

PA201224004

Petites affiches, 30 novembre 2012 n° 240, P. 7 - Tous droits réservés

Droit de la consommation

Les allégations de gratuité lors des ventes aux consommateurs doivent être véritables et justifiables

(TGI Rouen, 27 avr. 2012 ; 3 jugements)

Les indications sur l'emballage d'unités ou de quantités supplémentaires pour le même prix du type « + X % gratuit », « dont X % gratuit », « quatre + 1 gratuit » ou formules équivalentes sont légion. Elles peuvent pourtant être trompeuses pour les consommateurs et sont de ce fait risquées pour les commerçants qui les pratiquent. Trois jugements du tribunal correctionnel de Rouen ⁽¹⁾, dont la presse s'est récemment fait l'écho ⁽²⁾, apportent un éclairage pratique sur ces techniques promotionnelles.

Consommation. Publicité. Emballages. Gratuit. Gratuité. Publicité trompeuse. Tromperie. Pratique commerciale trompeuse. Référentiel. Référence. Annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur. Centrales. Mensonge. Annonces. Réduction de prix. Articles L. 121-1 et L. 213-1. Référentiel. Prix. Comparaison. Pourcentage gratuit.

1^{re} espèce :

TGI Rouen, 27 avr. 2012

n° 1388/12 Procureur de la République ; Direction départementale de la protection des populations de Seine-Maritime ; UFC Que choisir (partie civile) c/ Carrefour Hypermarchés

Le Tribunal :

(...)

Sur l'action publique :

Il résulte des éléments du dossier et des débats que les faits reprochés à la société Carrefour Hypermarchés sont établis ; il convient de la déclarer coupable et d'entrer en voie de condamnation au moyen du paiement d'une amende.

En effet, il résulte de plusieurs procès-verbaux de constatations établi par la Direction régionale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de Haute-Normandie (DRCCRF) (P-V n°s 2007/18, 2007/195, 2007/204 et 2010/27) que dans plusieurs magasins Carrefour : Barentin, Tourville la Rivière et Mont-Saint-Aignan, à l'occasion de contrôles ayant eu lieu sur des périodes différentes en 2006, 2007 et 2009, des infractions ont été constatées relativement à la législation protectrice du consommateur et ce plus précisément à la législation sur les prix.

Il était en effet caractérisé par la DRCCRF l'existence de pratiques commerciales trompeuses reposant sur des allégations, indications, ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur portant sur le prix, le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et la portée des engagements pris par l'annonceur, en ce que, était annoncée sur les emballages de produits mis en vente la gratuité d'une quantité déterminée de produits alors que, soit il n'existait aucun prix de référence la justifiant, soit le prix de vente était en réalité plus élevé que ce qu'il aurait dû être en fonction de l'offre.

Cette caractérisation résultait des constatations matérielles effectuées par les agents de la DRCCRF lors de leurs visites dans les magasins et lors de leurs contrôles et vérifications ultérieures.

Ces constatations matérielles ont été réalisées à l'occasion de contrôles sur un échantillon aléatoire de 20 produits alimentaires ou non, avec allégations de gratuité, hors produits présentés dans un catalogue promotionnel.

Les vérifications et comparaisons ont alors été effectuées, et ce alors que le système de référence à un taux de gratuité implique certaines contraintes, à savoir :

— l'existence d'une référence de comparaison du même produit avec la même quantité nominale pour ceux présentés avec une quantité gratuite intégrée (dont X % gratuit) ou avec une quantité nominale sans la quantité supplémentaire gratuite (+ X % gratuit) ;

— cette référence de comparaison doit avoir été commercialisée antérieurement ou au plus tard en même temps que le produit avec allégation de gratuité, dans le même magasin ou à tout le moins dans la même zone de chalandise ;

— le prix du produit avec allégation de gratuité doit être ajusté en fonction du prix de sa référence de comparaison.

Les contrôles ont établis que dans aucun des trois magasins n'avait été mis en place un système permettant de lier le prix de chaque produit avec gratuité et celui de sa référence de comparaison ; la notion même de référence de comparaison pour justifier l'allégation de gratuité semblant plus ou moins inconnue des responsables de magasins, et aucune vérification de l'existence d'une référence de comparaison, n'était réalisée.

Ainsi pour la première phase de contrôle (P-V n° 2007/018-195-204), il a été relevé que sur 66 produits contrôlés :

— pour 43 d'entre eux, soit 65 % des produits, il n'a pas été possible de déterminer une véritable référence de comparaison commercialisée dans le magasin, de telle sorte que toute notion de gratuité se révèle illusoire.

Par ailleurs parmi ces 43 produits, pour 9 d'entre eux, strictement aucune référence de comparaison n'avait jamais été commercialisée.

Pour les 34 autres produits, il a pu être retrouvé des produits de même nature, de même qualité, de même composition, de même marque mais commercialisés sous une quantité nominale beaucoup plus faible, de telle sorte qu'il n'y avait pas de réelle, de véritable référence de comparaison.

Lorsque la comparaison a été néanmoins possible, il s'est avéré que sur ces 34 produits, 21 présentaient un taux de gratuité plus faible que celui allégué.

— Pour 23 d'entre eux, pour lesquels la véritable référence de comparaison a été ou continuait à être commercialisée en magasin, 10 se révélaient être porteur d'un taux de gratuité plus faible que celui allégué, voire nul.

Au final sur 66 produits contrôlés, seuls 13 ont à la fois une véritable référence de comparaison commercialisée dans le magasin, avec une gratuité alléguée qui correspond au moins à la gratuité effective, soit un respect de la législation en cause dans moins de 20 % des produits contrôlés.

Des vérifications ultérieures dans les mêmes magasins n'ont pas permis de constater la mise en place de systèmes efficaces permettant de justifier de la réalité des allégations publicitaires de gratuité.

Ces mêmes constatations étaient réitérées à l'occasion d'une nouvelle série de contrôle, au magasin de Mont-Saint-Aignan courant 2009 (5 P-V 2010 27 de la DRCCRF).

Le caractère exact des constatations matérielles de la DGCCRF n'était pas remis en cause par la société Carrefour laquelle, à l'audience, exposait qu'il convenait néanmoins de la relaxer au motif que l'élément moral de l'infraction n'était pas constitué.

Cette affirmation ne saurait être retenue, et ce alors qu'il est établi que si la mise en place d'un système permettant de lier le prix de chaque produit avec gratuité et celui de sa référence de comparaison peut s'avérer compliqué, il n'est pas pour autant impossible.

Il est en effet à noter, que dans l'opération d'envergure réalisée courant 2006-2007 sur tout le département, sur 25 hypermarchés ou supermarchés contrôlés, seuls 16 ont fait l'objet d'un procès-verbal pour ces faits, ce qui suppose que neuf des supermarchés vérifiés ont été à même de trouver un système efficace permettant de gérer ses offres de gratuité en conformité avec les injonctions légales.

Il sera rappelé par ailleurs que la notion de gratuité n'est pas tant une notion de prix, qu'une notion de publicité et qu'en conséquence les distributeurs doivent être à même, à partir du moment où ils décident de recourir à ce mode d'incitation à la consommation, de contrôler ce qu'ils affirment en termes de promotions et d'avantages.

Il sera souligné enfin la réitération des infractions et la non-mise en œuvre sur plusieurs années (v. les premiers

contrôles en 2006, dernier P-V pour un contrôle fin 2009) de procédés destinés à y remédier et ce alors que Carrefour est l'un des plus grands groupes de distribution français.

En conséquence le tribunal déclarera coupable la société Carrefour des infractions objet de la saisine, et entrera en voie de condamnation en prononçant une amende d'un montant de 100 000 €, l'importance de cette amende, au vu de la peine encourue, étant à rapprocher du nombre d'infractions relevées (deux séries de contrôle à plusieurs mois de distance, trois très grandes surfaces contrôlées, quatre procès-verbaux différents d'infractions dressés...), de la structure du groupe Carrefour, et du montant des chiffres d'affaires et bénéfices en cause.

Par ailleurs, conformément à l'article 121-4 du Code de la consommation, la publication, par extrait, du présent jugement sera ordonnée, aux frais de la société Carrefour, et ce dans le journal local « Paris Normandie » (édition Rouen) et dans le journal national « Les Échos ».

(...)

Par ces motifs :

(...)

Sur l'action publique :

Déclare la société Carrefour Hypermarchés coupable des faits qui lui sont reprochés ;

Condamne la société Carrefour Hypermarchés au paiement d'une amende de 100 000 € ;

(...)

2^e espèce :

TGI Rouen, 27 avr. 2012

n° 1389/12 Procureur de la République ; Direction départementale de la protection des populations de Seine-Maritime ; UFC Que choisir (partie civile) c/ SAS Citadis-Leclerc

Le Tribunal :

(...)

Sur l'action publique :

Il résulte des éléments du dossier et des débats que les faits reprochés à la SAS Citadis-Leclerc sont établis ; il convient de la déclarer coupable et d'entrer en voie de condamnation au moyen du paiement d'une amende.

En effet, il résulte d'un procès-verbal de constatations établi par la Direction régionale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de Haute-Normandie (DRCCRF) (P-V n° 2011/22) que des infractions ont été constatées relativement à la législation protectrice du consommateur et ce plus précisément à la législation sur les prix, et ce dans le magasin Leclerc de Rouen Saint-Sever (société SAS Citadis-Leclerc) à l'occasion de contrôles ayant eu lieu au cours de l'automne 2010.

Il était en effet caractérisé par la DRCCRF l'existence de pratiques commerciales trompeuses reposant sur des allégations, indications, ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur portant sur le prix, le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et la portée des engagements pris par l'annonceur, en ce que, était annoncée sur les emballages de produits mis en vente la gratuité d'une quantité déterminée de produits alors que, soit il n'existait aucun prix de référence la justifiant, soit le prix de vente était en réalité plus élevé que ce qu'il aurait dû être en fonction de l'offre.

Cette caractérisation résultait des constatations matérielles effectuées par les agents de la DRCCRF lors de leurs visites dans les magasins et lors de leurs contrôles et vérifications ultérieures.

Ces constatations matérielles ont été réalisés à l'occasion de contrôles sur un échantillon aléatoire de 36 produits

alimentaires ou non, avec allégations de gratuité, hors produits présentés dans un catalogue promotionnel.

Les vérifications et comparaisons ont alors été effectués, et ce alors que le système de référence à un taux de gratuité implique certaines contraintes, à savoir :

— l'existence d'une référence de comparaison du même produit avec la même quantité nominale pour ceux présentés avec une quantité gratuite intégrée (dont X % gratuit) ou avec une quantité nominale sans la quantité supplémentaire gratuite (+ X % gratuit) ;

— cette référence de comparaison doit avoir été commercialisée antérieurement ou au plus tard en même temps que le produit avec allégation de gratuité, dans le même magasin ou à tout le moins dans la même zone de chalandise ;

— le prix du produit avec allégation de gratuité doit être ajusté en fonction du prix de sa référence de comparaison.

Les contrôles ont établis que le magasin n'avait pas mis en place de réel système permettant de lier le prix de chaque produit avec gratuité et celui de sa référence de comparaison ; la notion même de référence de comparaison pour justifier l'allégation de gratuité semblant plus ou moins non maîtrisée des responsables de magasins, et aucune vérification de l'existence d'une référence de comparaison, n'était en pratique effectivement réalisée.

Ainsi pour ce contrôle, il a été relevé que sur 36 produits contrôlés :

— 19 d'entre eux ne possèdent aucune référence véritable de comparaison commercialisée dans le magasin ou susceptible de l'être ; la notion de gratuité est donc illusoire ;

— pour 10 de ces produits, strictement aucune référence de comparaison même approchante (quantité nominale plus faible) n'a été commercialisée dans le magasin ;

— 9 parmi les 17 produits pour lesquels la véritable référence de comparaison a été ou a continué à être commercialisés dans le magasin, comportait un taux de gratuité allégué plus faible que celui annoncé ;

soit un taux d'anomalies dans 78 % des produits : c'est-à-dire dans 78 % des cas vérifiés : existence d'une allégation de gratuité mensongère incontestable, hors prise en compte des anomalies favorables au consommateur.

Les responsables du magasin ont suite au contrôle fait rectifier tous les prix des produits pour lesquels l'annonce de gratuité ou de réduction de prix était en défaveur du consommateur ; une procédure de contrôle interne était mise en place.

Cette procédure d'autocontrôle était estimée insuffisante par la DRCCRF dans la mesure où elle autorisait des références approchantes et ne réglait pas rapidement et totalement tous les cas d'absence de produits référents.

Un nouveau contrôle en 2011 a d'ailleurs établi que cette procédure n'était de toute façon pas appliquée de façon exhaustive de telle sorte que le taux d'anomalies était de l'ordre de 85 %.

Selon la DRCCRF seul un partenariat entre la centrale d'achat et les grands fabricants de produits de consommation était à même de permettre l'élaboration d'un système efficace de contrôle fiable de l'effectivité de la gratuité annoncée.

Le caractère exact des constatations matérielles de la DRCCRF n'était pas remis en cause par la société SAS Citadis-Leclerc laquelle, à l'audience, exposait qu'il convenait néanmoins de la relaxer au motif que l'élément moral de l'infraction n'était pas constitué.

Cette affirmation ne saurait être retenue, et ce alors qu'il est établi que si la mise en place d'un système permettant de lier le prix de chaque produit avec gratuité et celui de sa référence de comparaison peut s'avérer compliqué, il n'est pas, pour autant impossible.

Il est en effet à noter, que dans l'opération d'envergure réalisé courant 2006-2007 sur tout le département, sur 25 hypermarchés ou supermarchés contrôlés, seuls 16 ont fait l'objet d'un procès-verbal pour ces faits, ce qui suppose que 9 des supermarchés vérifiés ont été à même de trouver un système efficace permettant de gérer ses offres de gratuité en conformité avec les injonctions légales.

Il sera rappelé par ailleurs que la notion de gratuité n'est pas tant une notion de prix, qu'une notion de publicité et qu'en conséquence les distributeurs doivent être à même, à partir du moment où ils décident de recourir à ce mode d'incitation à la consommation, de contrôler ce qu'ils affirment en termes de promotion et d'avantages ; que par ailleurs le fait que certaines anomalies soient en faveur du consommateur ne saurait démontrer une bonne foi du distributeur, les obligations de ce dernier étant claires en terme d'information du consommateur.

Il sera souligné enfin la réitération des infractions et la non-mise en œuvre sur plusieurs années (2010, 2011) de

procédés destinés à y remédier et ce alors que la structuration des différents magasins Leclerc et autres centrales d'achat y afférent peut laisser penser que la mise en place d'un tel système pourrait être possible.

En conséquence, le tribunal déclarera coupable la société SAS Citadis-Leclerc des infractions objet de la saisine, et entrera en voie de condamnation en prononçant une amende d'un montant de 10 000 €, cette amende, au vu de la peine encourue, étant à rapprocher du nombre d'infractions relevées, le système n'ayant pas été corrigé d'un contrôle à l'autre, et du montant des chiffres d'affaires et bénéfices en cause, mais ce alors que le magasin Citadis-Leclerc est une structure juridiquement indépendante.

Par ailleurs, conformément à l'article 121-4 du Code de la consommation, la publication, par extrait, du présent jugement sera ordonnée, aux frais de la société SAS Citadis-Leclerc et ce dans le journal local « Paris Normandie » (édition Rouen).

(...)

Par ces motifs :

(...)

Sur l'action publique :

Déclare la SAS Citadis-Leclerc (...) coupable des faits qui lui sont reprochés ;

Condamne la SAS Citadis-Leclerc (...) au paiement d'une amende d'un montant de 10 000 €.

(...)

3^e espèce :

TGI Rouen, 27 avr. 2012

n^o 1390/12 Procureur de la République ; Direction départementale de la protection des populations de Seine-Maritime ; UFC Que choisir (partie civile) c/ SAS Yvetodis

Le Tribunal :

(...)

Sur l'action publique :

Il résulte des éléments du dossier et des débats que les faits reprochés à la SAS Yvetodis sont établis ; il convient de la déclarer coupable et d'entrer en voie de condamnation au moyen du paiement d'une amende.

En effet, il résulte d'un procès-verbal de constatations établi par la Direction régionale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de Haute-Normandie (DRCCRF) (P-V 2011/40) que dans le magasin Leclerc d'Yvetot (société Yvetodis), à l'occasion de contrôles ayant eu lieu au cours de l'automne 2010 des infractions ont été constatées relativement à la législation protectrice du consommateur et ce plus précisément à la législation sur les prix.

Il était en effet caractérisé par la DRCCRF l'existence de pratiques commerciales trompeuses reposant sur des allégations, indications, ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur portant sur le prix, le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et la portée des engagements pris par l'annonceur, en ce que, était annoncée sur les emballages de produits mis en vente la gratuité d'une quantité déterminée de produits alors que, soit il existait aucun prix de référence la justifiant, soit le prix de vente était en réalité plus élevé que ce qu'il aurait dû être en fonction de l'offre.

Cette caractérisation résultait des constatations matérielles effectuées par les agents de la DRCCRF lors de leurs visites dans les magasins et lors de leurs contrôles et vérifications ultérieures.

Ces constatations matérielles ont été réalisés à l'occasion de contrôles sur un échantillon aléatoire d'une trentaine de produits alimentaires ou non, avec allégations de gratuité, hors produits présentés dans un catalogue promotionnel.

Les vérifications et comparaisons ont alors été effectués, et ce alors que le système de référence à un taux de gratuité implique certaines contraintes, à savoir :

— l'existence d'une référence de comparaison du même produit avec la même quantité nominale pour ceux présenté avec une quantité gratuite intégrée (dont X % gratuit) ou avec une quantité nominale sans la quantité supplémentaire gratuite (+ X % gratuit) ;

— cette référence de comparaison doit avoir été commercialisée antérieurement ou au plus tard en même temps que le produit avec allégation de gratuité, dans le même magasin ou à tout le moins dans la même zone de chalandise ;

— le prix du produit avec allégation de gratuité doit être ajusté en fonction du prix de sa référence de comparaison.

Les contrôles ont établis que le magasin n'avait pas mis en place de réel système permettant de lier le prix de chaque produit avec gratuité et celui de sa référence de comparaison ; la notion même de référence de comparaison pour justifier l'allégation de gratuité semblant plus ou moins non maîtrisée des responsables de magasins, et aucune vérification de l'existence d'une référence de comparaison, n'était en pratique effectivement réalisée.

Ainsi pour ce contrôle, il a été relevé que sur 30 produits contrôlés :

— 2 d'entre eux ne possèdent aucune référence commercialisée dans le magasin ou susceptible de l'être ; la notion de gratuité est donc illusoire ;

— 17 ont un prix de vente supérieur au prix promotion de telle sorte que le taux de gratuité en plus ou la quantité en plus, sont faux ou encore que la notion d'offre spéciale est mensongère ;

Soit dans 63,3 % des produits : existence d'une allégation de gratuité mensongère incontestable, hors prise en compte des anomalies favorables au consommateur.

Il était souligné que les modes de calcul utilisés par le distributeur lui était particulièrement favorables.

Des explication recueillies par la DRCCRF il ressortait que le magasin Leclerc d'Yvetot gérait la fixation de ses propres ventes à l'exception des produits Éco +, marque Repère, ou Nos régions ont du talent, marques appartenant à l'enseigne Leclerc.

Sur les produits contrôlés, seul un produit de la marque Repère, donc à prix non contrôlé par le magasin, présentait une exactitude parfaite quant à l'offre de gratuité.

Les responsables du magasin ont suite au contrôle fait rectifier tous les prix des produits pour lesquels l'annonce de gratuité ou de réduction de prix était en défaveur du consommateur ; une procédure de contrôle interne était mise en place.

Cette procédure d'autocontrôle était estimée insuffisante par la DRCCRF dans la mesure où elle autorisait des références approchantes et ne réglait pas rapidement et totalement tous les cas d'absence de produits référents.

Un nouveau contrôle en 2011 a d'ailleurs établi que cette procédure n'était de toute façon pas appliquée de façon exhaustive de telle sorte que le taux d'anomalies était de l'ordre de 85 %.

Selon la DRCCRF seul un partenariat entre la centrale d'achat et les grands fabricants de produits de consommation était à même de permettre l'élaboration d'un système efficace de contrôle fiable de l'effectivité de la gratuité annoncée.

Le caractère exact des constatations matérielles de la DRCCRF n'était pas remis en cause par la société Leclerc Yvetodis laquelle, à l'audience, exposait qu'il convenait néanmoins de la relaxer au motif que l'élément moral de l'infraction n'était pas constitué.

Cette affirmation ne saurait être retenue, et ce alors qu'il est établi que si la mise en place d'un système permettant de lier le prix de chaque produit avec gratuité et celui de sa référence de comparaison peut s'avérer compliqué, il n'est pas, pour autant impossible.

Il est en effet à noter, que dans l'opération d'envergure réalisée courant 2006-2007 sur tout le département, sur 25 hypermarchés ou supermarchés contrôlés, seuls 16 ont fait l'objet d'un procès-verbal pour ces faits, ce qui suppose que 9 des supermarchés vérifiés ont été à même de trouver un système efficace permettant de gérer ses offres de gratuité en conformité avec les injonctions légales ;

Il sera rappelé par ailleurs que la notion de gratuité n'est pas tant une notion de prix, qu'une notion de publicité et qu'en conséquence les distributeurs doivent être à même, à partir du moment où ils décident de recourir à ce mode d'incitation à la consommation, de contrôler ce qu'ils affirment en termes de promotions et d'avantages ; que par

ailleurs le fait que certaines anomalies soient en faveur du consommateur ne saurait démontrer une bonne foi du distributeur, les obligations de ce dernier étant claires en terme d'information du consommateur.

Il sera souligné enfin la réitération des infractions et la non-mise en œuvre sur plusieurs années (2010, 2011) de procédés destinés à y remédier et ce alors que la structuration des différents magasins Leclerc et autres centrales d'achat y afférent peut laisser penser que la mise en place d'un tel système pourrait être possible.

En conséquence le tribunal déclarera coupable la société Yvetodis des infractions objet de la saisine, et entrera en voie de condamnation en prononçant une amende d'un montant de 30 000 €, cette amende, au vu de la peine encourue, étant à rapprocher du nombre d'infractions relevées, le système n'ayant pas été corrigé d'un contrôle à l'autre, et du montant des chiffres d'affaires et bénéfices en cause, mais ce alors que le magasin Yvetodis est une structure juridiquement indépendante.

Par ailleurs, conformément à l'article 121-4 du Code de la consommation, la publication, par extrait, du présent jugement sera ordonnée, aux frais de la société Yvetodis et ce dans le journal local « Paris Normandie » (édition Rouen) et dans le journal local « Le Courrier Cauchois ».

(...)

Par ces motifs :

(...)

Sur l'action publique :

Déclare la SAS Yvetodis (...) coupable des faits qui lui sont reprochés ;

Condamne la SAS Yvetodis (...) au paiement d'une amende d'un montant de 30 000 €.

(...)

NOTE

Jean-Michel VERTUT

Avocat au barreau de Montpellier

Trois magasins du distributeur Carrefour ⁽³⁾ ainsi que deux magasins exploités par des sociétés affiliés au groupement Leclerc ⁽⁴⁾ avaient offert à la vente des produits, dont l'emballage annonçait un pourcentage de gratuité.

La Direction régionale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) de Haute-Normandie devait conclure, au vu de ses constatations matérielles lors de ses visites dans les magasins et lors de leurs contrôles ⁽⁵⁾ et vérifications ultérieures, à l'existence de pratiques commerciales trompeuses ⁽⁶⁾ reposant sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur portant sur le prix, le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et la portée des engagements pris par l'annonceur, en ce qu'était annoncée sur les emballages de produits mis en vente la gratuité d'une quantité déterminée de produits alors que, soit il n'existait aucun prix de référence la justifiant, soit le prix de vente était en réalité plus élevé que ce qu'il aurait dû être en fonction de l'offre de gratuité.

Ces trois jugements, dont les termes sont très voisins, ont fait l'objet d'un appel selon les informations dont nous disposons. Ils n'en sont pas moins très instructifs en ce qu'ils permettent de poser un certain nombre de conditions à respecter en matière d'offre de gratuité **(II)**, alors que ce type de promotion, qui implique un système de référence ou de comparaison, ne fait pas l'objet d'un encadrement spécifique et dédié, à l'inverse de l'encadrement pouvant exister en matière d'annonce de réduction de prix, dont il semble pourtant s'inspirer **(I)**. Les fabricants, certes non concernés par les affaires ici rapportées, seraient aussi bien inspirés de tirer enseignements de ces dernières pour que soient correctement relayées leurs opérations promotionnelles **(III)**.

I. Les difficultés d'appréciation du caractère licite de ces pratiques

Les annonceurs sont confrontés régulièrement à la problématique du référentiel de comparaison lorsqu'il s'agit de communiquer sur des offres de type « + X % gratuit » ou « dont X % gratuit », « quatre achetés, un gratuit », etc.

Les annonces de réduction de prix non chiffrées peuvent le cas échéant induire en erreur le consommateur attiré par

le prix d'un article par rapport à un conditionnement ou un format de référence supposé, parfois à tort. Comment les consommateurs sont-ils censés percevoir ces offres ? Comment apprécier leur caractère licite ou non ? Il est à toutes fins précisé que nos observations seront circonscrites à une approche essentiellement « technique » et à visée pratique, de la promotion concernée. Ne sera dès lors délibérément pas ouvert le débat — par ailleurs nécessaire — sur le caractère déloyal ou non de la pratique sous l'angle de la directive n° 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales et des règles d'interprétation qui en découlent ⁽⁷⁾. Autant de questions auxquelles il convient d'essayer de répondre ⁽⁸⁾.

A. L'existence de règles spéciales limitées aux annonces de réduction de prix et l'inexistence de règles spéciales pour les annonces de gratuités

Les annonces de gratuité ne relèvent pas de l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur ⁽⁹⁾. Cet arrêté pose un cadre spécifique basé sur un prix de référence qu'il définit et à partir duquel doit se comprendre une annonce de réduction de prix. Les règles posées constituent un outil au service de la transparence pour le consommateur et de la sécurité juridique pour l'annonceur.

Le prix de référence, charnière du dispositif au sens de l'arrêté, ne peut ainsi excéder le prix le plus bas effectivement pratiqué par l'annonceur pour un article ou une prestation similaire, dans le même établissement de vente au détail ou site de vente à distance, au cours des trente derniers jours précédant le début de la publicité. L'annonceur peut également utiliser comme prix de référence le prix conseillé par le fabricant ou l'importateur du produit ou le prix maximum résultant d'une disposition de la réglementation économique. Dans le cas où un article similaire n'a pas été vendu précédemment dans le même établissement de vente au détail ou sur le même site de vente à distance, et où cet article ne fait plus l'objet d'un prix conseillé par le fabricant ou l'importateur, les annonces de réductions de prix peuvent être calculées par référence au dernier prix conseillé, sans que celui-ci ne puisse être antérieur à trois ans avant le début de la publicité.

La circulaire d'application de cet arrêté ⁽¹⁰⁾ nous précise en revanche que les publicités du type « treize à la douzaine », « + X % gratuit », « dont X % gratuit » et autres techniques comparables, ne sont pas soumises aux dispositions de l'arrêté lorsque la réduction de prix à l'unité résulte de l'augmentation de la quantité de produits contenue dans l'unité usuelle de vente de ces produits. Il en est notamment ainsi de la pratique du treize à la douzaine ou de toute pratique comparable. Il en est de même pour une publicité du type « + X % gratuit » indiquant qu'une quantité gratuite de produits est ajoutée à la quantité nominale vendue habituellement.

Il en résulte que la marge de manœuvre des annonceurs à l'occasion de leurs offres de gratuité exclues du périmètre de l'arrêté de 2008 s'en trouve accrue, puisque ces derniers ne sont pas tenus de respecter les prescriptions de l'arrêté, notamment celles se rapportant au prix de référence à partir duquel s'apprécie la réduction annoncée aux consommateurs.

Pour autant, l'annonceur ne peut pas tout se permettre car la réglementation en matière de promotion des ventes ne se limite pas à celle relative aux annonces de réduction de prix à destination des consommateurs. Il existe d'autres règles impératives à respecter et, comme le rappelle la circulaire précitée (v. circulaire p. 2), les annonceurs restent passibles de poursuites en application des articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation (c'est-à-dire pour pratique commerciale trompeuse), si leur allégation ne correspond pas à la réalité. Cette circulaire précise que l'un des critères de la véracité des annonces du type « dont X % gratuit » réside dans le fait que le prix pratiqué à l'unité de mesure est bien réduit par rapport à un des prix de référence définis par l'arrêté du 31 décembre 2008.

Ces principes rappelés en l'absence de textes spécifiques, comment aborder la problématique des allégations de gratuité ? Les trois décisions ici commentées viennent nous éclairer à ce sujet.

B. L'approche prétorienne et la définition de critères autonomes pour les annonces de gratuités

Si l'arrêté de 2008 n'a pas vocation à s'appliquer aux offres promotionnelles telles que celles dont a eu à juger le tribunal correctionnel de Rouen, la circulaire ministérielle de 2009 ne s'en désintéresse pas pour autant. Cette dernière nous livre des critères d'appréciation de la réalité des allégations de l'annonceur. Les jugements s'émancipent néanmoins des critères posés par la circulaire, bien qu'il soit aussi question de se livrer à une démarche comparative de prix (prix différents de produits lorsqu'il s'agit d'annonces de réduction de prix chiffrées ; prix dans le cadre d'allégations de gratuité).

Ces décisions posent ainsi des critères autonomes pour l'appréciation de la régularité de la pratique. À titre d'illustration, selon la circulaire, le prix de référence au titre d'une annonce de réduction de prix est celui pratiqué pour un article ou une prestation « similaire ». Il y a lieu d'entendre par article ou prestation similaire, outre les articles ou prestations rigoureusement identiques, les articles ou prestations ne se différenciant de l'article vendu

que par des variations minimales, telles qu'une dénomination ou une représentation légèrement différentes, mais ne correspondant à aucune véritable modification dans la conception, l'usage ou les qualités intrinsèques. En matière d'allégation de gratuité, le tribunal correctionnel de Rouen considère le produit référent, qu'il désigne par le terme « référence de comparaison », comme le « même produit ». Cette autonomie des critères est alors peut-être liée au fondement de la poursuite, à savoir la publicité trompeuse, le tribunal prenant soin de préciser que « la notion de gratuité n'est pas tant une notion de prix, qu'une notion de publicité ».

Voyons maintenant, au travers des contraintes ressortant de ces décisions, quels en sont les enseignements pratiques.

II. Le recours à la référence de comparaison

A. Les conditions de la comparaison

Selon les décisions rapportées, l'allégation suppose qu'une vérification et une comparaison soient mises en œuvre au regard du taux de gratuité annoncé sur l'emballage. Le système de référence repose ainsi sur une « référence de comparaison » ou « produit référent »⁽¹¹⁾, ce qualificatif devant être pris au pied de la lettre, visant un produit précis (le produit comparé) à partir duquel l'allégation concernant le produit promotionnel (le produit comparant) sera appréciée.

La démarche comparative doit alors répondre aux conditions suivantes.

1 La première condition se veut objective : il doit exister une référence de comparaison « du même produit avec la même quantité nominale »⁽¹²⁾ pour ceux présentés avec une quantité gratuite intégrée (cas des offres « dont X % gratuit ») ou de ce même produit « avec une quantité nominale sans la quantité supplémentaire gratuite » (cas des offres « + X % gratuit »). C'est à partir de cette référence de comparaison que sera connu le prix de référence, c'est-à-dire de comparaison. Le couple produit/prix représente le point central de l'exercice de comparaison. Comparé et comparant doivent donc être identiques. Il semble alors que, dans le cadre de ces opérations promotionnelles, l'on ne compare pas ce qui est similaire mais ce qui est identique. Ceci peut s'avérer gênant en cas de changement ultra mineurs ou formulations très légèrement différentes, voire de simples modifications d'emballage. Même s'il semble que la problématique de l'aspect similaire ou identique ne se soit pas posée lors des contrôles, reste alors à savoir si l'Administration, en dépit de cette rigueur prétorienne, entendrait tolérer une telle similarité, par exemple en cas d'évolutions de fond ou de forme des produits pour autant qu'elles soient à la fois minimales⁽¹³⁾ (à commencer par le changement de référence commerciale) et bénéfiques pour le consommateur. Cette similarité est d'ailleurs expressément admise, dans certaines limites, en matière d'annonces de réductions de prix. Il semble toutefois, à titre d'illustration pour les produits alimentaires ou non alimentaires préemballés à quantité nominale constante, qu'un changement (de marque par exemple) impliquant potentiellement des changements de formulation et/ou de recette et/ou de qualités organoleptiques et/ou d'engagements divers du fabricant, puisse modifier les qualités substantielles du produit, mais rien n'est certain. Dans l'affirmative et sous réserve de l'interprétation souveraine des tribunaux, ces changements dénierait au produit son caractère similaire. La rigueur des contrôleurs pourrait se deviner au détour d'un des jugements qui rappelle que la DRCCRF, au vu de la procédure d'autocontrôle interne mise en place par l'un des prévenus, apparemment entre deux contrôles, avait estimé insuffisante le recours à des « références approchantes »⁽¹⁴⁾. En sens inverse, il est rapporté que certains contrôles avaient permis d'identifier des produits de même nature, de même qualité, de même composition, de même marque, mais commercialisés sous une quantité nominale « beaucoup plus faible », de telle sorte qu'il n'y avait pas de réelle, de véritable référence de comparaison⁽¹⁵⁾, le différentiel de nominal semblant avoir été déterminant au regard de son caractère excessif. L'espoir est permis de ce point de vue lorsque les faits font aussi ressortir que les allégations de gratuités ont donné lieu à sanction pour des raisons autres que des modifications ultra mineures entre la référence de comparaison et le produit porteur du message de gratuité. Quoi qu'il en soit, et moyennant la réserve d'interprétation ci-dessus, à identité parfaite des produits par leur nature, il semble qu'il faille conclure à l'inexistence d'une référence de comparaison si la quantité nominale (avec ou sans la quantité moindre) n'est plus la même⁽¹⁶⁾. Ainsi, ne semble pas pouvoir bénéficier d'une référence de comparaison un conditionnement contenant exactement quatre fois la quantité du conditionnement type, auquel il serait ajouté une quantité supplémentaire, même si son prix est au quadruple de celui de l'emballage type.

2 La deuxième condition se veut circonstancielle : la référence de comparaison doit avoir été commercialisée « antérieurement ou au plus tard en même temps » que le produit avec allégation de gratuité, « dans le même magasin ou à tout le moins dans la même zone de chalandise ». Ces deux composantes qui inscrivent la comparaison dans le temps et le lieu, offrent chacune d'elles deux alternatives.

D'un point de vue du chronologique, l'on comprend que la référence de comparaison peut (seulement) avoir été commercialisée avant la commercialisation du produit promotionnel. En cette hypothèse, le consommateur n'est pas

en mesure de s'assurer lors de son achat que l'offre n'est pas mensongère. Pareille solution, qui ne manquera pas de réjouir les chefs produits et responsables marketing, se doit néanmoins d'être saluée. Elle est en outre pleine de bon sens car l'exigence d'une offre concomitante du produit concerné par l'allégation et de sa référence de comparaison réduirait cette dernière à un faire-valoir et multiplierait inutilement les références de produits identiques au sein des linéaires. La variété dans l'offre en sort gagnante et du coup, le consommateur. L'on ne peut toutefois que regretter l'absence d'éclairage sur la durée de la période antérieure au cours de laquelle la référence de comparaison aurait pu être commercialisée pour demeurer une référence efficiente, surtout lorsque celle du prix de référence au sens de l'arrêté du 31 décembre 2008 s'entend selon le référentiel et sauf cas exceptionnel visé à l'arrêté, d'un délai maximum de 30 jours précédant le début de la publicité. L'on peut quoi qu'il en soit se risquer à considérer qu'il est indispensable que l'ancienneté de commercialisation de la référence ne soit pas telle qu'elle soit dénuée de sens pour le consommateur. C'est cette idée que l'on retrouve dans l'antériorité « réglementaire » de 30 jours maximum de l'arrêté de 2008 lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'est un prix de référence. Cet arrêté n'étant pas ici applicable, ce délai ne l'est pas lui-même, et il serait selon nous excessif de considérer qu'une antériorité est raisonnable jusqu'au 30^e jour et ne l'est plus dès le 31^e ou passé le 40^e jour. La perception du consommateur ⁽¹⁷⁾ ne saurait relever d'une logique aussi mécanique, d'autant qu'elle varie d'un sujet à l'autre. Sans excès de témérité, ne pourrait-on pas par exemple considérer qu'une antériorité d'une soixantaine de jours n'est pas *ipso facto* déraisonnable ? Dans le doute et même si les jugements rapportés font ressortir une différence d'approche entre les critères de l'arrêté de 2008 et les orientations données par la circulaire de 2009, l'on ne peut toutefois que conseiller à l'annonceur zélé de prendre pour référentiel un délai de 30 jours ou tout au plus l'avoisinant, même si cette préconisation n'est pas dérivée des décisions, le juge répressif n'ayant pas évoqué l'arrêté précité, inapplicable en l'espèce. Le caractère licite de l'opération pourrait alors et selon nous dépendre, sur le point particulier de l'antériorité, de la plus ou moins grande souplesse de l'Administration à l'occasion des poursuites, de la mesure dont saura faire preuve l'annonceur pour ce qui est de l'antériorité de la référence de comparaison et, par dessus tout, de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Mis à part pour les produits qui continueront à être vendus dans le point de vente en « fond de rayon » pendant que le produit avec allégation de gratuité sera par exemple vendu en tête de gondole, l'autre alternative, à savoir celle permettant de commercialiser la référence de comparaison « au plus tard en même temps » que le produit avec allégation de gratuité, risque de ne revêtir qu'un intérêt pratique moindre, par exemple en cas de stock résiduel non écoulé de la référence de comparaison, ou lorsque le distributeur se rendra compte qu'il n'a pas commercialisé dans son point de vente la référence de comparaison et encourt à ce titre une poursuite.

Au plan de la localisation, la référence de comparaison, pour être régulière, peut avoir été commercialisée « à tout le moins dans la même zone de chalandise ». Cette approche géographique accroit, par la simple observation de la concurrence avoisinante, les possibilités de telles offres. Même si, à nouveau, le consommateur n'est pas en mesure de s'assurer du bienfondé de l'allégation de gratuité aussi facilement que si la référence de comparaison était commercialisée simultanément dans le point de vente, celle-ci reste tout de même accessible au sein de la même zone de chalandise. Si, pour les produits alimentaires, à plus forte raison les produits frais, la zone de chalandise a encore un sens, quand bien même en *digital retail* au travers des très plébiscités *drive*, cette notion semble ici plus discutable au plan de sa pertinence dans l'univers de produits non alimentaires, à propos desquels la zone de chalandise a tendance à s'étendre à la mesure des possibilités offertes par internet. On regrettera enfin que la règle ainsi posée, où la comparaison s'effectue à produit à nature et à nominal identique, à partir d'une référence de comparaison antérieure ou tout au plus concomitante, s'oppose à une référence de comparaison postérieure, alors que les offres de gratuité peuvent aussi revêtir un intérêt en phase de lancement d'une nouvelle référence. L'on croit alors — malheureusement selon nous au plan de l'opportunité — que le lancement d'un nouveau produit avec allégation de gratuité, puisque la référence de comparaison n'a jamais été commercialisée, voire ne le sera jamais, est par nature sans fondement donc mensongère. Dans l'absolu, est-il pourtant fantaisiste de considérer que la comparaison pourrait s'effectuer avec une référence de comparaison postérieure (produit sans allégation de gratuité), le tout bien entendu aux risques et périls de l'annonceur ⁽¹⁸⁾ qui, par exemple ne commercialiserait pas ultérieurement en temps raisonnable cette dernière référence ou ne la commercialiserait pas au prix voulu pour que l'allégation de gratuité « antérieure » n'ait pas été mensongère ? Il y aurait en quelques sortes inversion des référentiels et la référence de comparaison ne serait alors plus le produit sans allégation de gratuité mais le produit avec allégation.

3 La troisième et dernière condition, qui pourrait finalement faire office de point de départ du raisonnement, tient au fait que « le prix du produit avec allégation de gratuité doit être ajusté en fonction du prix de sa référence de comparaison ». On rappelle que les prévenus se voyaient opposés, soit l'inexistence d'un prix de référence (prix de la référence de comparaison), soit que le prix de vente était plus élevé que ce qu'il devait être compte tenu de l'offre. Cette troisième condition se veut réelle, en ce sens qu'elle a trait au produit objet de l'allégation. Ce produit, à savoir le même que sa référence de comparaison, doit voir son prix « ajusté », c'est-à-dire rendu juste pour que l'allégation soit elle-même juste. Dès lors, le vendeur ayant acquis auprès de son fournisseur une référence de produit présentée sous un conditionnement annonçant une gratuité, doit s'assurer de la véracité tant au regard de la

référence de comparaison que de l'ampleur de l'avantage annoncé. C'est ce qui a fait défaut dans les espèces commentées ⁽¹⁹⁾.

En apparence rigoureux et sévères — ce que le montant des sanctions prononcées laissent de prime abord à penser — ces jugements, au travers des contraintes ainsi posées, semblent alors proposer un compromis entre la protection des consommateurs (rigueur dans le caractère objectif des comparaisons) et liberté pour les professionnels dans leur allégations, avec comme précepte celui du caractère non trompeur des offres. Conséquence de l'absence d'obligation à la charge du distributeur de disposer simultanément en point de vente de la référence de comparaison, le contrôle comparatif demeure assez théorique pour le consommateur lambda, de fait amené à devoir faire confiance à son vendeur. Partant, ce dernier est tenu de ne pas tromper son client.

B. Les modalités pratiques de la mise en œuvre des conditions

En ce qui concerne les allégations de gratuité, le tribunal devait approuver la DRCCRF d'avoir caractérisé l'existence de pratiques commerciales trompeuses ⁽²⁰⁾ en ce qu'était annoncée sur les emballages des produits mis en vente la gratuité d'une quantité déterminée de produits alors que, soit il n'existait aucun prix de référence la justifiant, soit le prix de vente était en réalité plus élevé que ce qu'il aurait dû être en fonction de l'offre. Concrètement, la revente d'un produit porteur d'un message de gratuité n'est en effet pas aussi libre de charges que celle d'un produit ordinaire. Cette revente doit s'inscrire dans une démarche prudente et organisée, le tribunal rappelant à ce propos que « la notion de gratuité n'est pas tant une notion de prix, qu'une notion de publicité et qu'en conséquence les distributeurs doivent être à même, à partir du moment où ils décident de recourir à ce mode d'incitation à la consommation, de contrôler ce qu'ils affirment en termes de promotions et d'avantages ». Il en ressort plusieurs exigences au plan du mode opératoire.

1. L'exigence de vérification

Le distributeur doit s'assurer avant la mise en vente du produit promotionnel qu'il sera en mesure, en cas de contrôle, de faire état d'une référence de comparaison **(a)**. Il doit ensuite mettre en œuvre les moyens nécessaires pour que le prix du produit avec gratuité soit « lié » à celui de sa référence de comparaison **(b)**.

a) Vérification de l'existence d'une référence de comparaison ou produit référent

Le vendeur doit d'abord avoir la maîtrise de la notion même de référence de comparaison au sens des jugements ici commentés. La définition de la référence de comparaison ainsi maîtrisée, le point de vente s'assurera de l'existence même d'une telle référence. À défaut, l'allégation n'est pas envisageable. Sachant que bon nombre de produits sont référencés au niveau national par des centrales qui négocient avec les fabricants de grandes marques, les prix, les volumes et les actions promotionnelles, ce critère de référence de comparaison devrait être pris en compte dès le référencement. De même les centrales peuvent être en mesure de connaître dans quels magasins ces références de comparaison ont été distribuées, autorisant donc la mise en vente du produit correspondant avec allégation de gratuité. C'est donc l'ensemble du fonctionnement de l'enseigne qui est impacté par la mise en place de ce type d'action promotionnelle et la charge des mesures à mettre en œuvre ne peut pas se restreindre à la fonction de directeur de magasin ou de chef de rayon, même si l'infraction de pratique commerciale trompeuse n'a ici été considérée commise qu'à ce stade, par la mise en vente au consommateur et la mention d'un prix de vente.

b) Vérification du lien entre le prix du produit avantageux et sa référence de comparaison

Comme rapporté dans les jugements, il ressortait des contrôles réalisés par la DRCCRF que les magasins n'avaient pas mis en place de « réel système permettant de lier le prix de chaque produit avec gratuité et celui de sa référence de comparaison ». Un tel système se doit d'être « efficient » ⁽²¹⁾ pour permettre de justifier de la réalité des allégations publicitaires de gratuité. Quand bien même un tel système pourrait s'avérer compliqué, il n'était pas en l'espèce impossible à mettre en œuvre puisque l'un des jugements précise que sur 25 hypermarchés ou supermarchés contrôlés, seuls 16 avaient fait l'objet d'un procès-verbal, ce qui supposait que les 9 autres avaient été à même de trouver un système efficient permettant de gérer ses offres de gratuité en conformité avec les injonctions légales. Rajoutons que le fait que certaines anomalies aient été relevées en faveur du consommateur n'a pas suffi à démontrer la bonne foi du distributeur, le tribunal précisant que les obligations de ce dernier étant claires en termes d'information du consommateur.

2. L'exigence de vérité

Le prix du produit avec allégation de gratuité doit être ajusté en fonction du prix de sa référence de comparaison : sans produit référent, pas de réelle et véritable comparaison. L'allégation de gratuité se révèle donc illusoire. L'offre

est trompeuse. Même résultat en présence d'une référence de comparaison, lorsque le prix de vente est supérieur au prix promotionnel avancé de telle sorte que le taux de gratuité en plus ou la quantité en plus sont faux. Le taux de gratuité ne doit pas être plus faible que celui allégué.

III. Le rôle des fournisseurs

L'impact de ces trois décisions sur les fournisseurs ne ressort pas des décisions commentées. Il peut toutefois se deviner au regard des aspects pratiques de ces solutions, lors des offres de gratuités élaborées par les fournisseurs, inscrites par ces derniers sur le conditionnement des produits, et reprises pour leur compte par les distributeurs, maîtres des prix qu'ils pratiquent. Risquons-nous, sans prétendre à l'exhaustivité, à quelques observations à ce sujet sans qu'il soit pour autant question de développements sur la qualité d'annonceur et des difficultés particulières sur cette question ⁽²²⁾, les poursuites ayant été engagées contre les distributeurs.

Bien que le moyen ne soit pas rapporté, il semble que les distributeurs poursuivis aient plaidé la relaxe, « en alléguant notamment que ces opérations de promotion étaient réalisées par des fournisseurs qui décidaient de la proportion de gratuité et qui conditionnaient eux-mêmes le produit » ⁽²³⁾. Pour la Direction départementale de la protection des populations avec laquelle nous avons pu nous entretenir, le moyen en défense ne pouvait être retenu car, lorsque le conditionnement est réalisé par le fournisseur, il n'est pas rattaché à un prix, lequel n'apparaît que lorsque le produit est offert à la vente au consommateur par le distributeur. C'est à ce moment-là que le message peut être trompeur.

Toujours est-il que la vente d'un produit par un fournisseur à son distributeur, avec ou sans gratuité d'une certaine quotité lors de cette première vente, fait songer à une vente assortie d'une charge accompagnant la deuxième vente (la revente), dans la mesure où le distributeur qui acquiert le produit — certes de son plein gré et parce qu'il y trouve un intérêt — va devoir le commercialiser en respectant le contenu du message promotionnel inscrit sur celui-ci. La charge résulte aussi dans l'obligation du fait de la loi qu'aura le distributeur de ne pas contrevenir aux dispositifs de lutte contre les pratiques commerciales trompeuses.

Sans conduire à une immixtion du fournisseur dans la politique promotionnelle de son distributeur, l'élaboration par le fournisseur d'une offre produit destinée à être reprise pour son compte par le distributeur, suppose que soit prise en compte par ledit fournisseur la problématique du référentiel existant, elle-même induite du message de gratuité.

Si deux des décisions rapportées nous précisent que selon la DRCCRF, « seul un partenariat entre la centrale d'achat et les grands fabricants de produits de consommation était à même de permettre l'élaboration d'un système efficace de contrôle fiable de l'effectivité de la gratuité annoncée » ⁽²⁴⁾, nul doute qu'un tel partenariat peut s'avérer périlleux sur d'autres plans ⁽²⁵⁾. Une immixtion du fournisseur dans la politique tarifaire du distributeur, s'avère par exemple hautement risquée au regard du dispositif de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

La stratégie promotionnelle des fournisseurs se trouve quoi qu'il en soit impactée par les principes ici rappelés. La rigueur attendue des distributeurs dans leurs offres promotionnelles à l'attention des consommateurs suppose aussi la prise en compte en amont, par les fournisseurs, d'un certain nombre de contraintes telles que la création des références de comparaison, de leur commercialisation selon les principes ici rappelés, d'une estimation du prix de revente du produit référent et du produit promotionnel, etc. Autant de sujets — pouvant aussi directement impacter les tarifs du fournisseur — que ce dernier sera tenu d'anticiper dans le cadre de sa politique promotionnelle, s'il veut que celle-ci soit correctement relayée par ses revendeurs.

Ces trois décisions de juges de fond — dont on rappelle qu'elles font l'objet d'un appel — offrent donc pour l'heure un éclairage pratique sur la question des avantages consommateurs par l'octroi d'une quantité gratuite supplémentaire et sur celle des référentiels à prendre en compte. Elles sont une invitation à la vigilance des professionnels lors de leurs offres promotionnelles, en ce comprises les offres ressemblantes de types « prix spécial », « prix exceptionnel » et autre « prix choc » qui dans certaines circonstances ici non développées, peuvent aussi s'avérer trompeuses.

¹ (1) Jugements non définitifs à raison des appels des prévenus. Sans que le présent commentaire ne puisse être constitutif d'opinions ou réflexions autres que ceux de l'auteur, ce dernier remercie la Direction départementale de la protection des populations de Seine-Maritime et notamment Sophie Blandel, inspectrice, et Michel Guerrier, directeur départemental, pour la communication de ces jugements et des éclairages s'y rapportant. La DDPP de Seine-Maritime n'est ni à l'origine des propos de l'auteur, ni liée par ces derniers.

² (2) www.lsa-conso.fr, 27 avr. 2012 : «Cinq hypermarchés de Rouen condamnés pour pratiques commerciales trompeuses» ; www.lsa-conso.fr, 3 mai 2012 : «Cinq hypers de Rouen ont été condamnés pour pratiques commerciales trompeuses. Leurs promotions s'avéraient défavorables au consommateur» ; www.lefigaro.fr, 28 avr.

2012 : «Carrefour et Leclerc épinglés pour promotions trompeuses».

3 (3) T. corr. Rouen, 4^e ch., 27 avr. 2012, n^{os} 07000007968 et 10057000074, procureur de la République et Direction départementale de la protection des populations de Seine-Maritime, UFC Que Choisir (partie civile) et Carrefour Hypermarché (prévenu) (faits relevés courant 2006, 2007 et 2009).

4 (4) T. corr. Rouen, 4^e ch., 27 avr. 2012, n^o 11049000004, procureur de la République et Direction départementale de la protection des populations de Seine-Maritime, UFC Que Choisir (partie civile) et SAS Yvetodis (prévenue) (faits relevés courant 2010) – T. corr. Rouen, 4^e ch., 27 avr. 2012, n^o 11049000006, procureur de la République et Direction départementale de la protection des populations de Seine-Maritime, UFC Que Choisir (partie civile) et SAS Citadis-Leclerc (prévenue) (faits relevés courant 2010).

5 (5) Des contrôles aléatoires avaient été effectués selon les cas sur une vingtaine ou une trentaine de produits, alimentaires ou non, hors produits présentés dans un catalogue promotionnel, donc sans démarche publicitaire promotionnelle semble-t-il.

6 (6) Nous utiliserons ce terme de pratiques commerciales trompeuses, bien que certaines pratiques ici rapportées aient été mises en œuvre antérieurement à la loi n^o 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs. V. à ce sujet note de service n^o 2009-07, 29 janv. 2009 de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, sur les pratiques commerciales déloyales.

7 (7) V. notamment Cass. com., 29 nov. 2011, n^o 10-27402, Concurrence c/ Kelkoo – Cass. com., 12 juill. 2012, n^o 11-18807 FS-PBI, Hewlett Packard France c/ UFC Que Choisir et Association de droit du marketing.

8 (8) Le sujet est d'autant plus d'actualité qu'un récent communiqué de presse de la DGCCRF du 5 juillet 2012 a révélé, aux termes d'une enquête menée en 2011, un niveau anormalement élevé d'erreurs de prix dans la grande distribution, qui dans six cas sur dix étaient défavorables aux consommateurs. http://www.economie.gouv.fr/files/cp_lecture_optique05072012.pdf.

9 (9) A. 31 déc. 2008, relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur, Nor : ECEC0831181A : JO 13 janv. 2009.

10 (10) Circ. ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, 7 juill. 2009, concernant les conditions d'application de l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur, p. 2, Nor : ECEC0907743C.

11 (11) Sur ce qualificatif de «produit référent» : T. corr. Rouen, 4^e ch., 27 avr. 2012, n^o 11049000004, p. 5.

12 (12) Pour une définition de la quantité nominale, v. Dir. n^o 76/211/CEE du Conseil, 20 janv. 1976, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au préconditionnement en masse ou en volume de certains produits en préemballages, modifiées par la directive n^o 2007/45/CE du Parlement européen et du Conseil, 5 sept. 2007, fixant les règles relatives aux quantités nominales des produits en préemballages («2. Définitions et prescriptions de base ; 2.1. La quantité nominale (masse nominale ou volume nominal) du contenu d'un préemballage est la masse ou le volume marqué sur ce préemballage ; c'est la quantité de produit que le préemballage est censé contenir.») ou la fiche pratique de la concurrence et de la consommation - Métrologie à destination des professionnels : «De façon générale tout préemballage doit contenir au minimum la quantité annoncée pour laquelle il a été acheté (C. consom., art. L. 213-1 sur la tromperie). Cette quantité est appelée quantité nominale ou QN». http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/documentation/fiches_pratiques/fiches/metrologie_destination_profes281%29%20

13 (13) Bien que ce terme soit très subjectif et implique des recherches et analyses difficiles et longues.

14 (14) T. corr. Rouen, 4^e ch., 27 avr. 2012, n^o 11049000004, p. 5. Cette notion de référence approchante ayant peut-être été entendue au sens d'une quantité nominale plus faible mais pour une formulation identique du produit de même marque.

15 (15) T. corr. Rouen, 4^e ch., 27 avr. 2012, n^{os} 07000007968 et 10057000074, p. 6. La décision portant le n^o 11049000006, p. 5, met en évidence que les recherches en matière de produit référent se sont élargies à des références de comparaison «même approchantes» à savoir d'une quantité nominale plus faible.

16 (16) À titre d'exemple pratique, dans le cas d'un produit X de marque Y en paquet de 2,75 kg + 550 g gratuit, la véritable référence serait le même produit dans un conditionnement de 2,75 kg et non dans un conditionnement de 1 kg, ce dernier ne pouvant alors tenir lieu de conditionnement comparable.

17 (17) Sur la notion de consommateur «moyen» selon la DGCCRF, v. note de service n° 2009-07, 29 janv. 2009 de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, sur les pratiques commerciales déloyales.

18 (18) Pour un tel mécanisme dans le domaine particulier du calcul du seuil de revente à perte à propos des ristournes conditionnelles, cf. circ., 8 déc. 2005, relative aux relations commerciales, pt 4.1.2, NOR : PMEAO510001C : JO 30 déc. 2005.

19 (19) À noter qu'avec les étiquettes de prix électroniques qui peuvent permettre une modification quotidienne des prix de vente en rayon, l'ajustement entre le prix de vente de la référence de comparaison par rapport à l'article avec allégation de gratuité doit être permanent, surtout si les deux produits sont commercialisés simultanément.

20 (20) Faits prévus et réprimés par C. consom., art. L. 121-1, L. 121-1-1, L. 121-4, L. 121-5, L. 121-6 et L. 213-1, L. 213-6. C. pén., art. 121-2 et 131-7 à 131-39-1.

21 (21) T. corr. Rouen, 4^e ch., 27 avr. 2012, n° 1104900004, p. 6.

22 (22) Sur le sujet de la qualité d'annonceurs dans le cadre des annonces de réduction de prix à l'égard des consommateurs, circ. ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, 7 juill. 2009, p. 3, II. Les obligations de l'annonceur ; A. Responsabilité de l'annonceur.

23 (23) V. note 2.

24 (24) Déc. SAS Yvetodis et déc. SAS Citadis-Leclerc.

25 (25) Avis n° 10-A-25, 7 déc. 2010, relatif aux contrats de «management catégoriel» entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs, notamment pts 17 et s ; Recommandation CEPC n° 11-01 relative à un code de bonne conduite en matière de management par catégorie ; «Code de bonne conduite en matière de management par catégorie», note M. Malaurie-Vignal, Contrats, conc. consom., janv. 2012, n° 8.