

N° 2-2019

Misleading prices: The french Court de cassation address the issue of the misleading character of certain promotional offers and those of the frequency and the reference price for such offers (*Royaume Équilibre ; Optical Center*)

DISTRIBUTION, FRANCE, BURDEN OF PROOF, INVESTIGATIONS / INQUIRIES, ALL BUSINESS SECTORS, DECEIVING CONSUMERS TARIFFS, LOW PRICES, CONSUMER PROTECTION, PERIODIC PENALTY

French Supreme Civil Court, Jan. 29th, 2019, Royaume Équilibre, n° 18-80898, ECLI:FR:CCASS:2019:CR03686

French Supreme Civil Court, Feb. 20th, 2019, Optical Center, n° 17-13215, ECLI:FR:CCASS:2019:CO00142

Cet article a fait l'objet d'une première publication dans la Lettre de la distribution ↗ publiée par le Centre du Droit de l'Entreprise de l'Université de Montpellier.

Jean-Michel Vertut | Jean-Michel Vertut - Avocat (Montpellier)

Concurrences N° 2-2019 | Alerts | Distribution

La promotion par le prix est devenue si fréquente aux yeux de l'*homo œconomicus* 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 reproche 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, 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 vieil 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.