

- TRANS EUROPE EXPERT – 31 MARS 2010 -

Intervention de Jean-Christophe Grall

MG Avocats Grall & Associés

CCI de Paris à 14 heures

Mon intervention sera nécessairement brève, mais orientée de manière très opérationnelle en tant que praticien des opérations promotionnelles depuis une vingtaine d'années.

Une question se pose aujourd'hui aux services « Marketing » des entreprises, à la suite des deux arrêts de la Cour de Justice des 23 avril 2009 et 14 janvier 2010 portant respectivement sur la libération des ventes liées et celle des loteries entraînant un sacrifice pécuniaire.

Cette question est la suivante : peut-on considérer, s'agissant de la France en particulier, que les dispositions encadrant l'organisation d'opérations promotionnelles, telles que des ventes avec prime, des ventes jumelées, des jeux concours loteries, ne s'appliquent plus et qu'une entreprise vendant des produits de grande consommation est parfaitement libre d'organiser une vente avec prime sans respecter le plafond prévu par l'article R.121-8 du Code de la consommation et les fameux 7 % du prix d'achat du produit, ou bien encore, une véritable loterie sans prévoir de canal gratuit tombant de facto sous le coup de la loi du 21 mai 1836 et l'article L.121-36 du Code de la consommation ?

Force est de constater, à la lecture des arrêts de la Cour de justice, que la réponse devrait être positive dès lors que les dispositions françaises apparaissent contraires à la **directive communautaire du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs.**

Ainsi que la mise en demeure adressée à la France le **25 juin 2009** le précise de manière on ne peut plus claire, un certain nombre de dispositions françaises, telles que celles relatives aux ventes avec prime et aux ventes jumelées, subordonnées, liées, aux annonces de réduction de prix, à celles relatives à l'information du consommateur, aux loteries publicitaires dont on vient de parler, à l'interdiction des ventes forcées (sans commande préalable), etc., devraient être supprimées des textes, dès lors que l'annexe de la directive

Membre d'Antitrust Alliance, réseau européen d'avocats en droit de la concurrence

Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Espagne, Estonie, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Portugal, République Tchèque, Suède, Suisse

Selarl d'Avocats au barreau de Paris au capital de 125.770 euros

156, Boulevard Haussmann – 75008 Paris – Tél +33(0).1.53.57.31.70 – Fax +33(0)1.47.20.90.40 – Palais P 40

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

Siret : 41797693300024 - TVA FR 74417976933

sur les pratiques commerciales déloyales énumère de façon exhaustive les seules pratiques commerciales interdites en toutes circonstances, lesquelles ne doivent pas, dès lors, faire l'objet d'un examen au cas par cas. **Ce sont des interdictions « per se ».**

A l'exception des **31 pratiques définies par la directive**, toutes les autres opérations promotionnelles (car le terme de « *pratiques* » est souvent appréhendé de manière négative) doivent être considérées comme licites, sans avoir à appliquer les dispositions – à titre d'exemple – de l'article L.121-35 qui incrimine l'interdiction des ventes avec prime en nature, sauf exception.

Pour ces opérations promotionnelles, à l'instar de l'examen factuel conduit par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt « **Orange foot** » portant sur l'opération subordonnant l'abonnement au service « *Orange Foot* » à la souscription d'un abonnement à Internet haut débit Orange, les opérationnels et leurs conseils devront appréhender ces opérations promotionnelle sous l'angle des pratiques commerciales déloyales telles que définies par **l'article 5 de la directive** précitée, une pratique commerciale étant déloyale si tout à la fois **elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen auquel elle s'adresse, en particulier lorsqu'elle est trompeuse au sens des articles 6 et 7, ou agressive, au sens des articles 8 et 9.**

Sauf à démontrer le caractère trompeur de l'opération promotionnelle en cause, au sens de l'article L.121-1 du Code de la consommation, l'opération sera licite !

A défaut de déloyauté de l'opération promotionnelle de manière générale, et de caractère trompeur d'une manière particulière, l'opération promotionnelle concernée ne saurait être remise en cause sur le fondement des dispositions prévues par le Code de la consommation, qui apparaissent manifestement contraires à la directive communautaire de 2005.

En conclusion, sur un plan strictement opérationnel, nous ne voyons pas comment une entreprise pourrait être sanctionnée par un tribunal de police - à titre d'exemple -, ou par une juridiction commerciale, sur le fondement de la concurrence déloyale, simplement parce qu'elle n'aurait pas respecté les dispositions de l'article L.121-35 du Code de la consommation en matière de vente avec prime ou celles de l'article L.121-36 du Code de la consommation définissant les opérations publicitaire qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain.

Le risque nous apparaît extrêmement ténu et, de toutes les façons, si une telle condamnation devait être prononcée, on peut légitimement penser que la Cour d'appel réformerait le jugement entrepris.

En revanche ce qui est certain, ainsi que la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 26 novembre 2009 concernant la société Darty l'a clairement indiqué, il convient de se reporter aux précisions fournies par l'article 7 de la directive du 22 mai 2005 **pour apprécier le caractère loyal ou non de la pratique commerciale en cause et, en particulier, son caractère trompeur, à savoir si l'opération promotionnelle en cause a omis une information substantielle dont le consommateur moyen aurait eu besoin, compte tenu du contexte en cause pour se déterminer et prendre une décision commerciale en connaissance de cause et**, par conséquent, si elle l'a amené ou a été susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

A cet égard, la directive n'exige et l'article L.121-1 du Code de la consommation dans la foulée, que ne soient portées à la connaissance du consommateur que les informations substantielles, c'est-à-dire sans lesquelles ce dernier risquerait de prendre une décision différente.

* * *