

Points de vue pratiques

anticoncurrentielles, il convient de tenir compte de « toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice » (transposition de la directive 2014/104/UE). Nous saluerons ici la ténacité de la société SIFAM tant dans le choix d'initier une seconde procédure s'agissant d'un second refus de vente que dans l'évaluation raisonnable et pertinente de son préjudice dont on sait la démonstration difficile (V. Paris 7 déc. 2016, n°14/01036 ; Paris 14 déc. 2016, n°13/08975, Lettre Distr. janv. 2017).

K.B

Crim. 11 juillet 2017, n°16-84902 ; Arrêté du 9 août 2017 sur les modalités d'information du consommateur sur les prix

Prix promo : des dangers des promos permanentes ou des prix barrés incorrects

Ne pas confondre prix bas ou attractif et prix promotionnel ; être en mesure de justifier ce dernier. Tels sont les enseignements que l'on peut tirer de l'arrêt sous commentaire. Le caractère promotionnel d'un prix est relatif. Pourtant, l'emploi du terme « promo » est parfois galvaudé afin de mieux valoriser les offres. Il est vrai que, dans un contexte de concurrence exacerbé (internet, comparateur de prix...), la « promo », le « discount », est devenu le mode d'achat par principe pour un grand nombre de consommateurs. Pourquoi payer plus cher quand il existe toujours, ici où là, une promo. Ce type d'attente engendre malheureusement une multiplication des offres dont le caractère promotionnel peut s'avérer parfois douteux. L'arrêt ici rapporté en donne une illustration.

Cet arrêt rappelle qu'une pratique commerciale est trompeuse notamment si elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur « le prix (...), le caractère promotionnel du prix (...), et si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

En l'espèce, un e.commerçant s'était vu reprocher par la DGCCRF d'avoir, courant 2012, pratiqué sur de très nombreux produits de musculation, des promotions permanentes faisant référence à des prix initiaux en réalité non appliqués, en mentionnant une durée de promotion finalement prorogée indéfiniment afin d'inciter le consommateur à acheter le produit d'autant plus rapidement que la promotion apparaissait réelle et limitée. Condamné en première instance, le prévenu avait été relaxé par la Cour d'appel de Grenoble pour laquelle, afin d'apprécier le caractère trompeur de l'indication « promo » accolé au prix barré, il convenait de déterminer si cette indication altérait ou était susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur « moyen » au sens de la directive 2005/29/CE (Considérant 18). La Cour avait alors considéré que les consommateurs moyens visés étaient ceux intéressés par les produits accompagnant la pratique de la musculation, ce qui induisait des achats antérieurs entraînant une certaine connaissance des niveaux de prix pratiqués, et ce d'autant plus que leurs achats sur internet permettaient une comparaison presque instantanée avec des produits semblables vendus par les concurrents. Il en était déduit que si la mention « promo » accolée à un prix barré pouvait attirer l'attention du consommateur moyen, l'acte d'achat était en réalité déclenché par le seul prix effectivement proposé, de sorte qu'il n'était pas démontré que la pratique commerciale incriminée était de nature à induire en erreur les consommateurs auxquels le message promotionnel s'adressait. La Cour de cassation censure la Cour de Grenoble qui aurait dû mieux rechercher si, au cas d'espèce, les prix de référence mentionnés par les promotions proposées durant la période de prévention avaient bien été précédemment appliqués, même antérieurement à cette période. De plus, en se fondant pour apprécier l'incidence de la pratique concernée sur le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé (art. L. 121-1 al. 1), sur l'intérêt particulier du client éventuel pour le produit concerné en raison d'achats antérieurs sur Internet et à sa faculté de comparer instantanément les prix pratiqués par d'autres commerçants en ligne, la Cour d'appel s'était fondée sur des critères inopérants. Il est vrai que son raisonnement amenait à tenir pour établis un certain nombre d'éléments pour considérer les consommateurs normalement informés et avisés sur les produits offerts, et notamment l'existence d'achats antérieurs, ce qui n'a pas été vérifié et ne pourrait pas l'être, par exemple, pour les primo pratiquants. En outre, la possibilité de comparaison instantanée des prix n'implique pas qu'une telle comparaison ait eu lieu et, de plus, conduisait à mettre à la charge du consommateur une telle obligation de comparaison, alors que celui-ci devrait pouvoir se fier au contenu de l'annonce et plus spécialement aux prix initiaux mis en avant pour justifier du caractère promotionnel de l'offre.

En lien avec une actualité réglementaire connexe, rappelons que les vendeurs doivent informer le consommateur, par voie de marquage, d'étiquetage,

d'affichage ou par tout autre procédé approprié, sur les prix et les conditions particulières de la vente (art. L 112-1 C. conso). Les vendeurs les plus scrupuleux pourront à l'avenir demander à la DGCCRF, de prendre formellement position sur la conformité des modalités de l'information sur les prix de vente au consommateur qu'ils envisagent de mettre en place (art. L. 112-5 et R. 112-1 C. conso. ; cf. Ordonnance du 10 décembre 2015 relative aux garanties consistant en une prise de position formelle, opposable à l'administration, sur l'application d'une norme à la situation de fait ou au projet du demandeur). Le dispositif devient en effet opérationnel avec la publication d'un arrêté du 9 août dernier (JORF 17 août 2017, p.35) applicable à compter du 1er octobre prochain. Cet arrêté prévoit que la demande du professionnel, qui doit être documentée, est effectuée au moyen d'un formulaire, téléchargeable sur le site internet www.economie.gouv.fr/dgccrf et sur le site www.service-public.fr.

J-M.V

Civ. 1^{er} 5 juillet 2017, n°16-14978

Le conditionnement : support de publicité pour les alcools ?

C'est une décision « non spécialement motivée » par laquelle la Cour de cassation rejette un pourvoi dès lors que les moyens de cassation « ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation » (art. 1014 C. proc. civ.) qui intéresse les contours de la publicité pour les alcools.

Des canettes et packs de bière Carlsberg faisaient apparaître quatre joueurs de football de la première ligue, des références à cette compétition et un jeu permettant de gagner des places pour des matchs. L'ANPAA, vigilante et passant au crible les actions de communication de grands brasseurs et alcooliers, a rapidement sollicité le retrait de ces produits considérant qu'il s'agissait de publicités illicites au regard de la loi Evin.

Après une première victoire de l'Association en référé, Kronenbourg soutien en appel que le conditionnement n'est pas soumis aux références limitatives prévues par l'article L3323-4 du Code de la Santé Publique. Pour ce faire, le brasseur se fondait sur le texte lui-même qui prévoit, concernant les seules mentions et références autorisées sur les publicités, que « le conditionnement ne peut être reproduit que s'il est conforme aux dispositions précédentes ». Ce faisant, le conditionnement ne pourrait caractériser une publicité au sens de ce texte, seule sa reproduction comme publicité devrait respecter les mentions et références précitées. De son côté, l'Association affirmait que « le conditionnement d'une boisson alcoolique constitue une forte incitation à la consommation » notamment, en l'espèce, du fait de « l'association entre la compétition sportive et la bière Carlsberg ». La Cour d'appel, pour confirmer l'ordonnance de référé, rappelle d'abord ce qui caractérise une publicité illicite : « tout acte en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article ayant pour effet, qu'elle que soit la finalité, de rappeler une boisson alcoolique sans satisfaire aux exigences de l'article L. 3323-4 du code de la santé publique ». Concernant l'argument textuel exploité par Kronenbourg, elle adopte une position diamétralement opposée et considère au contraire que la reproduction n'est pas une condition d'application du texte mais « sous-entend que le conditionnement est utilisé par les distributeurs comme support de publicité ». Le conditionnement serait donc « un support de communication destiné à attirer le choix du consommateur par rapport au produit concurrent, situé à proximité immédiate sur le même rayon ». Ce faisant, « les mentions figurant sur les canettes et les packs litigieux comportent des références visuelles qui sont étrangères aux seules indications objectives et techniques du produit ».

En conséquence, l'arrêt de la Cour de cassation donne indirectement sa pleine mesure à l'arrêt d'appel précité. Solution qui peut paraître évidente au regard de ce qui caractérise une publicité en général. Le packaging d'une bière, tout comme l'étiquette d'un vin, sont susceptibles en effet, dans certains cas, d'inciter le consommateur à l'achat et caractériser une publicité (visuels attrayant, messages incitatifs notamment). Il suffirait donc, à suivre l'arrêt d'appel, que le packaging ou l'étiquette utilisé comme publicité respecte les mentions et références limitativement prévues par le texte, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, l'image des joueurs de football n'ayant que peu de rapport avec la couleur, les caractéristiques gustatives ou olfactives de la bière voire son mode d'élaboration... Restrictions qui, si elles sont respectées, n'excluraient pas, sous certaines conditions, l'impression de plaisir inhérente à toute démarche publicitaire (1^{ère} Civ. C. Cass. 1^{er} juillet 2015 - publicité du CIVB) voire une part de fiction (Crim., 15 mai 2012, Johnny Walker).

Mais même si ces conditions sont respectées, la publicité est-elle pour autant licite ? Rien n'est moins sûr. Rappelons en effet qu'outre les mentions et références strictement limitées, le législateur a entendu restreindre les supports publicitaires autorisés. Or, la liste limitative de l'article L3323-2 du Code de la Santé Publique (presse écrite, radio, affiche et enseigne voire Internet) ne prévoit