

Le nouveau cadre juridique des promotions des ventes: Incertitudes ou opportunités?

28 juin 2011

Rappel du contexte chronologique

La genèse des textes communautaires (1/2)

20 octobre 2001

- Communication de la commission relative aux promotions des ventes
- Proposition de règlement
- Livre vert sur la protection des consommateurs

La genèse des textes communautaires (2/2)

11 mai 2005

La directive 2005/29 relative aux pratiques déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs

→ Pose le principe de l'interdiction des pratiques commerciales déloyales

- Liste exhaustive de 31 pratiques réputées déloyales en toutes circonstances
- Sont déloyales les pratiques qui :
 - *«sont contraires aux exigences de la diligence professionnelle»*

Et

- *«altèrent ou sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur».*

Les textes nationaux

- La première transposition française : la loi Chatel du 3 juin 2008
Introduction de la notion de pratiques commerciales déloyales et agressives (article L 121.1 du Code de la consommation)
- La seconde transposition française : la loi LME du 4 août 2008
Introduction de la liste des pratiques commerciales déloyales en toutes circonstances
- Aucune réforme touchant les autres interdictions :
 - Loteries commerciales
 - Ventes avec primes
 - Ventes liées
 - Encadrement des réductions de prix
- Note de service de la DGCCRF du 29 janvier 2009

La jurisprudence (1/2)

La jurisprudence communautaire

– Les arrêts des :

- 23 avril 2009 : C-261/07 et C-299/07 (offres conjointes aux consommateurs)
- 14 janvier 2010 : C-304/08 (concours et jeu promotionnel)
- 11 mars 2010 : C-522/08 (offres conjointes)
- 9 novembre 2010 : C-540/08 (loterie et vente liée)

La jurisprudence (2/2)

La jurisprudence nationale

- CA Paris 14 mai 2009 : SA France Télécom et Orange Sports
- CA Paris 26 novembre 2009 : SAS Darty c/ Que Choisir

➔ Confirmation que la liste de l'annexe I de la directive est exhaustive

La mise en demeure

- 25 juin 2009 : la lettre de mise en demeure de la Commission
- 29 septembre 2009 : la réponse de la France

La loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011

- « Adaptation » pas « transposition »
- Transposition a minima

Les conséquences de la réforme : l'appréciation au cas par cas des pratiques commerciales

Le principe d'une appréciation au cas par cas

- Appréciation du caractère déloyal sur la base de deux critères (article L.120-1 du Code de la consommation) :
 - Une pratique de nature à altérer de façon substantielle le comportement économique du consommateur
 - Une pratique contraire à la diligence professionnelle
- Appréciation en fonction d'un consommateur moyen
 - Consommateur normalement informé et raisonnablement avisé et attentif
 - Prise en compte des facteurs sociaux, culturels et linguistiques
- Sont notamment déloyales les pratiques commerciales trompeuses et agressives
 - Peut-on être déloyal sans être trompeur ou agressif ?

Les critères de la déloyauté (1/2)

- 1^{er} critère : l'altération substantielle du comportement économique du consommateur
 - Directive PCD : compromettre « *sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* » ;
 - Deux conditions :
 - Altération de la capacité du consommateur moyen à prendre une décision informée
 - Altération suffisamment **importante** pour changer la décision que le consommateur moyen est susceptible de prendre

Les critères de la déloyauté (2/2)

- 2^{ème} critère : le manquement aux exigences de la diligence professionnelle
 - Directive PCD : « *le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité* » ;
 - Notion très aléatoire
 - Éléments de références : les guides de déontologie (ARPP, FEVAD,...) ;
 - Mais grande zone d'incertitude inhabituelle en France

Les sanctions

- Sanction des pratiques commerciales déloyales
 - Pas de sanction pénale attachée à un manquement à l'article L.120-1 du Code de la consommation
 - Sanctions civiles sur le fondement de l'article 1382 du Code civil
 - Pouvoir d'injonction des agents de la DGCCRF de faire cesser tout agissement illicite (article L.141-1-V du code de la consommation)
- Distinction et articulation entre pratique commerciale déloyale / concurrence déloyale

Les ventes avec primes, un franc changement ?

Les ventes avec primes jusqu'alors

- Un principe d'interdiction
- L'existence de dérogations
 - Menus objets et services de faible valeur
 - Échantillons
 - Si ces dérogations échappaient à l'infraction de ventes avec primes, elles ne devaient pas constituer une pratique commerciale déloyale (article L.120-1 du Code de la consommation)
- Le développement de techniques promotionnelles pour « contourner » cette réglementation
 - Les primes autopayantes (PAP)
 - Les primes associées au point de vente (PAPV)

Les ventes avec primes depuis la loi du 17 mai 2011

- Une transposition de la directive PCD qui illustre les réticences françaises
 - Est interdite toute vente avec primes dès lors que la pratique en cause revêt un caractère déloyal au sens de l'article L.120-1
 - Une vente avec primes ne pourra être sanctionnée sur le fondement de l'article L.121-35 que si elle constitue une pratique commerciale déloyale
 - « *Cette disposition ne s'applique pas aux menus objets ou services de faible valeur ni aux échantillons* » : un 2^{ème} alinéa inchangé qui suscite des interrogations
 - Les primes respectant les conditions de valeur/marquage peuvent être constitutives de pratiques commerciales déloyales ?
 - Présomption de loyauté des primes respectant les conditions de valeur/marquage ?

Des opportunités pratiques (1/2)

- Possibilité de dépasser la limite des 7 % (ou des 5€ + 1%)
- Plus nécessaire de recourir aux PAPV, PAP
- Vigilance sur le caractère déloyal de l'offre
 - Une analyse *in concreto* au cas par cas
 - Offre contraire à la diligence professionnelle si l'opération de vente avec primes est à perte pour l'entreprise ?
 - Altération substantielle du comportement du consommateur compte tenu de la valeur de la prime par rapport à la valeur du produit
 - Rester vigilant sur la présentation de l'offre

Des opportunités pratiques (2/2)

- Vigilance sur le caractère déloyal de l'offre
 - Une vente avec primes peut être assimilable à une pratique commerciale déloyale en toute circonstance
 - Constitue une pratique déloyale en toute circonstance le fait de « *décrire un produit comme étant gratuit, à titre gracieux, sans frais ou autres termes similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autres que les coûts inévitables liés à la réponse à la pratique commerciale et au fait de prendre possession ou livraison de l'article* »
 - Attention à la présentation de l'offre : produit gratuit pour l'achat d'un autre produit
 - Lors d'une vente avec primes, le produit objet de la vente ne doit pas subir une augmentation de son prix et/ou une détérioration de sa qualité dans le but de couvrir les coûts du produit offert
 - Quelques exemples

Quelle sanction pour quelle pratique (1/2)

- Aucune modification des articles relatifs aux sanctions des ventes avec primes
- Les différentes hypothèses :
 - Prime qui respecte les conditions de valeur/marquage
 - 1^{ère} interprétation : peut être sanctionnée sur le terrain des pratiques commerciales déloyales
 - Aucune sanction spécifique de l'article L.120-1 du Code de la consommation, éventuellement sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (dommages-intérêts)
 - Si la présentation de l'offre est déloyale, sanction possible au titre des pratiques commerciales trompeuses (2 ans d'emprisonnement / 37.500 € d'amende)
 - 2^{ème} interprétation : présomption de loyauté
 - Sanction envisageable au titre des pratiques commerciales trompeuses au regard de la présentation de l'offre.

Quelle sanction pour quelle pratique (2/2)

- Prime qui ne respecte pas les conditions de valeur/marquage
 - Sanctionnée uniquement si constitue une pratique commerciale déloyale
 - Sanction spécifique de l'article R.121-13, alinéa 1 (contravention de 5^{ème} classe)
 - Quid de la validité des alinéas 3 et 4 de l'article R.121-13 sur le non respect des conditions de marquage et de valeur
 - Aucune sanction spécifique de l'article L.120-1, éventuellement sur le fondement de l'article 1382 du Code civil
 - Si la présentation de l'offre est déloyale, sanction possible au titre des pratiques commerciales trompeuses

Les loteries : un réel changement

Le contenu de la réforme : le nouvel article L.121-36

– Le nouveau texte

- Une loterie avec obligation d'achat n'est interdite que si elle est déloyale au sens de l'article L.120-1 du Code de la consommation
 - « *Les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrit qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain attribué à chacun des participants, quelles que soient les modalités de tirage au sort, ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit. **Lorsque la participation à cette opération est conditionnée à une obligation d'achat, la pratique n'est illicite que dans la mesure où elle revêt un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1.*** » (article L.121-36)
- Une transposition qui colle parfaitement à la jurisprudence de la Cour de justice mais peut-être pas à la directive PCD

Champ d'application

- Modification de l'article L.121-36 uniquement
 - Maintien en vigueur de la loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries
 - Conséquences :
 - Maintien (paradoxal ?) de l'interdiction des loteries avec obligation d'achat à l'égard des professionnels ;
 - Application de la réforme aux « *loteries réalisées par voie d'écrit* »
- Application aux loteries pour lesquelles la participation est conditionnée à une obligation d'achat
 - Quid des frais de participation ?
 - Attention à la loi du 12 juillet 1983 réglementant les jeux de hasard
 - Hypothèse : distinction entre frais de participation bénéficiant à l'organisateur / frais de participation bénéficiant à un tiers

Conséquences pratiques de la réforme

- Possibilité de conditionner la participation à une loterie à l'achat d'un produit à moins que la pratique ne soit déloyale
- Sur quoi peut porter la déloyauté ?
 - Rappel : déloyauté devant être appréciée à l'égard des consommateurs et non pas des concurrents
 - Quelques pistes : valeur du lot vs. prix du produit, chances de gain,...
 - Trompeuses / agressives
- Sanctions
 - Sanctions pénales spécifiques à l'article L.121-36
 - Si loterie déloyale mais sans obligation d'achat (ni trompeuse ou agressive), sanctions civiles uniquement

Les ventes liées et les primes autopayantes

Les ventes liées et les primes autopayantes

- Interdites si déloyales
- Comment apprécier la déloyauté ?
- Jurisprudence française
 - CA Paris, 26 novembre 2009 (Darty c/ UFC-Que choisir)
 - CA Paris 14 mai 2009 (Orange Sport)
 - CA Versailles, 5 mai 2011, Hewlett Packard/UFC Que Choisir

Autres incertitudes

Une harmonisation totale au champ d'application très large...

- Une notion extensive des pratiques commerciales B2C
 - Elle inclut également les pratiques commerciales déloyales utilisées en dehors de toute relation contractuelle ou consécutivement à la conclusion d'un contrat ou durant son exécution
- Sont exclues du champ d'application de la directive
 - Les pratiques commerciales B2B
 - Les pratiques commerciales qui ne portent pas atteinte aux intérêts économiques des consommateurs (par exemple, publicité contraire aux bonnes mœurs, etc.)
 - Les pratiques commerciales encadrées exclusivement pour assurer une concurrence saine entre les opérateurs
 - Exemple : la réglementation des soldes saisonnières

Source d'incertitudes

- Une transposition imparfaite
 - Les loteries sans obligation d'achat
 - Les ventes avec primes de menus objets et leurs sanctions
 - L'absence de sanction spécifique à l'article L.120-1 du Code de la consommation, contraire à la directive
 - Des pratiques commerciales non listées encore encadrées
 - L'arrêté du 31 décembre 2008 sur les annonces de réduction de prix

Un autre volet de la directive, cette fois bien transposé ?

- Les informations substantielles dont l'omission constitue une pratique commerciale trompeuse
 - Seules les informations exigées en vertu de la législation communautaire sont considérées comme substantielles
 - Article 7 de la directive PCD
 - Annexe II de la directive PCD
- Conformité des textes français à cette directive ?
 - Vérification que les informations imposées par les textes français sont d'origine communautaire pour que leur omission puisse être sanctionnée sur le terrain des pratiques commerciales trompeuses

Conclusion