CELF)*.

39) Conclusions préc.

40) CE, 30 déc. 2011, n°s 274923 et 274967.

ciaire, à titre d'aide individuelle ou dans le cadre d'un régime d'aide. Toute mesure prise par la Commission ou un État membre, agissant à la demande de la Commission, à l'égard de l'aide illégale interrompt le délai de prescription (...) »⁴¹, il ne s'agit pas ici de récupérer, en application d'une décision de la Commission, des aides qui ont été déclarées illégales par cette décision, laquelle servirait par ailleurs de point de départ au délai de récupération. Dès lors, elle estimait assez délicat de faire application de ce délai de prescription, paraît uniquement viser la récupération des aides illégales, et non le simple versement d'intérêts sans remboursement de l'aide.

Toutefois, même en appliquant la prescription quinquennale prévue à l'article 2224 du Code civil, la rapporteure publique⁴² a estimé que ce délai n'est pas expiré, y compris s'agissant des intérêts dus à raison d'aides octroyées en 2008. Elle a proposé en effet que, jusqu'à l'arrêt de la CJUE du 19 décembre 2013 ayant dit pour droit que le mécanisme d'obligation d'achat litigieux était constitutif d'une intervention au moyen de ressources d'État, ce dernier pouvait être regardé comme ignorant légitimement que le mécanisme mis en place par les arrêtés litigieux était un mécanisme d'aide d'État, que par suite, il avait mis à exécution de manière anticipée un régime illégal justifiant à tout le moins, sinon la récupération des aides, la mise en paiement d'intérêts, et que ce n'est donc en tout état de cause pas avant cette date qu'il disposait des éléments permettant de faire courir le délai de prescription⁴³.

Le Conseil d'État ainsi jugé en somme qu'à la date de la présente décision, l'État n'a pas pris les mesures propres à assurer l'exécution de la décision du 28 mai 2014 ; que, par suite, l'État doit être regardé comme n'ayant pas exécuté cette décision ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de prononcer contre l'État, à défaut pour lui de justifier de cette exécution dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente décision, une astreinte de 10 000 € par jour jusqu'à la date à laquelle la décision du 28 mai 2014 aura reçu exécution ; que la ministre de l'Environnement, de l'Énergie et de la Mer, chargée des relations internationales sur le climat, devra communiquer au secrétariat du contentieux du Conseil d'État copie des actes justifiant de l'exécution de la décision du 28 mai 2014, notamment des titres de recettes émis à cette fin.

41) V. aussi, toujours pour une application de ce délai pour la récupération d'une aide, CE, 22 juill. 2015, n° 367567, SAS Haliburton Manufacturing, publié aux Tables ; cité par Bokdam-Tognetti E., dans ses conclusions précitées.

42) Conclusions préc.

43) *Id.*

Outre les apports en termes d'effectivité du droit de l'Union européenne, et en cela aussi, de renforcement de l'usage des bases juridiques prévues par le Code de justice administrative pour le prononcé d'astreinte d'office, on retiendra aussi de cette décision un apport à l'édifice d'interprétation des aides d'État et de leur régime contentieux.

Il est désormais possible de synthétiser la matière comme suit : s'il ressortit à la compétence exclusive de la Commission européenne de décider, sous le contrôle des juridictions de l'Union européenne, si une aide de la nature de celles qui sont mentionnées à l'article 107 du traité est ou non, compte tenu des dérogations prévues par le traité, compatible avec le marché intérieur, il incombe, en revanche, aux juridictions nationales de sauvegarder, jusqu'à la décision finale de la Commission, les droits des justiciables en cas de violation de l'obligation de notification préalable des aides d'État à la Commission prévue à l'article 108, paragraphe 3. Il revient à ces juridictions de sanctionner, le cas échéant, l'illégalité de dispositions de droit national qui auraient institué ou modifié une telle aide en méconnaissance de l'obligation que ces stipulations imposent aux États membres d'en notifier le projet à la Commission préalablement à toute mise à exécution.

Première hypothèse, lorsque la Commission européenne a adopté une décision devenue définitive constatant l'incompatibilité de cette aide avec le marché intérieur, la sanction de cette illégalité implique la récupération de l'aide mise à exécution en méconnaissance de cette obligation. Deuxième élément à prendre en compte, lorsque la Commission européenne a adopté une décision devenue définitive constatant la compatibilité de cette aide avec le marché intérieur, la sanction de cette illégalité n'implique pas la récupération de l'aide mise à exécution mais les juridictions nationales sont tenues de veiller, dans cette hypothèse, à ce que soit mis à la charge des bénéficiaires de l'aide le paiement d'intérêts au titre de la période d'illégalité.

En troisième lieu, s'il appartient à l'autorité administrative de tirer toutes les conséquences du jugement par lequel un acte réglementaire a été annulé, l'exécution de ce jugement n'implique pas en principe que le juge, saisi sur le fondement de l'article L. 911-5 du Code de justice administrative, enjoigne à l'Administration de revenir sur les mesures individuelles prises en application de cet acte. Cependant, il résulte de ce qui précède que la juridiction administrative, juge de droit commun du droit de l'Union, doit veiller à ce que toutes les conséquences d'une violation de l'article 108, paragraphe 3, du Traité

■ Droits européen et de l'UE

sur le fonctionnement de l'Union européenne soient tirées. Lorsque le Conseil d'État statuant au contentieux a annulé un acte réglementaire instituant une aide en méconnaissance de l'obligation de notification préalable à la Commission européenne, il incombe à l'État de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer le recouvrement auprès des bénéficiaires de l'aide, selon le cas, des aides versées sur le fondement de ce régime illégal ou des intérêts calculés sur la période d'illégalité. Lorsqu'il constate que les mesures nécessaires n'ont pas été prises, le juge prescrit, sur le fondement des dispositions

du livre IX du Code de justice administrative, les mesures d'exécution impliquées par l'annulation de cet acte réglementaire afin d'assurer la pleine effectivité du droit de l'Union.

L'État de droit européen est certainement de mieux en mieux garanti à la faveur d'une vigilance accrue des acteurs et du juge. Une réactivité plus grande de l'Administration éviterait néanmoins ce genre de contentieux, aussi longs que fastidieux et coûteux. Le réflexe européen a encore du chemin devant lui.



Librairie
lgdj.fr

La plus grande
**LIBRAIRIE
JURIDIQUE**
EN LIGNE

 **EXPÉDITION
sous 24h**

 **NOUVEAU RAYON**
Ebooks

www.lgdj.fr



Suivez notre actualité
@librairieLGDJ

Suivez nous sur



Pratiques commerciales trompeuses : rien ne va plus ! ^{116q3}

« Considérant que la Loi, en dépit de ses lâchetés, traîtrises, perfidies, infamies, et autres imperfections, n'est cependant pas faite pour que le justiciable en démontre l'absurdité »

« L'article 330 », Georges Victor Marcel Moinaux, dit Courteline

Emmanuel JOUFFIN

Docteur en droit
responsable juridique
de banque

La chambre criminelle de la Cour de cassation sanctionne, en tant que pratique commerciale trompeuse, le fait d'avoir modifié le taux de rémunération d'un livret avant le terme annoncé de la campagne promotionnelle, sans avoir assuré la « proportionnalité » entre les moyens mis en œuvre pour assurer la promotion dudit livret et ceux déployés pour informer la clientèle de l'arrêt de la rémunération de ce livret au taux initialement annoncé.

Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 14-88136, PB

La Cour :

(...)

Attendu que pour confirmer le jugement l'arrêt relève que si la banque avait [...], dès le 20 février, remplacé sur son site internet le taux du compte épargne direct de 6 % par celui de 3,75 %, l'offre promotionnelle initiale au taux de 6 % était associée à un code devant être impérativement repris dans le formulaire de souscription, et que les demandes de souscription sur ce code dédié avaient continué d'être acceptées sans que le consommateur ne soit averti, au préalable, que le taux de 6 % n'était plus applicable ; que les juges en déduisent que la pratique en cause ne saurait se limiter au message de la publicité initiale qui, de manière intrinsèque et à ce stade, ne contenait aucune tromperie, et qu'en continuant d'accepter et de traiter des souscriptions alors qu'elle n'appliquait plus le taux offert initialement sans que le souscripteur en soit avisé, la société HSBC avait manifestement altéré le comportement économique d'un consommateur normalement attentif et avisé, trompé sur les qualités essentielles du contrat souscrit et la portée de l'engagement de l'annonceur.

(...)

NOTE

1 Le régime applicable aux pratiques commerciales déloyales, trompeuses et agressives est une tapisserie de Pénélope, toujours sur le métier mais jamais achevée. Ce ne sont pas moins de six lois (quatre pour les années

2008 et 2014), deux ordonnances et un arrêté¹ qui, en l'espace de dix ans, ont été publiés, sans pour autant que la transposition de la directive n° 2005/29² soit, ni totale, ni conforme. Cette production normative au rythme approximatif d'un texte tous les 15 mois, pourrait laisser penser qu'en 2016, l'édifice réglementaire est désormais achevé et toutes les zones d'ombres levées. Il n'en est rien. Chaque nouveau texte s'accompagne de son lot d'interrogations et la jurisprudence, loin d'apporter l'éclairage nécessaire, contribue au contraire à l'in vraisemblable brouhaha qui domine cette question. L'arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 2016³ vient illustrer ce constat.

2 À l'occasion de cet arrêt, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait à connaître des circonstances suivantes. Entre le 21 janvier et le 13 février 2009, HSBC France a

1) L. n° 2008-3, 3 janv. 2008, pour le développement de la concurrence au service des consommateurs dont l'article 39 transpose en droit interne la directive européenne n° 2005/29/UE ; L. n° 2008-776, 4 août 2008, relative à la modernisation de l'économie modifiant l'article L. 120-1 du Code de la consommation définissant les pratiques commerciales qualifiées de déloyales ; L. n° 89-421, 23 juin 1989, relative à l'information et à la protection des consommateurs, abordant la question des loteries avec pré-tirage ; L. n° 2011-525, 17 mai 2011, dite de simplification et d'amélioration de la qualité du droit levant, notamment, la prohibition de principe des ventes liées, à primes et des loteries commerciales pour autant qu'elles ne revêtent pas un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1 du Code de la consommation ; L. n° 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation abordant tant le sujet des loteries que des sanctions des pratiques commerciales trompeuses et agressives ; L. n° 2014-1545, 20 déc. 2014, relative à la simplification de la vie des entreprises abordant la question du formalisme et des sanctions en matière de loteries. Sans oublier, l'ord. n° 2012-351, 12 mars 2012, relative à la partie législative du Code de la sécurité intérieure venant abroger une loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries et un arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur. En dernier lieu, une ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, relative à la partie législative du Code de la consommation.

2) Directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur : JOUE, 11 juin 2005, n° L. 149.

3) Cass. crim. 13 janv. 2016, n° 14-88136.

NDA : « L'article 330 », Georges Victor Marcel Moinaux, dit Courteline. Cet article de l'ancien Code pénal était relatif à l'outrage public aux bonnes mœurs. Dans cette comédie en un acte, Courteline fait prononcer au Président un jugement sur l'opposition entre droits subjectifs et droit positif.

conduit une campagne publicitaire relative à un compte livret « Compte épargne direct » bénéficiant d'une rémunération très attractive de 6 % pendant 6 mois mais uniquement pour les comptes ouverts jusqu'au 31 mars, la rémunération tombant ensuite à 3,75 %. Le hasard a voulu que cette offre intervienne dans un contexte de taux particulièrement bas⁴, la rendant ainsi tout à fait attractive. On notera que la souscription était destinée à être effectuée en ligne.

Face à l'engouement suscité par son offre, HSBC France a décidé d'y mettre un terme à partir du 19 février, sans toutefois faire cesser la procédure d'ouverture à distance des comptes. Pour la cour d'appel de Paris⁵, la pratique commerciale était trompeuse dès lors que la banque avait, alors même qu'elle n'appliquait plus le taux initialement annoncé, poursuivi la prise de souscriptions sans que les clients soient suffisamment informés de ce changement.

3 Deux remarques complémentaires s'imposent. Tout d'abord, la Cour de cassation souligne que, ni la communication commerciale originelle, ni celle communiquée aux clients à l'instant de la souscription (et indiquant que le taux applicable était de 3,75 % au lieu de 6 %), ne sont trompeuses. La cour d'appel de Paris mettait en relief « la disproportion (...) évidente entre les moyens mis en œuvre par la banque HSBC pour lancer sa campagne et ceux qui ont été mis en œuvre pour l'arrêter prématurément ». De cette disproportion, les hauts magistrats déduisent une altération manifeste du « [...] comportement économique d'un consommateur normalement attentif et avisé, trompé sur les qualités essentielles du contrat souscrit et la portée de l'engagement de l'annonceur ».

Il est intéressant de souligner que, par-delà le contenu des messages, la Cour de cassation pointe une défaillance dans l'information de la clientèle au sujet de la remise en cause des conditions de l'offre promotionnelle initiale.

La Cour s'appuie notamment sur le fait que le « code promotionnel » associé à cette offre, lequel devait impérativement être repris dans le formulaire de souscription, était toujours sollicité sur ledit formulaire même après l'arrêt de la promotion. Bien que ce code n'ait été en réa-

4) Selon les constatations de la DGCCRF, le taux de rémunération du livret A était passé à 4 % au 1^{er} janvier 2009 puis à 2,5 % au 1^{er} février de la même année. Ces soubresauts dans l'évolution des cours seront-ils considérés comme la manifestation d'une imprévision au sens du futur article 1195 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ?

5) CA Paris, rép gén n° 12/07098.

lité destiné qu'à identifier le périodique par l'intermédiaire duquel le client avait eu connaissance de l'offre, les magistrats semblent avoir considéré, même si cela n'est pas clairement exprimé dans les décisions, que cet élément a pu contribuer à induire en erreur le consommateur.

En bref, pour reprendre l'arrêt de la cour d'appel de Paris dans cette affaire, « Le caractère trompeur de la pratique en cause, qui ne saurait se limiter au message de la publicité initiale qui, de manière intrinsèque et à ce stade, ne comportait aucun élément de tromperie, résulte dans le fait qu'eu égard aux circonstances de diffusion de cette offre promotionnelle affichant notamment un délai clair de validité de l'offre, le consommateur fort de ces conditions largement diffusées et auxquelles un code spécifique d'offre était attachée, ne pouvait, à défaut d'avis clair et antérieur à tout engagement de sa part, que penser légitimement que l'offre restait valable, alors qu'elle ne l'était plus, et ce d'autant que sa souscription continuait à être prise en compte sur internet ». Les circonstances comptent donc autant que le contenu des messages commerciaux pour apprécier une pratique trompeuse et c'est là que se manifeste une dangereuse zone d'ombre au travers de la notion de disproportion.

4 La motivation qui sous-tend cet arrêt est intéressante pour deux raisons. La première réside dans un rappel, sans ambiguïté, du caractère purement matériel du délit de pratique commerciale trompeuse (I). La seconde est le fait que la Cour de cassation valide la référence explicite faite par la cour d'appel de Paris à la notion de « proportionnalité », critère dont l'apparition, s'agissant de la répression des pratiques commerciales trompeuses est pour le moins inquiétante (II).

I. Le caractère purement matériel de la pratique commerciale trompeuse

A. Pratiques trompeuses vs pratiques déloyales

5 Tout d'abord, rappelons que les pratiques commerciales trompeuses sont objets de l'article L. 121-1-1⁶ du Code de la consommation pour les pratiques trompeuses par action et de l'article L. 121-1-11⁷ du même code, s'agissant des pratiques trompeuses par omission.

6) Art. L. 121-2 dans la rédaction du code issue de l'ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, entrant en vigueur le 1^{er} juill. 2016.

7) Art. L. 121-3 dans la rédaction du code issue de l'ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, entrant en vigueur le 1^{er} juill. 2016.

On notera toutefois qu'*in fine*, les hauts magistrats ne se réfèrent pas à la lettre de l'article L. 121-1-1⁸, mais à celle de l'article 120-1⁹ du Code de la consommation. Ce dernier article fixe un principe général : « les pratiques commerciales déloyales sont interdites », en précisant qu'est déloyale la pratique qui, non seulement est « contraire aux exigences de la diligence professionnelle », mais aussi qui « altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service »¹⁰. On voit là que les hauts magistrats ont assimilé les pratiques commerciales trompeuses aux pratiques déloyales, estimant sans doute, sans l'exprimer clairement, que les pratiques trompeuses ne sont qu'une illustration de ce qu'est une pratique déloyale.

6 Cette interprétation peut se recommander de l'article L. 120-1¹¹ du Code de la consommation lequel constitue, à lui seul, le chapitre préliminaire du titre II – Pratiques commerciales – du Livre I – Information des consommateurs et formation des contrats du Code de la consommation, et affirme un principe général de prohibition de la déloyauté. Le II¹² de cet article énonce par ailleurs, de manière très claire, que constituent « en particulier » des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux anciens articles L. 121-1 et L. 121-1-1 du Code de la consommation. Nous verrons ci-après (§ 7) que cette interprétation n'est pas celle de la CJUE.

La question suivante concerne le caractère ou non intentionnel de cette infraction.

B. Quelle place pour l'intention dans les pratiques commerciales trompeuses ?

7 Un peu d'histoire, s'agissant de « l'intentionnalité » qui s'attache, ou pas, à cette infraction. Les pratiques commerciales trompeuses font l'objet d'une répression de nature pénale par le biais de l'article L. 121-6¹³ du Code de la consommation. Auparavant existait le délit de publicité fautive ou de nature à induire en erreur lequel était un délit non-intentionnel. L'on sait que la

loi d'adaptation du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal prévoyait, dans son article 339, que « tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence et de mise en danger délibérée de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément ». Or, le délit de publicité fautive ou de nature à induire en erreur était, avant la réforme du Code pénal, un délit non-intentionnel, nature qu'il a conservée ensuite lors de l'introduction, par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, des pratiques commerciales trompeuses et agressives.

8 Dans son arrêt du 13 janvier 2016, la Cour de cassation adopte à ce sujet une position différente. En effet, elle valide résolument la position de la cour d'appel de Paris au sujet du caractère intentionnel, cette dernière ayant souligné que : « (...) l'élément intentionnel requis par l'infraction visée réside dans le fait que la banque ait décidé de ne plus appliquer les conditions de sa promotion avant son terme, dans les conditions qui viennent d'être rappelées... ».

In fine, le délit de pratique commerciale trompeuse est-il ou non intentionnel ? Pour la CJUE, il est clair que ce délit est matériel. Elle l'a affirmé, de manière catégorique, à deux reprises.

9 Tout d'abord, dans une décision du 19 septembre 2013¹⁴, elle a décidé (§ 48) que : « la directive sur les pratiques commerciales déloyales doit être interprétée en ce sens que, dans le cas où une pratique commerciale satisfait à tous les critères énoncés à l'article 6, paragraphe 1, de cette directive pour être qualifiée de pratique trompeuse à l'égard du consommateur, il n'y a pas lieu de vérifier si une telle pratique est également contraire aux exigences de la diligence professionnelle au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous a)¹⁵, de la même directive pour qu'elle puisse valablement être considérée comme déloyale et, partant, interdite au titre de l'article 5, paragraphe 1, de ladite directive ».

Autrement dit, il importe peu que la pratique contestée soit le fruit d'une violation de la diligence professionnelle, peu importe que son auteur soit ou non de bonne foi.

8) Art. L. 121-2 dans la rédaction du code issue de l'ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, entrant en vigueur le 1^{er} juill. 2016.

9) Art. L. 121-1 dans la rédaction du code issue de l'ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, entrant en vigueur le 1^{er} juill. 2016.

10) « La société HSBC avait manifestement altéré le comportement économique d'un consommateur normalement attentif et avisé, trompé sur les qualités essentielles du contrat souscrit et la portée de l'engagement de l'annonceur ».

11) Art. L. 121-1 dans la rédaction du code issue de l'ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, entrant en vigueur le 1^{er} juill. 2016.

12) C. consom., L. 121-1 nouv, al. 3.

13) Art. L. 132-2 dans la rédaction du code issue de l'ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, entrant en vigueur le 1^{er} juill. 2016.

14) CJUE, 19 sept. 2013, n° C-435/11, CHS Tour Service GmbH. Nicod V., « L'arrêt de la CJUE du 19 septembre 2013, affaire C-435/11 : une clarification bienvenue dans le droit des pratiques commerciales déloyales ! », RLDA 2013/88, p. 32 ; Jouffin E., « La répression des pratiques commerciales trompeuses nature du délit et prescription : Ubu fait son droit », in *Mélanges en l'honneur de Didier R. Martin*, 2015, LGDJ, p. 267 et s.

15) Lequel vise les pratiques déloyales.

10 La CJUE estime dans sa décision du 19 septembre 2013¹⁶ que cette interprétation « est la seule qui soit de nature à préserver l'effet utile des règles particulières prévues aux articles 6 à 9 de la directive sur les pratiques commerciales déloyales. En effet, si les conditions d'application de ces articles étaient identiques à celles énoncées à l'article 5, paragraphe 2, de la même directive, lesdits articles seraient dépourvus de toute portée pratique, alors même qu'ils ont pour but de protéger le consommateur contre les pratiques commerciales déloyales les plus fréquentes ».

La doctrine remarque à cet égard que l'« élément matériel et [l'] élément moral de l'infraction tendent pratiquement à fusionner et la faute intentionnelle finit par évoquer la faute lourde d'imprudance ou de négligence »¹⁷, la jurisprudence évoquant, quant à elle, « une négligence coupable assimilable à de la mauvaise foi »¹⁸ ou bien encore une « grave négligence professionnelle »¹⁹. Ramené au cas qui nous préoccupe, ceci signifie qu'il importe peu que la banque ait eu, ou non, une volonté délibérée de tromper ses clients, il importe peu qu'elle ait été ou non de bonne foi ou bien encore, qu'elle invoque des circonstances matérielles pour expliquer son attitude²⁰.

11 Cette prise de position a été rappelée dans une décision du 16 avril 2015²¹ par laquelle la CJUE, reprenant la solution dégagée dans son arrêt du 19 septembre, estime qu'est « dénué de toute pertinence le caractère prétendument non intentionnel d'un agissement tel que celui en cause au principal »²². La Cour se réfère à l'article 11 de la directive²³ n° 2005/29, lequel prévoit expressément que l'application des mesures prises par les États membres aux fins de lutter contre de telles pratiques est indépendante de la preuve d'une intention, voire d'une négligence de la part du professionnel, tout comme de celle d'un préjudice réel subi par le consommateur.

16) § 46.

17) Jeandidier W., *Droit pénal des affaires*, 6^e éd., 2005, Dalloz, n° 434.

18) CA Agen, ch. corr., 15 avr. 2009, n° 08/00306-A.

19) CA Bourges, ch. corr. 2, 16 avr. 2009, n° 2009/193.

20) Au cas d'espèce HSBC évoquait un engorgement des services dû au succès inattendu de son offre.

21) CJUE, 16 avr. 2015, n° C-388-13.

22) § 47.

23) Art. 11-2 : « (...) les États membres confèrent aux tribunaux ou aux autorités administratives des pouvoirs les habilitant, dans les cas où ceux-ci estiment que ces mesures sont nécessaires compte tenu de tous les intérêts en jeu, et notamment de l'intérêt général [...] même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réels, ou d'une intention ou d'une négligence de la part du professionnel ».

12 L'arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 2016 démontre une double divergence de vue entre la Cour de cassation et la CJUE. D'une part, pour les juges du Quai de l'horloge, la question de l'intentionnalité se pose. Mais y a-t-il une divergence fondamentale entre, d'une part, une intentionnalité interprétée de manière très compréhensive et une matérialité « brute » ? Ce que l'on retient de tout ceci est que l'élément légal de l'infraction devient rien de moins qu'approximatif et que de telles libertés prises avec les principes de la procédure pénales sont préoccupants en présence d'un délit lourdement réprimé²⁴.

13 D'autre part, la Cour de cassation, pour retenir le caractère trompeur de la pratique, fait une référence expresse à l'article L. 120-1²⁵, alinéa premier, du Code de la consommation relatif aux pratiques commerciales déloyales pour affirmer qu'il y a eu une altération manifeste du « [...] comportement économique d'un consommateur normalement attentif et avisé, trompé sur les qualités essentielles du contrat souscrit et la portée de l'engagement de l'annonceur ».

Or, l'arrêt de la CJUE du 19 septembre 2013 nous invite à une toute autre lecture que celle retenue par la Cour de cassation. Les juges de Luxembourg déconnectent en effet les pratiques commerciales trompeuses des pratiques déloyales, soit un cloisonnement des dispositions privant l'article L. 120-1²⁶ de son rôle « d'article pilote ». Pour être conforme à la jurisprudence de la CJUE, la Cour de cassation aurait dû s'abstraire de l'article L. 120-1²⁷ et s'attacher à démontrer qu'étaient remplies les conditions d'application de l'article L. 121-1-II²⁸.

14 Ces deux divergences illustrent la difficulté, tant pour les consommateurs, que pour les

24) L'article L. 121-6 du Code de la consommation énonce, dans sa rédaction postérieure à la loi Hamon, que les pratiques commerciales trompeuses sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 €, montant pouvant être « porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant le délit ». Ceci sans préjudice des pouvoirs de sanctions notamment détenus par l'ACPR et l'AMF. Rédaction reprise dans C. com., art. L. 132-2, dans sa réaction issue de l'ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, entrant en vigueur le 1^{er} juill. 2016.

25) C. consom., art. L. 121-1 nouv.

26) C. consom., art. L. 121-1 nouv.

27) C. consom., art. L. 121-1 nouv.

28) Art. L. 121-3 dans la rédaction du code issue de l'ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, entrant en vigueur le 1^{er} juill. 2016 : « Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte ».

professionnels, de se faire une idée concrète du régime juridique des pratiques commerciales trompeuses. Le tableau qu'en dresse la CJUE est, très schématiquement le suivant : ces pratiques constituent un délit matériel dans lequel la bonne foi n'a pas sa place et les pratiques commerciales déloyales et trompeuses appartiennent chacune à un domaine bien précis. Le moins que l'on puisse dire est que la situation est regrettamment complexe en présence, encore une fois, d'un délit faisant l'objet d'une répression pénale.

L'autre conséquence importante de l'arrêt du 13 janvier 2016 est la référence faite par la Cour de cassation à la notion de proportionnalité afin d'évaluer le caractère ou non trompeur du comportement du professionnel.

II. La notion de proportionnalité des mesures d'information de la clientèle

15 Au risque de nous répéter, mais la répétition a ici son importance, la chambre criminelle de la Cour de cassation ne retient à la charge de la banque aucun message trompeur, que ce soit dans le message initial ou bien, dans celui communiqué lors de la souscription, mais un manque de « proportionnalité » entre les moyens mis en œuvre pour assurer la promotion du livret et ceux déployés pour informer la clientèle de l'arrêt de la rémunération de ce livret au taux initialement annoncé.

A. Ce à quoi on pouvait s'attendre

16 On aurait pu s'attendre à ce que l'arrêt du 13 janvier 2016 apporte un éclairage sur la question de savoir à quel moment doit se manifester le caractère trompeur d'une pratique pour être sanctionnée.

Avant toute chose, la notion de décision commerciale est délicate à circonscrire et semble aller au-delà de la simple décision de contracter. Ainsi, la directive n° 2005/29, dans son article 2.k, précise que la décision commerciale est « toute décision prise par un consommateur concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait d'acheter, de faire un paiement intégral ou partiel pour un produit, de conserver ou de se défaire d'un produit ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit, une telle décision pouvant amener le consommateur soit à agir, soit à s'abstenir ».

Le document de travail de la Commission relatif à la mise en œuvre et l'application de la directive n° 2005/29/CE²⁹ confirme la difficulté

de situer ce moment : « Ces décisions commerciales peuvent conduire à des actes auxquels le droit national des contrats n'attache aucune conséquence juridique et elles peuvent être prises à tout moment entre celui où le consommateur est exposé au marketing pour la première fois et la fin de vie d'un produit ou la dernière utilisation d'un service ».

17 Si la pratique peut se manifester à n'importe quel moment du processus contractuel, la jurisprudence est toutefois divisée. Ainsi, dans un arrêt du 21 mai 2014³⁰, la cour d'appel de Paris avait à connaître d'une publicité télévisée dont le caractère trompeur était allégué. La cour estima à cette occasion que la publicité était de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur et ce, indépendamment du fait de savoir si l'ensemble des informations nécessaires afin de prendre une décision éclairée était présent sur l'emballage des produits.

18 À peu de temps de là, la cour d'appel de Lyon³¹, statuant sur renvoi après cassation, se prononçait au sujet d'un comparateur de prix ne mettant pas à jour, en temps réel, le prix des produits comparés. La cour refusait de retenir le caractère trompeur au motif que : « (...) la pratique commerciale dénoncée pour être de nature à induire temporairement en erreur, n'est ainsi pas susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur, du fait de cette information qu'il recueillera inmanquablement avant de procéder ou non à un achat, l'absence de fiabilité des tableaux comparatifs étant d'ailleurs de nature à conduire l'internaute à ne plus faire confiance au site ». Cette fois-ci, la cour d'appel de Lyon se plaçait ainsi au jour de la contractualisation pour estimer la régularité de la pratique.

La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans son arrêt du 13 janvier 2016, n'aborde en rien ce sujet en examinant, non pas le moment de la communication, amont ou aval, mais en appréciant la proportionnalité des moyens mis en œuvre par la banque pour informer ses clients de la modification d'un élément substantiel de l'offre par rapport à ceux mis en œuvre pour la commercialisation.

19 Plutôt que de se référer à la proportionnalité, les hauts magistrats auraient pu utiliser la notion d'informations données à « contre-

30) CA Paris, 21 mai 2014, n° 12/01417, Nestlé Purina Petcare France c/ Mars PF France.

31) CA Lyon, 24 juill. 2014, n° 11/08322, Concurrence c/ Kellogg.

29) 3 déc. 2009 – SEC(2009) 1666, spéc. p. 24.

temps » évoquée dans l'article L. 121-1-II³². Quand bien même cette disposition ne transpose pas de manière intégrale l'article 7 de la directive n° 2005/29 afin de préciser l'effet de l'omission³³, elle aurait pu offrir une base légale tangible.

20 De même, on évoquera, pour mémoire, la nouvelle rédaction de l'article L.121-1-II, alinéa 2³⁴, du Code de la consommation, tel que modifié par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 (dite loi *Hamon*)³⁵. Cet article, qui ne concerne que les pratiques commerciales trompeuses par omission, vise les moyens de communication imposant « des limites d'espace ou de temps », situation permettant « pour apprécier si des informations substantielles ont été omises de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens ». Cette disposition est toutefois d'application limitée. Il n'est en effet pas certain que le canal internet soit un moyen de communication imposant des limites d'espaces et de temps. Par ailleurs, en tout état de cause, l'objet de ce texte est l'hypothèse où « (...) des informations substantielles » ont été omises or, au risque d'une lancinante répétition, la Cour de cassation ne relève pas une telle omission dans son arrêt du 13 janvier 2016.

B. Ce que l'on découvre : l'inquiétante émergence de la proportionnalité

21 Pourquoi avoir recours à un nouveau critère qui n'apparaît dans aucun texte ? La pre-

mière explication qui vient à l'esprit est de nature compassionnelle. La Cour dégage ici, au nom de la défense d'une « certaine vision » du comportement que devrait adopter un professionnel diligent, un critère qui n'apparaît dans aucun texte.

Ne nous y trompons pas, la lutte contre les pratiques commerciales trompeuses est un impératif catégorique, de telles pratiques ruinant la confiance légitime que les consommateurs peuvent et doivent placer dans les professionnels, notamment lorsque ceux-ci sont des établissements de crédit. Se pose toutefois une question. Cette lutte, aussi légitime soit-elle, peut-elle avoir lieu au prix de la violation des principes du droit, de l'avènement d'une « transparence chicanière »³⁶ et, finalement, d'une bonne raison supplémentaire de douter de l'attractivité d'un droit peu à peu dévertébré ?

22 Alain Bénabent s'interrogeait récemment au sujet du culte disproportionné de la proportionnalité³⁷, redoutant que tout devienne plaidable puisque tout juge aurait le pouvoir de s'affranchir de la loi. Dans le cas qui nous retient, on irait droit vers une juridicisation des relations commerciales menaçant la sécurité des transactions.

L'arrêt du 13 janvier prend en tous les cas une distance notable avec la CEDH qui, dans une affaire *Pessino c/ France*³⁸ a jugé, s'agissant de l'article 7 de la Convention EDH : « Il s'ensuit que la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale³⁹ ». Au premier chef, la Convention EDH exige la clarté « du libellé de la disposition pertinente », le recours à « l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux », ne devant jouer qu'un rôle subsidiaire (« au besoin »). Ici c'est tout le contraire. L'interprétation des juges fait le droit.

32) Art. L. 121-3, al. 1^{er}, dans sa rédaction du code issue de l'ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, entrant en vigueur le 1^{er} juill. 2016 : « (...) omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle (...) ». Texte issu de l'article 7.2 de la directive. La chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC au motif, d'une part sur le fait que la notion de contretemps avait déjà fait l'objet de décisions de droit interne et, d'autre part, qu'il s'agit d'une « notion claire » transposée de l'article 7.2 de la directive n° 2005/29 du 11 mai 2005 : Cass. crim., 30 nov. 2010, n° 10-90076 : Dr. pén. 2011, comm. 24, note Robert J.-H. Pour un commentaire critique de cette décision, Galvada-Moulenat C., in Dr. et procéd. févr. 2011, p. 14 ; Rev. Le Lamy Droit du Contrat, suppl. au n° 63 ; Lucas de Leyssac M.P., « Le droit pénal de la consommation », spéc. p. 38.

33) La directive énonce en effet que l'information doit être de celle 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 ».

34) C. consom., art. L. 121-3 nouv., al. 1^{er}.

35) « Lorsque le moyen de communication utilisé impose des limites d'espace ou de temps, il y a lieu, pour apprécier si des informations substantielles ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens ». Cette disposition tend à la mise en conformité du Code de la consommation avec l'article 7-3 de la directive n° 2005/29.

36) Mazeaud D., « Les vices de la protection du consentement du consommateur », D. 2002, n° 1, p. 71-74.

37) Bénabent A., « Un culte de la proportionnalité ... un brin disproportionné ? », D. 2016, p. 137.

38) Req. n° 40403/02, arrêt du 10 oct. 2006.

39) V. not., *Cantoni c/ France*, arrêt du 15 nov. 1996 : Recueil des arrêts et décisions 1996-V, p. 1627, § 29 – CEDH, 29 mars 2006, n° 67335/01, § 41, *Achour c/ France* ; CEDH, 30 mars 2004, *Radio France c/ France* : « L'article 7, § 1, de la Convention, exige que les infractions soient clairement définies par la loi ; il en va ainsi lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux quels actes et omissions engagent sa responsabilité ».

23 Voici donc que les pratiques commerciales trompeuses sont constitutives d'un délit matériel, étranger à toute mauvaise foi et dont l'élément légal est rien de moins qu'incertain. On trouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la CEDH des arguments invitant à une réflexion au sujet de la cohérence du recours au droit pénal s'agissant de délits strictement matériels. Ainsi, dans une décision du 16 juin 1999⁴⁰, le Conseil constitutionnel a rappelé que « la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci ». La CEDH⁴¹ elle-même a jugé que « l'article 7, § 1, de la Convention, exige que les infractions soient clairement définies par la loi ; il en va ainsi lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux quels actes et omissions engagent sa responsabilité ».

24 Arrivé au terme de ce tour d'horizon de l'arrêt du 13 janvier 2016, que faut-il en retenir ? Nous insisterons sur trois points principaux. Tout d'abord, une pratique commerciale trom-

peuse est un délit matériel, objet d'une répression que l'on qualifiera d'exagérément rigoureuse (jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende) s'agissant d'un délit qui peut être « commis de bonne foi »⁴². Par ailleurs, là où la CJUE distingue pratiques trompeuses et déloyales, la Cour de cassation mêle en revanche les deux notions, brouillant ainsi largement le message relatif aux éléments constitutif du délit. Enfin, la notion de proportionnalité vient renforcer l'insécurité juridique, déjà manifeste, qui règne sur ce sujet.

En résumé, cet arrêt constitue un vibrant appel à la dépénalisation des pratiques commerciales trompeuses dont le régime juridique est ni plus ni moins qu'ubuesque⁴³. En effet, on assiste à une regrettable instrumentalisation du droit pénal à des fins indemnitaires dans le cadre d'un litige de consommation. Nous sommes loin du principe rappelé par la CEDH⁴⁴ exigeant que les infractions soient clairement définies par la loi.

42) CJUE, 19 sept. 2013, *supra* § 7.

43) On lira avec intérêt l'éditorial de Daigre J.-J., « Des pratiques commerciales dangereuses pour les établissements », *Banque et droit* n° 165, janv.-févr. 2016, p. 3.

44) CEDH, 30 mars 2004, *Radio France c/ France*.

40) Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, cons. 16.

41) CEDH, 30 mars 2004, *Radio France c/ France*.



Exposition

Frits Thaulow, paysagiste par nature ^{118d7}

© Musée des Beaux-Arts de Caen

Frits Thaulow, *La rivière Simoa en hiver (Modum), 1883, h/t, Oslo, Nasjonalgalleriet.*

Dans le cadre de la troisième édition du Festival Normandie Impressionniste, le musée de Caen nous propose de connaître le singulier peintre norvégien Frits Thaulow (1847-1906), avec un ensemble de 61 œuvres dont 35 panneaux, des huiles et des pastels. Natif d'Oslo, Frits Thaulow découvrit Paris l'année même de la première exposition des Impressionnistes en 1874, puis en 1892 il s'installa durablement en France. Il fera de multiples voyages en Europe, et mènera une carrière internationale.

Frits Thaulow approchait la nature avec un regard plein d'attention et de respect. Son rapport avec elle était sensoriel, et il l'approchait dans la particularité de ses mouvements et métamorphoses. Ses paysages montrent une qualité de coloriste qui n'échappa pas à Henri Le Sidaner, Edvard Munch, Claude Monet ou Max Liebermann. Trente-cinq années durant, il peindra la

nature de l'aube au crépuscule dans les divers pays qu'il visita. Il eut donc un apport non négligeable dans la peinture moderne de paysage.

L'exposition de Caen s'articule autour de quatre sections. La première évoque le parcours du peintre de manière chronologique, mettant l'accent sur ses voyages à travers l'Europe ; la deuxième et la troisième nous proposent ses grandes séries de vues, regroupées par saison ; la dernière nous permet de découvrir les paysages nocturnes peints par Frits Thaulow et ceux de ses contemporains comme Jean-Charles Cazin, Thomas Alexander Harrison ou Erik Werenskiold.

Frits Thaulow reçut une formation de peintre de marine, et dès ses débuts il entretint un rapport singulier avec le monde qui l'entourait, particulièrement avec les espaces aquatiques. Cette caractéristique de sa personnalité est confirmée par son goût de se confronter à ces paysages lors de ses voyages, qui le menèrent du Danemark à l'Espagne, de la Grande-Bretagne à l'Italie et aux États-Unis. Il revenait toutefois régulièrement en Norvège. Il s'installa tout d'abord à Camiers, sur la Côte d'Opale, puis à Dieppe. Frits Thaulow se forgea un style propre, caractérisé par le pleinairisme.

À partir des années 1890, il se mit à peindre de grands formats relatifs aux saisons. Tout d'abord il réalisa des vues de rivières sous une lumière d'automne, puis une succession de paysages de neige. Les tableaux, pastels et estampes de Frits Thaulow dialoguent avec ceux de Le Sidaner, Monet ou Munch. L'exposition se termine avec une série de « nocturnes ». L'atmosphère mystérieuse qu'il peignit montre l'intérêt de Frits Thaulow pour le symbolisme à la fin de sa vie.

Didier Du Blé

Infos

Frits Thaulow,
paysagiste par nature,
Musée des Beaux-Arts,
Le Château,
14000 Caen.
Tél. : 02 31 30 47 70.
www.mba.caen.fr
Jusqu'au 26 septembre
2016.

Col Tempo

Signalons tout autre chose avec le travail de Philippe Boutibonnes, qui dessine minutieusement et obstinément dans un registre minimaliste, exposé lui aussi au Musée des Beaux-Arts de Caen. Il emploie les crayons de couleur, feutres, pastels, craie, encre, papier, végétaux ou bois séché. Son geste est répétitif pour former le même signe graphique. Alignements de points, de tirets, de chevrons ou de lignes pour inscrire son travail dans une durée autre que celle d'une horloge qui décompte. Il se veut avec le temps. Son exposition est placée sous l'exergue « Col Tempo », qu'il a emprunté à un tableau de Giorgione.

Philippe Boutibonnes est professeur de microbiologie à l'université de Caen. Il a exposé chez Yvon Lambert, Bernard Jordan ou Olivier Nouvellet. Il est aussi l'auteur de textes et a collaboré à des publications d'écrivains et poètes contemporains.

• *Col Tempo, Philippe Boutibonnes, Musée des Beaux-Arts de Caen. Jusqu'au 2 octobre 2016.*