

Points de vue pratiques

instance.

Pour ce faire, elle rappelle de façon classique que la publicité recouvre : « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou services », mais ajoute deux précisions. D'abord, la publicité ne saurait être en soit interdite « au seul motif qu'elle serait attractive ou qu'elle inciterait à l'achat ou à la consommation de boissons alcoolisées ». Ensuite, une distinction doit s'opérer entre d'un côté, les « les mentions purement objectives » à savoir « la couleur, les caractéristiques olfactives et gustatives du produit » qui ne permettraient donc aucune référence subjective, fruit de l'imagination des publicitaires ; de l'autre, « l'origine, la dénomination ou la composition du produit », indications qui laisseraient « la place à l'imagination des concepteurs des messages publicitaires ».

Cette interprétation libérale, visant à laisser une marge de manœuvre aux publicitaires, s'inscrit dans un mouvement assez récent consacré aussi bien par la Chambre criminelle (Publicité Whisky Jameson, part de fiction acceptable: Crim., 15 mai 2012, n°11-83.686) que par la Chambre civile de la Cour de Cassation (Aff. CIVB, impression de plaisir inhérente à toute publicité : Cass. 1^{er} civ., 1^{er} juill. 2015, n°14-17.368, suite à Cass. 1^{ère} civ., 23 oct. 2012 préc. et à la résistance provocatrice de la Cour d'appel de Versailles, 3 avril 2014). En revanche, cette solution fondée sur la distinction qu'il conviendrait d'opérer entre « références purement objectives » et autres éléments de communication, nous semble nouvelle. Elle pourrait s'expliquer par le texte lui-même qui qualifie les seules « couleur, caractéristiques olfactives et gustatives du produit » de « références objectives » (nous soulignons), là où les autres éléments de communication sont des « références », des « indications » sans autre précision (alinéas 1 et 2 de l'art. L3323-4 du CSP). Cette solution (et donc cette distinction) pourrait néanmoins être discutée dès lors par exemple que l'imagination du publicitaire doit pouvoir s'intéresser aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit ; ou que d'autres indications et références ne sont pas classées par la Cour. Les limites tenant, outre les seules indications et références autorisées, à l'incitation à la consommation excessive d'alcool et, pour les publicités accessibles en ligne, leur ciblage d'un jeune public et leur caractère intrusif ou interstitiel, devraient être la préoccupation exclusive de l'analyse.

En tout état de cause, forte de ce postulat, la Cour analyse chacune des publicités Grimbergen. Concernant tout d'abord le film « *La légende du phoenix* », l'ANPAA considérait que la référence au phoenix, à ses vertus supposées (« *régénération mythique, forces infinies, renaissance matérielle et spirituelle, renaitre toujours plus fort, pouvait vaincre le temps, protégeait ainsi les hommes à chaque étape de leur vie* »), dépassait les limites fixées par la loi. La Cour d'appel rejette cet argument, considérant que les références précitées sont tronquées, et relève au contraire que le film fait un parallèle entre l'histoire de l'Abbaye Grimberger, détruite à plusieurs reprises notamment par un incendie puis reconstruite, et celle du phoenix qui est devenu son emblème. Ce faisant « *Kronenbourg communique, ... sur l'origine de ses produits, au travers de l'abbaye de Grimbergen dont la devise et l'emblème, le phoenix, sont des éléments distinctifs de sa marque figurant sur son produit* ». Les liens historiques et actuels entre l'Abbaye et la bière étaient en effet démontrés par Kronenbourg, cette dernière renvoyant par ailleurs à sa marque associant l'Abbaye et le phoenix. Il en va de même du slogan « *une bière au caractère unique est née de cette abbaye et de son histoire légendaire* », met en avant la spécificité des origines du produit, « *étant rappelé que la communication sur les origines n'a nullement à être objective et peut parfaitement être hyperbolique* ». Le second film « *Les territoires d'une légende* » est lui aussi validé aux motifs que « *l'arrière-plan et des éléments de décors non cités au sein du constat d'huissier (fenêtres, rayonnage de livres, plumes et instruments d'écriture), évoque la bibliothèque d'une abbaye... que l'abbaye représentée de manière stylisée dans ce film (sur la carte des territoires puis dans les derniers plans) est, sans contestation possible, celle de l'abbaye Grimbergen* ». La promotion de la bière Grimberger était enfin réalisée via un jeu sous format vidéo, « *Le jeu des territoires* », qui permettait à l'internaute, en naviguant dans des décors dénommés, « *la cascade blanche ; la crête enneigée* », et en cliquant notamment sur un verre de bière au milieu d'une cascade, d'accumuler des points « *sans autre objectif que d'obtenir le meilleur score* ». Le jeu est lui aussi jugé licite au motif que « *la forme de la communication en ligne n'est pas réglementée au-delà de certaines formes (publicité intrusive ou interstitielle) et dès lors, il ne peut être fait grief à la société Kronenbourg du caractère ludique de cette communication qui permet seulement au consommateur d'accumuler des points, sans d'autre objectif d'obtenir un ou le meilleur score* ». L'absence de gain participe en l'espèce de la licéité du jeu, et ce outre « *l'absence de démonstration de référence subjective aux couleurs ou aux caractéristiques gustatives ou olfactives du produit* ». Ce faisant, pour la Cour, aucune incitation à une consommation excessive d'alcool n'était caractérisée. De même, l'ANPAA a semble-t-il échoué à prouver que d'autres décors n'étaient pas en lien avec les

mentions et références autorisées en permettant de reconstruire des verres, des bouteilles ou des packs de bière (le constat d'huissier était en effet sur ce point parcellaire). L'imagination des publicitaires peut donc opérer.

Mais cette liberté créatrice doit être en lien direct avec le produit, ses origines, son histoire et ne pas inciter à une consommation excessive d'alcool. Tel n'est pas le cas des publicités qui associent une bière à une compétition sportive en cours en faisant apparaître « *- au premier plan, un pack de bière HEINEKEN, sur lequel figure deux bouteilles avec une étoile, l'une aux couleurs du drapeau français, l'autre à celles du drapeau espagnol avec la mention "Gagner 2 Voyages Par Semaines"* ; *- en arrière-plan haut, un fond de couleur bleu en bas duquel se dessine incontestablement cette cage de football, - en arrière-plan bas, un fond de couleur vert représentant explicitement une pelouse et plus spécifiquement celle d'un terrain de football* ». De façon classique (rapp. Paris, 9 févr. 2016, n°14/21306), le TGI de Paris rappelle qu'« *un tel visuel associe donc incontestablement la consommation d'une boisson alcoolisée à une compétition sportive très appréciée d'un sport particulièrement populaire, créant même entre elles un lien festif. Il valorise ainsi la consommation de cette boisson et délivre un message qui ne se limite pas aux indications autorisées par la loi, ne faisant aucune référence objective aux caractéristiques gustatives du produit, à son origine historique, à un mode de consommation ou à des modalités de vente* » (TGI Paris, 22 janv. 2019, n°17/01190).

A.L

Crim., 29 janvier 2019, n°18-80898 ; Com. 20 février 2019, n°17-13215

Promotions fictives : questions d'appréciation, de fréquence et de prix de référence

La promotion par le prix est devenue si fréquente aux yeux de l'*homo oeconomicus* consommateur, que l'on pourrait se demander si, dans son esprit, l'achat promotionnel, jadis motivé par le sentiment de faire une bonne affaire, n'est pas devenu le principe et l'achat non promotionnel l'exception. Certains professionnels entretiennent ce comportement et abusent parfois de la technique promotionnelle, qui peut alors relever d'une pratique commerciale trompeuse. Ces promotions que l'on pourrait dire continues, se voient complétées de promotions dont l'ampleur est discutable au plan du prix tel qu'il est pratiqué « hors promo », c'est-à-dire du prix de référence. Dans ce contexte, la DGCCRF veille à ce que le consommateur ne soit pas abusé. Elle a par exemple transmis à la Procureure de la République près le TGI de Bobigny, les résultats de ses investigations concernant des pratiques du site vente-privee.com (communiqués de presse DGCCRF du 10 janvier 2019 - https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/communique/2019/cp-venteprivee-100119.pdf), dans le cadre d'une enquête portant sur d'éventuelles annonces de réduction de prix trompeuses. Le rapproche fait à vente-privee.com : « *avoir cherché à donner à ses clients l'illusion de faire une bonne affaire en mettant en place différentes stratégies frauduleuses visant à construire un "prix de référence" fictif. Ce « prix de référence » est le prix à partir duquel est calculé le taux de réduction pratiqué. Les annonces de réduction de prix le présentent souvent sous une forme barrée. En l'occurrence, des "prix de référence" qui ne correspondaient dans les faits à aucune réalité économique étaient utilisés pour afficher des taux de promotion particulièrement attractifs. Il revient maintenant à l'autorité judiciaire de donner les suites qu'elle jugera nécessaires aux manquements présumés relevés par la DGCCRF* ». Affaire à suivre.

La problématique du référentiel hors promotion (référence de comparaison et prix de référence) est pourtant essentielle, surtout lorsqu'il s'agit d'évaluer la licéité d'une annonce de réduction de prix chiffrée, tant pour les distributeurs que pour les fournisseurs, qui conçoivent des opérations promotionnelles, en espérant les voir relayées auprès des consommateurs. Deux arrêts de la Cour de cassation apportent d'intéressantes précisions.

Dans la première espèce (Crim., 29 janvier 2019), suite à enquête de la DDPP du Puy-de-Dôme, la Cour d'appel de Montpellier avait déclaré un prévenu coupable de pratiques commerciales trompeuses, au motif que le prix de référence à partir duquel les remises étaient consenties au client n'était ni indiqué clairement, ni justifié par un quelconque document qui aurait pu être produit lors du contrôle ou postérieurement. L'arrêt d'appel est cassé du chef de pratiques commerciales trompeuses car, pour la Chambre criminelle, « *en statuant ainsi, sans rechercher si les pratiques commerciales considérées étaient susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision* ». Nous sommes ici dans un dossier pénal, avec ce que cela implique en termes d'application stricte des textes. Au plan opérationnel, il serait donc téméraire de voir dans cette solution, qui censure surtout une motivation défailante, une tolérance des juges sur ces questions (rapp. : Crim. 11 juil. 2017,

Points de vue pratiques

n°16-84902, Lettre distr. sept. 2017, nos obs.). L'affaire est renvoyée devant la Cour de Toulouse pour qu'il soit à nouveau statué, mais cette fois-ci conformément à la loi.

Dans la deuxième espèce (Com., 20 février 2019), un distributeur de produits d'optique et d'audioprothèse se voyait reprocher de proposer des rabais fictifs par la DDDP de Paris, qui l'assigna en référé. Le juge des référés devait alors ordonner, sous d'importantes astreintes, la cessation de la pratique commerciale trompeuse consistant, par le biais de campagnes de rabais promotionnels, à attirer les consommateurs en leur faisant croire que ces rabais leur offraient un avantage tarifaire alors qu'ils étaient proposés ou appliqués aux consommateurs toute l'année, de sorte que lesdits rabais mis en avant ne reposaient sur aucun prix de référence réel. Des publications dans la presse et sur les sites internet du distributeur devaient aussi être ordonnées. En appel, la Cour de Paris statue dans le même sens. Elle est approuvée par la Cour de cassation.

Cet arrêt est intéressant d'abord en ce qu'il rappelle ce qui doit être le standard d'interprétation des textes nationaux, à l'époque les articles L. 120-1 et L. 121-1 du Code de la consommation, renumérotés depuis lors : « *Mais attendu que selon l'article 6, § 1, de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005, à la lumière de laquelle les textes français doivent être interprétés, une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses ou induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, notamment sur l'existence d'un avantage spécifique quant au prix, et qu'elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ; que la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que, dans le cas où une pratique commerciale satisfait à tous les critères énoncés à l'article 6, § 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, § 2, sous a), de la même directive, pour qu'elle puisse valablement être considérée comme déloyale et, partant, interdite au titre de l'article 5, § 1, de ladite directive (CJUE 19 septembre 2013 aff. C-435/11 CHS Tour Services)* ». Concrètement, l'altération ou le risque d'une altération substantielle du comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé suffit à qualifier de trompeuse la pratique, quand bien même le professionnel aurait été diligent dans la mise en œuvre de la promotion (sur la définition de la diligence professionnelle, voir point h) de l'art. 2 de la directive précitée). La qualification de la pratique trompeuse s'en trouve alors facilitée.

Il l'est ensuite au plan de l'examen des promotions continues en l'espèce condamnées par les juges du fond, car fictives : « (...) l'arrêt relève que les offres promotionnelles sont appliquées en dehors de campagnes publicitaires, et en réalité toute l'année, et que la société Optical center, qui dispose des documents pour le faire, ne démontre pas que les prix à partir desquels les offres promotionnelles sont calculées étaient effectivement facturés de manière habituelle à ses clients et qu'ils correspondaient à une réalité commerciale [nous soulignons], faisant ainsi ressortir que cette société n'a pas rapporté la preuve de l'exactitude de l'information relative à un avantage spécifique quant au prix ; qu'il retient, en outre, que ces pratiques conduisent le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il ne prendrait pas autrement, dès lors qu'il ne peut avoir conscience de ce que la remise qui lui est proposée est fictive et de ce que les prix affichés en magasin ne sont jamais pratiqués ; qu'en l'état de ces seuls motifs (...), la cour d'appel a pu, par une analyse concrète des agissements reprochés, retenir qu'ils caractérisaient une pratique trompeuse ». L'annonceur doit être en mesure de rapporter la preuve de la véracité de son message. Mais, au-delà du rappel de principe tiré de cette espèce, quel est le prix de référence pertinent dans le temps et l'espace ? Existe-t-il des alternatives et donc plusieurs types de prix de référence et le cas échéant une hiérarchie entre ces derniers ? On en est parfois à regretter le bon vieux arrêté 77/105P du 2 septembre 1977 puis celui du 31 décembre 2008, abrogé par l'arrêté du 11 mars 2015. La problématique sous-jacente n'est-elle dès lors pas « *A la recherche du prix de référence* » ?

A l'heure du « tout promo », ces rappels sont quoi qu'il en soit utiles car, au-delà de l'interdiction, constamment rappelée, de tromper le consommateur sur l'ampleur de la réduction du prix consentie ou de la quantité supplémentaire offerte (Lettre distr. sept. 2017 ; Petites Affiches, 30 novembre 2012, n°240), s'est récemment rajoutée une contrainte lors des opérations promotionnelles portant des denrées alimentaires ou des produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie : Veiller, notamment, à ce que la réduction de prix ne dépasse pas un certain plafond en valeur. L'ordonnance du 12 décembre 2018 relative au relèvement du SRP et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires, dans la continuité de la Loi EGalim, dispose que « *les avantages promotionnels, le cas échéant cumulés (...) accordés au consommateur pour un produit déterminé, ne sont pas supérieurs à 34 % du prix de vente au consommateur ou à une augmentation de la quantité vendue équivalente* ». On en revient au prix de

référence.

Vigilance donc, qu'il s'agisse de produits alimentaires ou non, lorsqu'il est question de communiquer notamment sur des réductions de prix chiffrées, car c'est à la mesure du prix de référence et, en arrière-plan, de la détermination du produit de référence, que s'apprécie le caractère, licite ou non, du message publicitaire et, le cas échéant, le plafond en valeur de la promotion autorisée. Si n'est pas bien mesuré ce qui convient de l'être, il est à craindre que ne soit pas fait ce qu'il convient de faire pour que l'annonce soit licite.

J.-M.V

Versailles, 26 février 2009, n°17/03076

De l'interprétation contractuelle du non-respect d'une clause d'exclusivité

La société Schwarzkopf (ci-après « Schwarzkopf » ou « le fournisseur »), commercialisant des produits de coiffure, conclut un accord de partenariat avec la société Pascal Coste et sa filiale New Line (ci-après « Pascal Coste » ou le « distributeur »), à la tête d'un réseau de salons de coiffure franchisés et détenus en propre, stipulant une « aide au développement » d'un montant annuel d'un 1 million d'euros pendant une durée de 5 années, en contrepartie de la promotion des produits Schwarzkopf. Cette aide était payée par anticipation, en début de contrat. La contrepartie de cette aide résidait notamment dans l'engagement du distributeur « *dans le cadre de la mise en œuvre de son savoir-faire professionnel, à utiliser exclusivement les produits techniques Schwarzkopf dans tous les salons de coiffure filiales existants et à venir* ». Le contrat prévoyait qu'« *en cas de non-respect par l'une ou l'autre des parties de l'une quelconque des obligations définies dans le présent contrat, et un mois après réception par la partie défaillante d'une lettre recommandée avec avis de réception valant mise en demeure de s'exécuter restée sans effet, l'autre partie pourra résilier, à tout moment et de plein droit, le présent contrat par lettre recommandée avec accusé de réception sans qu'il soit besoin d'accomplir aucune formalité judiciaire. En cas de résiliation du présent contrat (°) les montants versés au titre de l'aide au développement prévue à l'article 4.1 devront être remboursés par le groupe Pascal ... au prorata des durées cumulées de la période annuelle de non-exécution du contrat, et de la durée du contrat restant à courir* ».

Le fournisseur, constatant le non-respect de la clause d'exclusivité susvisée, résilie l'accord de partenariat et réclame le remboursement des sommes versées au titre de l'aide au développement pendant la période d'inexécution du contrat devant le Tribunal de commerce, qui fit droit à sa demande. Sur appel, la Cour est saisie de questions portant sur l'interprétation de la clause d'exclusivité, la validation de la preuve du manquement et ses effets contractuels.

Concernant l'interprétation de la clause, le distributeur prétendait que l'engagement d'exclusivité était limité à l'utilisation de produits techniques dans les salons « *dans le cadre de la mise en œuvre de son savoir-faire professionnel* », si bien que lorsque son savoir-faire n'était pas mis en œuvre, d'autres marques pouvaient être utilisées. La Cour d'appel, à bon escient nous semble-t-il, rejette cet argument et interprète la clause comme limitant l'exclusivité à l'utilisation de produits techniques dans les salons excluant ceux destinés à être revendus au public. En effet, l'interprétation proposée par le distributeur rendrait l'engagement potestatif, et sans contrepartie pour le fournisseur.

Concernant la preuve du manquement, le fournisseur avait, sur ordonnance sur requête, fait procéder à des constats d'huissier dans 4 salons situés dans des lieux différents, sur les 78 salons existants, faisant état de la présence de nombreux produits techniques à marque concurrente. La Cour valide cette « *méthode de contrôle par sondage* », malgré la faible proportion de salons contrôlés, et estime que la preuve est entérinée par l'absence de preuve contraire apportée par la partie adverse, et la baisse corrélative du chiffre d'affaires de produits techniques vendus par le fournisseur.

Concernant les effets du manquement, la Cour valide l'application de la clause de résiliation, dont le formalisme a été respecté par le fournisseur, et rejette l'argument du distributeur visant à demander la nullité de la clause, cette dernière pouvant s'interpréter comme n'ouvrant la résiliation pour faute qu'au fournisseur puisque la clause pénale n'était rédigée qu'en sa faveur. Encore à bon escient, la Cour rejette cet argument, au demeurant invoqué sans fondement par la demanderesse, et juge que la clause ne vise qu'au remboursement des sommes versées sans contrepartie pendant la durée d'inexécution du contrat, et ne répond pas de ce fait à la définition de clause pénale.

On suppose que les parts de marché en cause ne permettaient pas d'ouvrir le débat sur la validité de la clause au regard des règles de concurrence, ce d'autant qu'il semblerait que la clause soit limitée à une durée de cinq ans (cf. Règlement (UE) n° 330/2010, et lignes directrices 2010/C 130/01, point 131).

K.B