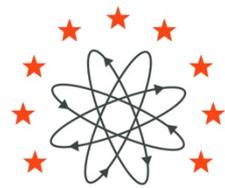




CHAIRE MASTER

Droit de la consommation

Fondation



Master 2 Droit des affaires

Droit de la consommation et des pratiques commerciales

MÉMOIRE 2021

**La réduction du prix dans les relations de
consommation**

DJIDEL Nafissa

Sous la direction de

Madame le Professeur AUBERT DE VINCELLES Carole

Remerciements

J'adresse mes plus sincères remerciements à Madame le Professeur Carole AUBERT DE VINCELLES, pour avoir supervisé la rédaction de ce mémoire avec autant de bienveillance et de sollicitude et pour m'avoir prodigué de précieux conseils.

Je remercie également l'ensemble du corps professoral du master « Droit de la consommation et des pratiques commerciales » pour la richesse des enseignements reçus ainsi que pour leur dévouement.

Je souhaite ensuite adresser mes remerciements à l'ensemble des partenaires de la Chaire « Droit de la consommation » pour la qualité de leurs interventions et le partage de leurs expériences professionnelles.

Je souhaite remercier chaleureusement Fériel et Pauline, pour leur aide précieuse, leur soutien indéfectible et leur amitié.

J'adresse enfin mes remerciements les plus reconnaissants à chacun des membres de ma famille, pour leur présence, leur soutien et leur amour. Plus particulièrement, je tiens à adresser ma plus sincère reconnaissance à Yasmine pour son soutien de toujours.

Liste des principales abréviations

AJ contrat	Actualités juridiques contrat
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
CA.	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ. I	Cour de cassation Chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation Chambre commerciale
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Comm. com.électr.	Communication- Commerce électronique
Contrats, conc. consom.	Contrats, concurrence, consommation
D.	Dalloz (Recueil)
DDPP	Direction Départementale de la Protection des Populations
DG JUST	La direction générale de la justice et des consommateurs
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Dir.	Directive
J.Cl.	JurisClasseur (Encyclopédies)
JCP E.	Jurisclasseur périodique édition "Entreprise"
L.	Loi
LPA	Petites affiches (Les)
p.	Page
RDC	Revue des contrats
Rép. com. Dalloz	Répertoire droit commercial Dalloz (Encyclopédie)
Rép. pén. Dalloz	Répertoire droit pénal Dalloz (Encyclopédie)
V.	Voir
§	Paragraphe

Sommaire

REMERCIEMENTS	2
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	3
INTRODUCTION	5

Titre 1 :

Un encadrement prioritairement fondé sur la protection des consommateurs

Chapitre 1 : L'encadrement actuel par les pratiques commerciales déloyales	9
Section 1 : L'encadrement national des annonces de réduction de prix	9
Section 2 : La soumission au régime européen des pratiques commerciales déloyales.....	21
Chapitre 2 : L'encadrement à venir par la directive « Omnibus »	39
Section 1 : Le contenu de l'article 2 de la directive Omnibus	40
Section 2 : Les difficultés liées à l'absence de précision de l'article 2	46

Titre 2 :

Un encadrement accessoirement fondé sur la protection des consommateurs

Chapitre 1 : Les réductions interdites	55
Section 1 : L'interdiction de certaines réductions de prix du fait de leur montant	55
Section 2 : L'interdiction de certaines réductions de prix du fait de la spécificité des produits concernés	67
Chapitre 2 : Les réductions encadrées	74
Section 1 : L'encadrement des réductions effectuées dans le cadre de ventes réglementées.....	74
Section 2 : L'encadrement des réductions effectuées dans le cadre d'opérations coordonnées à l'échelle nationale	81
CONCLUSION FINALE	87
BIBLIOGRAPHIE	88
INDEX	91
TABLE DES MATIÈRES	92

Introduction

1. « *La probabilité de faire de bonnes affaires est minimale, et celle de se faire arnaquer maximale* »¹, alerte Monsieur Alain Bazot, Président de l'association de consommateurs UFC-Que Choisir au sujet de l'opération « *Black Friday* ». Malheureusement, ce constat est identique pour une quantité importante d'opérations promotionnelles mettant en avant des réductions de prix. C'est pourquoi, le droit français, mais aussi européen, s'est emparé de cette question et a érigé un encadrement strict des réductions de prix réalisées dans le cadre des relations de consommation.

2. La réduction de prix, aussi appelée promotion de vente par le prix, peut se définir comme « *une vente sur une période limitée à un prix avantageux* »². L'idée sous-jacente est d'« *inciter à l'achat d'un produit ou à la demande d'une prestation de services* »³ en réduisant le prix afin de rendre l'offre plus attrayante. La réduction de prix exclut nécessairement les réductions effectuées par augmentation de la quantité ou de la contrepartie comme les ventes liées, les ventes avec prime ou les ventes par lots, ainsi que les offres proposées à titre gratuit.

La relation de consommation quant à elle, fait référence aux réductions de prix accordées en vue de la conclusion d'un contrat de consommation. Le contrat de consommation est le contrat conclu entre un professionnel, défini comme « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* »⁴ et un consommateur, défini quant à lui comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ».

Ainsi, la présente étude portera sur les réductions effectuées dans les relations de consommation, à l'exclusion des rabais, ristournes ou autres réductions de prix effectués entre professionnels.

¹ TOUSSAINT (J.), *Le Black Friday permet-il vraiment de faire de bonnes affaires ?*, Ouest-France, 2020.

² Cass. crim., 25 juin 2019, n° 18-84.143.

³ FERRIER (N.) et FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, 9 e éd., 2020, LexisNexis, p. 316 et suivants.

⁴ Article liminaire du code de la consommation.

La réduction du prix dans les relations de consommation

Toutes les réductions de prix proposées dans le cadre d'une relation de consommation sont des pratiques commerciales au sens de la directive 2005/29/CE⁵. En effet, celles-ci sont définies comme « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* »⁶. Entre donc dans cette définition, tous les procédés utilisés dans le cadre de la stratégie commerciale du professionnel. La réduction de prix étant une stratégie marketing populaire pour les entreprises recherchant à augmenter leurs ventes en accordant une concession sur le prix, elle entre nécessairement dans la définition européenne des pratiques commerciales.

3. La réduction de prix étant ancestralement et massivement utilisée par les professionnels, le droit a nécessairement dû encadrer cet outil dans une recherche d'équilibre constant entre liberté des prix et protection de la loyauté du marché ainsi que du consommateur.

Depuis une ordonnance du 1er décembre 1986⁷, le principe est celui de la liberté des prix qui sont « *librement déterminés par le jeu de la concurrence* »⁸. De cette liberté dans la fixation du prix, découle une liberté pour les professionnels d'effectuer des opérations promotionnelles et notamment des réductions de prix afin d'être plus attractifs que leurs concurrents⁹.

Pour autant, cette liberté est tempérée par la nécessité de préserver la loyauté de la concurrence ce qui se traduit d'une part, par « *la transparence tarifaire* »¹⁰ et d'autre part, par « *l'interdiction des pratiques de dumping, afin d'éviter qu'un distributeur ne profite de sa force économique pour évincer du marché d'autres distributeurs moins puissants et ainsi acquérir une position dominante* »¹¹. La présente étude s'intéressera aux différents encadrements et interdictions édictés prioritairement dans un objectif de préservation du marché.

⁵ Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

⁶ Article 2 de la directive 2005/29/CE.

⁷ Ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 dont les principes sont aujourd'hui codifiés aux articles L 410-2 et suivants du code de commerce.

⁸ Article L 410-2 du code de commerce.

⁹ RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.905, 2019, § 2.

¹⁰ RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.3740, 2017, § 3.

¹¹ RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.3740, 2017, § 3.

Cette liberté est aussi tempérée par la nécessité d'assurer une loyauté à l'égard des consommateurs. Dans cet objectif, les différentes réglementations veillent à les préserver de réductions trop nombreuses puisque « *la multiplication des changements de prix est une manière de faire perdre au consommateur l'évaluation qu'il a du prix juste* »¹², et à les préserver des réductions de prix déloyales en leur assurant que celles-ci soient sincères et réelles. La présente étude s'efforcera de détailler les réglementations ayant principalement pour finalité la protection de l'intérêt économique du consommateur.

L'étude de ces réglementations permettra de constater que l'encadrement des réductions de prix transcende la dichotomie protection de la loyauté de la concurrence et protection de l'intérêt économique des consommateurs.

4. La multiplicité des réglementations relatives aux réductions de prix s'explique par l'importance quantitative des opérations promotionnelles, mais aussi de l'impact certain de celles-ci sur le marché et sur les décisions commerciales des consommateurs.

En effet, la pratique des réductions de prix est, si ce n'est systématique, très pratiquée par les professionnels¹³. Il est aisé de le constater puisque les professionnels permettent chaque jour aux consommateurs de bénéficier d'une réduction de prix. Si les petits commerçants ne peuvent se permettre une telle régularité dans la promotion de prix, les géants de la grande distribution ne cessent de proposer des offres plus alléchantes les unes que les autres. En outre, le développement des opérations coordonnées à l'échelle nationale comme le « *Black Friday* » témoigne de cet engouement croissant.

La réduction de prix a un impact majeur sur la décision d'achat du consommateur et donc sur le marché puisqu'elles vont permettre aux professionnels d'attirer des prospects ou fidéliser des clients en se démarquant, par le prix, de la concurrence. Elles vont aussi avoir pour conséquence d'anticiper l'achat du consommateur ou d'augmenter la quantité de produits ou services achetée du fait de la baisse du prix.

¹² Madame Marie-Paule Benassi, chargée de la politique des consommateurs à la Commission européenne. Colloque inaugural de la Chaire Droit de la consommation du 11 septembre 2020 sur « La modernisation des règles de protection des consommateurs par la directive 2019/2161 dite Omnibus ».

¹³ PICOD (Y.) et PICOD (N.), Droit de la consommation, 5e éd., 2020, Université, Sirey. p.150 et suivants.

Une enquête¹⁴ a démontré que 86 % des consommateurs sont « *influencés par les promotions en point de vente* », que 43% des consommateurs reconnaissent avoir acheté un produit dont le prix est réduit, alors même « *qu'il n'était pas dans la liste de courses* » et que 67% d'entre eux tiennent compte des promotions avant de prendre une décision commerciale. En outre, 18% des consommateurs « *sont prêts à changer de magasin pour une promotion* ». Cette étude démontre bien l'impact des réductions de prix sur la décision d'achat du consommateur, mais aussi sur le marché puisque celles-ci peuvent amener le consommateur à se diriger vers un distributeur concurrent.

La difficulté est de faire coexister ce constat avec la prolifération, en constante augmentation, des réductions illicites. En témoigne une enquête réalisée par la DGCCRF relative aux opérations de ventes en solde et aux campagnes promotionnelles de la grande distribution¹⁵ qui constate que « *le taux d'établissement en anomalie est en nette augmentation par rapport à l'année précédente puisqu'il s'élève à 50 % en 2016 contre 32 % en 2015* » et que les principales anomalies constatées concernent les annonces de réduction de prix.

5. Les réductions de prix étant au cœur des relations commerciales, un encadrement strict de cette pratique est nécessaire afin de protéger les consommateurs. La présente étude s'efforcera donc de montrer comment la protection de l'intérêt économique du consommateur est assurée par l'encadrement des réductions de prix.

6. La réglementation des réductions de prix est principalement fondée sur deux principes : la prohibition de la concurrence déloyale d'une part, et la prohibition des pratiques commerciales déloyales d'autre part. La frontière entre ces deux objectifs étant poreuse, la présente étude envisagera cette réglementation sous le prisme de l'encadrement des réductions de prix prioritairement fondé sur la protection des consommateurs (Titre 1) avant d'envisager l'encadrement accessoirement fondé sur cette protection des consommateurs (Titre 2).

¹⁴ L'impact de la promotion sur les comportements d'achats, Site Web SOGEC Marketing, 2014. : Étude menée par « l'institut Médiaprim, avec le soutien de l'UDA (Union des annonceurs), sur un échantillon représentatif de 1 590 personnes (selon la méthode des quotas : critères de sexe, âge, CSP, taille d'agglomération et région) ».

¹⁵ Pratiques promotionnelles et affichage des prix dans le commerce de détail, Site web de la DGCCRF, 2018.

Titre 1 : Un encadrement prioritairement fondé sur la protection des consommateurs

7. L'encadrement de la réduction de prix et plus précisément des annonces de réduction de prix est actuellement fondé sur la prohibition des pratiques commerciales déloyales (Chapitre 1). La directive 2019/2161 du 27 novembre 2019, directive Omnibus, enrichira le régime d'exigence en matière d'indication des prix (Chapitre 2).

Chapitre 1 :

L'encadrement actuel par les pratiques commerciales déloyales

8. Les annonces de réduction de prix sont encadrées par le droit français (Section 1) mais celui-ci reste soumis aux exigences résultant du régime européen des pratiques commerciales déloyales (Section 2).

Section 1 : L'encadrement national des annonces de réduction de prix

9. L'encadrement des annonces de prix résultait d'un arrêté du 31 décembre 2008 dont les exigences ont été considérablement réduites lors de l'entrée en vigueur de l'arrêté du 11 mars 2015 de sorte que ne subsiste qu'une exigence relative à l'indication d'un prix de référence (Paragraphe 1), exigence qui semble-t-il ne trouve pas à s'appliquer à toutes les modalités de réduction de prix (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'exigence de la mention d'un prix de référence

10. Compte tenu de l'abrogation de l'arrêté du 31 décembre 2008 par celui du 11 mars 2015, le régime de l'annonce de réduction de prix a été appauvri quant à la définition du prix de référence (A) mais aussi modifié quant à la sanction de l'exigence d'une mention du prix barré (B).

A- La définition du prix de référence

11. Le prix de référence était précisément défini par l'arrêté du 31 décembre 2008 (1) alors que l'arrêté de 2015 pose le principe de la liberté dans le choix d'un tel prix (2).

1) L'ancien prix de référence précisément défini par l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur

12. L'arrêté du 31 décembre 2008 réglementait les annonces de réductions de prix à destination du consommateur en distinguant les réductions faites hors des lieux de vente ou sur des sites électroniques non-marchands, des réductions faites sur les lieux de vente ou sur des sites électroniques marchands. Concernant le prix¹⁶, il exigeait, à peine d'illicéité de l'annonce de réduction de prix, « *un double marquage du prix de référence et du prix pratiqué (...) par une information sur la réduction en valeur absolue ou en pourcentage* »¹⁷. À défaut, l'annonce était sanctionnée, sur le fondement de l'article L 113-3 ancien du code de la consommation, par une contravention de la 5^e classe puis par une amende administrative (art. L. 131-5)¹⁸.

13. L'arrêté du 31 décembre 2008 définissait ce qu'il fallait entendre par prix de référence (a) avant que sa non-conformité au droit européen soit constatée par la CJUE (b).

a) Les différentes définitions du prix de référence offertes par l'arrêté du 31 décembre 2008

14. Le prix de référence pouvant être défini comme le prix qui a servi « *de base au calcul du prix réduit par application du taux de réduction ou du rabais en valeur absolue annoncés* »¹⁹, l'article 2 de l'arrêté du 31 décembre 2008, prévoyait que celui-ci pouvait être de quatre ordres, sans hiérarchie entre eux :

15. Ce prix de référence pouvait d'abord être le prix le plus bas effectivement pratiqué par l'annonceur au cours des trente derniers jours précédant le début de la publicité.

¹⁶ Il exigeait que l'annonce de réduction de prix contienne une information sur « les produits ou services ou les catégories de produits ou services concernés » et « les modalités suivant lesquelles sont consentis les avantages annoncés, notamment la période pendant laquelle le produit ou le service est offert à prix réduit ». De plus, il indiquait « qu'aucune publicité de prix ou de réduction de prix à l'égard du consommateur ne peut être effectuée sur des articles qui ne sont pas disponibles (...) pendant la période à laquelle se rapporte cette publicité. ». Enfin, il prescrivait que toutes annonces « accordant des conditions de vente ou des conditions tarifaires préférentielles à des groupes particuliers de consommateurs doit en faire la publicité à l'intérieur de son point de vente ou sur son site marchand électronique. ». Ces prescriptions ayant été abrogées et non reprises en droit positif, nous n'envisagerons leur violation qu'à travers la prohibition des pratiques commerciales déloyales.

¹⁷ FERRIER (N.) et FERRIER (D.), Droit de la distribution, 9 e éd., 2020, LexisNexis, p. 316 et suivants.

¹⁸ Depuis la loi du 17 mars 2014 n° 2014-344 dite « loi Hamon ».

¹⁹ Circulaire du 7 juillet 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.

La réduction du prix dans les relations de consommation

Selon la circulaire du 7 juillet 2009²⁰ venue préciser l'arrêté de 2008, la notion de « *début de la publicité* » devait être entendue comme « *la date de début de l'opération de réduction de prix dans l'établissement ou sur le site électronique marchand* ». Le « *prix le plus bas effectivement pratiqué* » quant à lui, était « *celui pratiqué à l'égard de la clientèle courante, soit en pratique le prix marqué* ». Enfin, la période « *des trente derniers jours précédant le début de la publicité* », pouvait être appréciée différemment selon le professionnel concerné. Par exemple, pour les professionnels dont l'activité était qualifiée de saisonnière, la période des trente jours était celle « *des trente derniers jours d'activité du commerce, même dans le cas où cette activité a été interrompue par la période de fermeture saisonnière* ».

Le professionnel devait pouvoir justifier « *par tous les moyens des prix qu'il a pratiqués au cours des trente derniers jours précédant la publicité (notes, bordereaux, bons de commande, tickets de caisse ou tout autre document)* »²¹. À cet égard, la Cour de cassation a pu approuver une Cour d'appel qui avait relevé « *que les campagnes de publicité (...) se sont suivies sans discontinuité pendant les années 2001 à 2003 et que les rabais proposés par ces publicités ont été pratiqués de façon permanente et en déduisant de ces constatations que la société Pix-Eyes n'était pas en mesure de justifier de la réalité des prix de référence* »²². En outre, dans le cas où l'article aurait été seulement proposé à la vente, la preuve de l'effectivité du prix de référence pouvait être apportée par la « *production de catalogues, de prospectus publicitaires ou de tout autre document* ».

16. Conformément à ce même arrêté, le prix de référence pouvait tout aussi bien être le prix conseillé par le fabricant ou l'importateur du produit²³. En d'autres termes, le professionnel devait pouvoir justifier de la réalité de ce « *prix conseillé* » mais aussi « *que ce prix est couramment pratiqué par les autres distributeurs du même produit* »²⁴. À cet égard, la circulaire précise que l'annonceur devait être en mesure de désigner « *les points de vente, catalogues de vente à distance ou sites électroniques marchands dans lesquels il a pu constater les prix qu'il entend utiliser comme référence* ».

²⁰ Circulaire du 7 juillet 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.

²¹ Circulaire du 7 juillet 2009 précédemment citée.

²² Cass. com., 31 oct. 2006, n° 04-16042.

²³ Dans le cadre d'un réseau d'indépendants, le prix conseillé par le fabricant ou l'importateur du produit peut être le prix conseillé par le promoteur du réseau ou la tête de réseau.

²⁴ Circulaire du 7 juillet 2009 précédemment citée.

Bien que les différentes possibilités de prix de référence ne soient pas hiérarchisées, la circulaire précise qu'une réduction de prix par rapport à un prix conseillé inférieur au prix antérieurement pratiqué pouvait être constitutive d'une induction en erreur si l'annonceur ne précisait pas que le prix barré était le prix conseillé et non pas le prix antérieur.

17. Le prix de référence pouvait aussi résulter d'une disposition de la réglementation économique. Dans cette hypothèse, il était nécessaire que cette disposition « *détermine directement le prix final au stade de la distribution de détail ou plafonne ces prix et ces marges en valeur absolue à tous les stades de la production et de la distribution* »²⁵.

18. Enfin, le prix de référence pouvait résulter du dernier prix conseillé par le fabricant ou l'importateur, « *dans le cas où un article similaire n'a pas été vendu précédemment (...) et où cet article ne fait plus l'objet d'un prix conseillé par le fabricant ou l'importateur* »²⁶. Toutefois, il ne pouvait être utilisé que s'il n'avait pas été conseillé plus de trois ans avant le début de la publicité. L'article précise que dans ce cas, l'annonce devra indiquer « *la mention « prix conseillé » accompagnée de l'année à laquelle ce prix se rapporte* ».

À l'instar des autres prix de référence, l'annonceur devra pouvoir justifier « *de la réalité de ce prix conseillé et du fait qu'il a été pratiqué* »²⁷.

b) La non-conformité de l'arrêté du 31 décembre 2008

19. En 2015, l'arrêté du 31 décembre 2008 a été abrogé et remplacé par l'arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur afin de mettre le droit français en conformité avec le droit européen et plus particulièrement avec la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales²⁸.

²⁵ Circulaire du 7 juillet 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.

²⁶ Article 2 3) de l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur.

²⁷ Circulaire du 7 juillet 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.

²⁸ La directive 2005/29/CE/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »).

20. En effet, l'arrêté du 31 décembre 2008 prévoyait qu'une annonce de réduction de prix n'était licite qu'à la condition d'être conforme aux exigences prévues par celui-ci et notamment, qu'elle ait été calculée par rapport à un prix de référence, tel que défini par son article 2. Or, la Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, VTB-VAB a interprété la directive 2005/29/CE en considérant que celle-ci « *s'oppose à une réglementation nationale (...) qui, sauf certaines exceptions et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur* ». En effet, son annexe I établit une liste exhaustive de 31 pratiques interdites en toutes circonstances, car réputées irréfragablement déloyales et, « *conformément à l'article 4 de ce texte, les États membres ne peuvent pas adopter de mesures plus restrictives que celles définies au niveau européen* »²⁹. Autrement dit, l'harmonisation totale de la directive ainsi que le caractère exclusif de son annexe interdisent aux États membres de prévoir l'interdiction *per se*³⁰ d'une pratique commerciale en dehors de la liste exhaustive prévue à l'annexe I ³¹.

Notre législation contenait donc une interdiction générale des réductions de prix ne respectant pas les prescriptions posées par l'arrêté de 2008, interdiction qui n'est pas prévue par l'annexe I de la directive 2005/29/CE.

21. Cette prohibition était donc contraire à la directive, ce que la Commission européenne avait considéré dès le 25 juin 2009 dans une lettre de mise en demeure adressée à la France³². Puis, après avoir constaté la non-conformité du droit belge, similaire au droit français³³, la Cour de justice, saisie d'une question préjudicielle de la Cour de cassation³⁴ au sujet d'une annonce de réduction de prix qui n'indiquait pas la base de calcul de cette réduction, a considéré dans une ordonnance C-discount du 8 septembre 2015³⁵ que la directive 2005/29/CE/CE « *s'oppose à des dispositions nationales, telles que celles en cause au principal, qui prévoient une interdiction*

²⁹ DUPERRAY (A.), Avocats, PECNARD (C.), Avocats,, Comment le droit français de la promotion des ventes se met doucement à l'heure européenne, LPA, 2014, n° PA201419105, p. 6.

³⁰ Sans avoir à prouver leur déloyauté, *in concreto*, au fondement des articles 5 à 9 de la directive 2005/29/CE.

³¹ Cette solution ne vaut que tant que la pratique commerciale visée par l'interdiction entre dans le champ d'application de la directive 2005/29/CE. Sur ce point, V. §136 et suivants.

³² Commission européenne, 25 juin 2009, n° 2008/2140, C(2009) 4864.

³³ CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-421/12, Commission c/Belgique.

³⁴ Cass. crim., 9 sept. 2014, n° 13-85927 ; Contrats, conc. consom. 2015, chron. 2, n° 28, obs. C. Aubert de Vincelles.

³⁵ CJUE, ordon., 8 sept. 2015, aff. C-13/15, Cdiscount.

générale, sans évaluation au cas par cas permettant d'établir le caractère déloyal, des annonces de réduction de prix qui ne font pas apparaître le prix de référence lors du marquage ou de l'affichage des prix »³⁶. Autrement dit, la non-conformité de l'arrêté de 2008 réside dans l'automatisme de la sanction pour le seul non-respect de sa réglementation puisque la directive 2005/29/CE serait incompatible avec toute interdiction d'une pratique commerciale de manière générale sans évaluation au cas par cas³⁷. Cette interprétation est critiquable puisqu'elle semble avoir pour conséquence une baisse d'effectivité des prescriptions nationales et donc, implique une restriction de la protection du consommateur, ce qui pourtant, est l'objectif même de la directive 2005/29/CE.

2) L'absence de définition du prix de référence de l'arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur

22. L'arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur, abroge donc l'arrêté du 31 décembre 2008 en ne reprenant, partiellement, que deux dispositions³⁸. Cette liberté instaurée dans le choix du prix de référence (a) est critiquable malgré la non-conformité de l'arrêté de 2008 (b).

a) La liberté instaurée dans le choix du prix de référence

23. L'arrêté de 2015 maintient l'exigence d'un prix de référence puisque son article 2 dispose que les annonces de réduction de prix, faites dans un établissement commercial³⁹, doivent être « réalisées conformément aux dispositions en vigueur »⁴⁰ mais de surcroît, « préciser, outre le prix réduit annoncé, le prix de référence qui est déterminé par l'annonceur et à partir duquel la réduction de prix est annoncée ». En d'autres termes, le commerçant doit obligatoirement afficher à côté du prix réduit, le prix de référence.

³⁶ « La CJUE s'étant prononcée sous réserve de l'appréciation par les juridictions françaises des objectifs poursuivis par la réglementation ». BOULET (L.) et FROSSARD (L.), Publicité - Un an de droit de la publicité, Comm. com. électr, n° 7-8, Juillet 2016, chron. 9. Sur ce point, la chambre criminelle a considéré, que « ayant pour finalité la protection des consommateurs, l'arrêté du 31 décembre 2008, qui prévoit une interdiction générale, sans évaluation au cas par cas permettant d'établir le caractère déloyal des annonces de réduction de prix qui ne font pas apparaître le prix de référence lors du marquage ou de l'affichage des prix, méconnaît la directive 2005/29. Cass. crim., 8 mars 2016, n° 13-85.927.

³⁷ AUBERT DE VINCELLES (C.), chron. 3, Contrats, conc. consom, n°30, 2017, § 30.

³⁸ Pour un développement sur l'article 3 de l'arrêté du 11 mars 2015, V. § 36.

³⁹ Contrairement à l'arrêté de 2008 qui distinguait les réductions faites hors des lieux de vente ou sur des sites électroniques non marchands, des réductions faite sur les lieux de vente ou sur des sites électroniques marchands.

⁴⁰ Ce qui renvoie aux règles générales relatives à l'étiquetage, au marquage et à l'affichage des prix (L 112-1 C. conso) que nous ne traiterons pas dans le cadre de ce mémoire.

24. En revanche, l'arrêté de 2015, ne définit plus ce qu'il faut entendre par « *prix de référence* ». Désormais, l'annonceur est donc libre de choisir, le prix à partir duquel est calculée la réduction annoncée, sous réserve que ce choix ne soit pas constitutif d'une pratique commerciale déloyale⁴¹. À noter toutefois que la DGCCRF, dans le cadre de son guide des opérations promotionnelles, recommande « *dans un souci de transparence et de loyauté vis-à-vis des consommateurs (...) de prendre comme prix de référence le prix le plus bas qu'ils ont pratiqué au cours d'une période raisonnable avant le début de la promotion.* »⁴².

25. La seule exigence de l'arrêté réside dans le fait que l'annonceur doit être en mesure de justifier de la réalité du prix de référence en cas de contrôle ⁴³.

b) L'abrogation critiquable de l'arrêté de 2008

26. L'arrêté du 11 mars 2015 a purement et simplement abrogé les prescriptions de l'arrêté de 2008 et notamment les définitions du prix de référence, afin de se conformer à l'interprétation, par la CJUE, de la directive 2005/29/CE⁴⁴. Pour autant, ce choix est critiquable puisque, comme nous l'avons dit, la non-conformité de l'arrêté de 2008 résultait non pas de l'obligation, pour l'annonceur, de respecter les exigences de l'arrêté et notamment d'indiquer un prix de référence dont le mode de calcul est précisé, mais de l'automatisme de la sanction. En conséquence, le droit français aurait pu maintenir toutes ces exigences en se contentant simplement de subordonner la sanction de leur violation à la preuve du caractère déloyal de la réduction. Concrètement, cela se serait traduit par une reprise de l'arrêté de 2008 avec un article renvoyant aux pratiques commerciales déloyales pour préciser la sanction.

D'ailleurs, le maintien de ces exigences aurait renforcé la protection du consommateur en lui facilitant la preuve de la contrariété à la diligence professionnelle⁴⁵, puisque « *la réglementation sur le prix contribue aux pratiques d'un marché honnête (dir. 2005/29/CE/CE, art. 2 h)* »⁴⁶.

⁴¹ Sur ce point, V. § 53 et suivants.

⁴² Soldes, Questions-réponses, Que choisir, 2021.

⁴³ Article 4 de l'arrêté du 11 mars 2015. À défaut, il s'expose aux sanctions découlant du régime des pratiques commerciales déloyales V. § 78.

⁴⁴ Bien que cet arrêté ait été pris antérieurement à l'ordonnance CJUE, 8 sept. 2015, aff. C-13/15.

⁴⁵ Condition pour caractériser une pratique commerciale déloyale, V. § 42 et suivants.

⁴⁶ SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRUNAUX (G.) et USUNIER (L.), Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018, p 313.

B- La mention du prix de référence

27. L'exigence de la mention du prix de référence prévue par l'arrêté de 2015 relève à la fois de la prohibition des pratiques commerciales déloyales (1) et de l'obligation pré-contractuelle d'information (2) de sorte que se pose la question de la sanction de sa violation.

1) L'exigence de la mention du prix de référence au regard des pratiques commerciales déloyales

28. Si la sanction de l'absence de mention du prix de référence ne posait pas de difficultés lorsque l'arrêté du 31 décembre 2008 était en vigueur⁴⁷, celle-ci est plus complexe en vertu de l'arrêté du 11 mars 2015 puisque c'est justement le caractère automatique de la sanction qui a conduit à son adoption.

29. L'article 1 de l'arrêté du 11 mars 2015 dispose que « *toute annonce de réduction de prix est licite sous réserve qu'elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1 du code de la consommation et qu'elle soit conforme aux exigences du présent arrêté* ».

La violation de l'article 2 du présent arrêté à elle seule ne permet pas de sanctionner l'annonceur. Il est nécessaire de caractériser une pratique commerciale déloyale au sens des articles L 120-1 et suivants du code de la consommation. Comme nous l'avons vu, l'absence de prix barré ne constitue pas à elle seule une pratique commerciale déloyale puisqu'il ne s'agit pas d'une pratique réputée déloyale par l'annexe I de la directive 2005/29/CE transposée aux articles L 121-4 et L 121-7 du code de la consommation. De ce fait, il sera nécessaire d'apporter la preuve d'une pratique trompeuse ou d'une contrariété à la diligence professionnelle⁴⁸.

De la même manière, la violation de l'article 4 de l'arrêté susmentionné prescrivant à l'annonceur de justifier de la réalité du prix de référence à partir duquel la réduction de prix est annoncée en cas de contrôle n'est sanctionnée que sur le terrain des pratiques commerciales déloyales.

⁴⁷ Sanctionnée, sur le fondement de l'article L. 113-3 ancien du code de la consommation, par une contravention de la 5^e classe puis par une amende administrative (art. L. 131-5).

⁴⁸ V. Section 2 du présent chapitre, § 42 et suivants.

30. La seule violation de l'arrêté ne permet donc pas de sanctionner l'annonceur. Cela pose la question de l'intérêt du maintien de l'arrêté de 2015 puisque, même en l'absence de texte imposant le prix de référence, il serait possible de sanctionner une réduction de prix n'y faisant pas mention. Toutefois, l'arrêté présente l'intérêt de constituer un indice permettant de caractériser la contrariété à la diligence professionnelle, condition nécessaire à la qualification d'une pratique commerciale déloyale⁴⁹. Il facilite donc la preuve du consommateur et contribue donc à sa protection.

31. Toutefois, une réglementation relative à l'indication de prix relève d'un autre fondement juridique, ce qui renforce son intérêt.

2) L'exigence de la mention du prix de référence au regard de l'obligation pré-contractuelle d'information

32. Le prix de référence qui doit être mentionné par voie d'étiquetage relève également de l'obligation précontractuelle d'information prévue par l'article L. 111-1 du code de la consommation (qui renvoie notamment à l'article L 112-1 du même code) issue de la directive 2011/83/UE d'harmonisation minimale sur ce point. Sur ce fondement, la mention du prix de référence pourrait être sanctionnée, en vertu de l'application de l'article L 131-5 du code de la consommation, par une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale.

33. Or, pour le Professeur Carole Aubert de Vincelles⁵⁰, l'ordonnance du 8 septembre 2015⁵¹ « contribue à créer un trouble sur la frontière entre les obligations pré-contractuelles d'information et les pratiques commerciales déloyales » puisque, comme nous l'avons dit, le prix de référence relève de ces deux directives : l'une de degré minimal d'harmonisation sur ce point, qui permettrait de sanctionner la violation de l'arrêté *per se* et l'autre de degré maximal qui l'interdit. Deux possibilités d'analyse peuvent être admises⁵² selon qu'on considère, ou non, ces deux directives comme en conflit.

⁴⁹ Sur ce point, V. § 42.

⁵⁰ SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRUNAUX (G.) et USUNIER (L.), Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018, p 314.

⁵¹ CJUE, ordon., 8 sept. 2015, aff. C-13/15, Cdiscount précédemment citée.

⁵² La question n'ayant pas encore été posée en ces termes à la Cour de justice, sa réponse reste encore incertaine.

La notion de conflit est interprétée par la CJUE comme une « *divergence impossible à surmonter au moyen d'une formule combinée rendant possible la coexistence des deux situations sans devoir les dénaturer* » (pt 60)⁵³. En l'espèce, cela impliquerait que la directive 2011/83/UE régisse « *des aspects spécifiques des pratiques commerciales déloyales imposant aux professionnels, sans aucune marge de manœuvre, des obligations incompatibles avec celles établies par la directive 2005/29/CE* » (pt 61) »⁵⁴.

On pourrait admettre l'existence d'un conflit puisque la directive 2011/83/UE, du fait de son degré d'harmonisation minimal sur ce point, permet d'imposer des obligations pré-contractuelles d'information, notamment sur le prix et ainsi imposer un prix de référence⁵⁵, ce qu'interdit le degré d'harmonisation maximal de la directive 2005/29. L'ordonnance rendue par la CJUE, en affirmant que les États membres ne peuvent légiférer sur l'affichage du prix et prévoir des sanctions, serait en contrariété avec la directive 2005/29/CE qui reconnaît elle-même qu'en cas de conflit, la directive la plus spéciale prime sur la plus générale⁵⁶. En effet, si l'on admet le postulat d'un conflit, la directive 2011/83/UE étant la plus spéciale⁵⁷, deux conséquences en découleraient : d'une part, que l'arrêté de 2008, puisque pris en application de l'article L 112-1 du code de la consommation, aurait pu être conservé en droit français ; d'autre part, que la violation de l'obligation d'indiquer un prix barré à côté du prix réduit devrait être sanctionnée exclusivement sur le fondement de l'article L 131-5, tout du moins, dans les cas de « *ventes dans un établissement et à la phase pré-contractuelle* »⁵⁸.

À l'inverse, si l'on considère qu'elles ne le sont pas, alors il semblerait possible de sanctionner un tel manquement, soit sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses, soit sur celui de l'obligation pré-contractuelle d'information.

⁵³ CJUE, 13 sept. 2018, aff. C-54/17 et 55/17, Wind Tre : Comm. com. électr. 2018, comm. 83, obs. Loiseau ; Europe 2018, comm. 440, obs. F. Péraldi-Leneuf ; D. 2019, p. 607, obs. E. P.

⁵⁴ AUBERT DE VINCELLES (C.), Chronique de droit européen des contrats, Contrats, conc. consom., n°3, 2019, § 6.

⁵⁵ Ce dont l'arrêté de 2008 avait justement pour objet.

⁵⁶ Dir. 2005/29/CE, art. 3.4 ; considérant no 10.

⁵⁷ Commission européenne, rapport de la Commission sur l'application de la directive 2011/83/UE du 23 mai 2017, COM(2017) 259 final.

⁵⁸ Commission européenne, document de travail des services de la Commission, orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la directive 2005/29/CE/CE relatives aux pratiques commerciales déloyales, 2016. p. 22.

Paragraphe 2 : Les différentes modalités de réduction concernées

34. Contrairement à l'arrêté de 2008 dont le champ d'application a été précisé par la circulaire du 7 juillet 2009 ainsi que par la jurisprudence, celui de l'arrêté de 2015 n'est pas encore clairement défini. Son article premier vise « *toute annonce de réduction de prix* » mais compte tenu de l'obligation d'information contenue dans son article 2, il semble que l'arrêté de 2015 ne s'applique qu'aux publicités de réduction de prix chiffrées⁵⁹, qu'elles soient proposées en magasin ou sur un site marchand électronique. Pour les autres modalités de réduction, l'appréciation doit s'opérer au cas par cas. Les exigences seront différentes pour une réduction par escompte de caisse (A), pour celle résultant d'une remise différée (B), pour une réduction offrant des avantages à une partie de la clientèle (C) ou encore pour une publicité orale à l'intérieur d'un magasin (D).

A- L'escompte de caisse

35. L'escompte de caisse est une remise immédiate ce qui signifie qu'elle s'applique immédiatement sur le prix du produit. Mais, contrairement aux remises immédiates classiques, dont le prix annoncé tient déjà compte de la réduction, pour l'escompte de caisse, « *le prix affiché est le prix normal, mais le rabais consiste en une diminution de ce prix en fonction du pourcentage annoncé au moment du paiement à la caisse* »⁶⁰.

36. L'article 3 de l'arrêté du 11 mars 2015, reprenant l'arrêté de 2008, évoque la réduction effectuée par escompte de caisse, « *lorsque l'annonce de réduction de prix est d'un taux uniforme et se rapporte à des produits ou services parfaitement identifiés* ». L'article précise qu'une information est nécessaire. En pratique, celle-ci s'opère par le biais de « *pancartes à l'entrée ou à l'intérieur du magasin, mais elle peut se faire aussi par oral pour des promotions très temporaires* »⁶¹. Pour cette modalité de réduction, l'indication du prix réduit n'est pas obligatoire et l'avantage annoncé s'entend par rapport au prix de référence.

⁵⁹ Sont donc exclues du champ d'application du texte les publicités purement littéraires telle que « prix chocs », « prix sensationnels » ou « X écrase les prix ».

⁶⁰ RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.905, 2019, § 46.

⁶¹ RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.905, 2019, § 48.

B- Les remises différées

37. Les remises différées sont les remises qui sont « *accordées au consommateur dans un délai plus ou moins éloigné de l'achat* »⁶². Ces « *avantages tarifaires utilisables ultérieurement* »⁶³ peuvent prendre trois formes. Elles peuvent d'abord prendre la forme de « *couponing* », c'est-à-dire d'un bon sur l'emballage, bon qui donne droit au remboursement de la somme indiquée. Elles peuvent aussi résulter de l'inscription à des cartes de fidélité qui vont permettre aux consommateurs d'obtenir un remboursement en fonction du montant des achats qu'ils ont effectués chez le distributeur de la carte. Enfin, elles peuvent provenir « *de timbres collés sur des feuillets donnés par le distributeur* ». Grâce à eux, annuellement, le consommateur pourra obtenir un remboursement proportionnel au montant de ses achats⁶⁴.

38. Ces remises différées n'étaient pas soumises aux articles 1 et 2 l'arrêté de 2008, ce que précise la circulaire du 7 juillet 2009⁶⁵. Au vu de leur matérialisation, il semble difficile d'envisager de leur imposer la précision d'un prix de référence de sorte qu'elles ne semblent pas non plus soumises à l'arrêté de 2015. En revanche, comme toutes pratiques commerciales, elles sont soumises aux articles L 121-1 et suivants du code de la consommation.

C- Réduction offrant des avantages à une partie de la clientèle

39. Les réductions de prix offertes seulement à une catégorie de la clientèle (comme par exemple une réduction au bénéfice exclusif des étudiants ou des titulaires d'une carte de fidélité) ou encore les réductions soumises à une condition ne pouvant être remplie que par une partie de la clientèle (comme par exemple : reprise d'un ancien produit en échange de la réduction) n'étaient pas soumises aux exigences des articles 1 et 2 de l'arrêté de 2008, qui n'étaient applicables qu'aux rabais adressés à l'ensemble de la clientèle. Toutefois, pour le Professeur Guy Raymond, rien ne permet de considérer qu'elles restent exclues du champ d'application de l'arrêté de 2015 de sorte que l'exigence d'un prix de référence leur serait applicable.

⁶² RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.905, 2019, § 46.

⁶³ Circulaire du 7 juillet 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.

⁶⁴ « *Cependant, ce dernier système obéit à des règles différentes des habituels rabais ou ristournes, car il entre dans le système des coopératives de consommation (L. 7 mai 1917 : JO 9 mai 1917)* ».

⁶⁵ Circulaire du 7 juillet 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.

40. Ces publicités étaient régies par l'article 6 de l'arrêté de 2008 qui imposait « *à tout vendeur de produit ou prestataire de service accordant ce type d'avantage d'en faire la publicité à l'intérieur de son point de vente de manière à ce que tous les clients éligibles sachent pouvoir en bénéficier* »⁶⁶. Cette exigence n'a pas été reprise, toutefois, l'absence d'informations pourra être sanctionnée sur le terrain des pratiques commerciales déloyales⁶⁷.

D- Publicités orales à l'intérieur du magasin

41. Selon la circulaire précédemment citée, les publicités diffusées exclusivement par oral, à l'intérieur d'un magasin, n'étaient pas soumises à l'arrêté de 2008. Rien ne permet d'indiquer qu'elles ne soient pas soumises à celui de 2015. En tout état de cause, la violation de l'arrêté étant sanctionnée par le biais des pratiques commerciales déloyales, la loyauté d'une réduction orale à l'intérieur d'un magasin pourra être appréciée de manière identique, qu'elle entre ou non dans le champ d'application de l'article 2 de l'arrêté.

Section 2 : La soumission au régime européen des pratiques commerciales déloyales

42. Une loi du 3 janvier 2008 et une loi du 4 août 2008⁶⁸ sont venues transposer la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. L'objectif de cette directive est de sanctionner les pratiques commerciales⁶⁹ déloyales, pratiques qui sont d'une part, contraires aux exigences de la diligence professionnelle et d'autre part, altèrent ou sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen (Article L 121-1). La première condition est réputée remplie si la pratique est constitutive d'une pratique commerciale trompeuse (L 121-2 et L 121-3) ou d'une pratique commerciale agressive (Article L 121-6). L'annexe I de la directive, transposée aux articles L 121-4 et L 121-7, dresse une liste noire des pratiques commerciales réputées déloyales « en toutes circonstances »⁷⁰.

⁶⁶ Circulaire du 7 juillet 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.

⁶⁷ Sur ce point, V. § 67 et suivants.

⁶⁸ L. n° 2008-3, 3 janv. 2008. – L. n° 2008-776, 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

⁶⁹ Sur la définition de la pratique commerciale et son articulation avec la notion de réduction de prix, V. § 2.

⁷⁰ Article 5.5 de la directive.

43. Afin de sanctionner une pratique, le raisonnement implique d'apprécier si la pratique relève de la liste noire des pratiques commerciales déloyales, à défaut, si elle est constitutive d'une pratique trompeuse ou agressive susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur⁷¹. Ce n'est qu'en l'absence de telles caractérisations que la clause générale pourra être sollicitée afin de vérifier si la pratique est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle est susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur.

44. Par ce raisonnement peuvent être caractérisées des pratiques déloyales résultant de l'indication du prix de référence (paragraphe 1) mais aussi de l'indication d'autres informations dans l'annonce de réduction de prix (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les pratiques déloyales résultant de l'indication du prix de référence

45. Les annonces de réductions de prix peuvent être constitutives d'une pratique commerciale déloyale du fait de l'absence de mention du prix de référence (A), de son choix (B) ou du fait qu'il ne représente aucune réalité économique (C).

A- L'absence de mention du prix de référence

46. L'absence de mention du prix de référence pourrait être sanctionnée sur le fondement de l'omission trompeuse (1) mais aussi de la contrariété à la diligence professionnelle (2).

1) L'omission de la mention du prix de référence, omission d'une information substantielle

47. Pour sanctionner l'annonce de réduction de prix effectuée sans indication du prix de référence choisi, il pourrait être envisageable de caractériser une pratique commerciale trompeuse et plus précisément s'interroger sur la caractérisation d'une omission trompeuse.

⁷¹ De jurisprudence constante depuis que l'arrêt Cass. com., 29 nov. 2011, n°10-27402, kelkoo.fr a réintroduit la seconde condition prévue par l'article 6 de la directive 2005/29/CE bien qu'aucune référence à la directive n'est été faite par la Cour de cassation. Cass. com., 29 sept. 2015, n° 14-13.472 ; Cass. com., 1er mars 2017, n° 15-15.448, Stés Laboratoires Léa et La Boutique Léa nature c/ Sté Najjar.

48. L'article L 121-3 alinéa 1⁷² dispose qu'une pratique commerciale est trompeuse si « *elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle (...)* ». L'article 7 de la directive évoque l'information substantielle « *dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* ». Autrement dit, l'information substantielle est une « *information clé dont le consommateur a besoin pour prendre une décision commerciale⁷³ en connaissance de cause* »⁷⁴. Les juges du fond apprécieront, au cas par cas, le caractère substantiel d'une information eu égard aux besoins d'un consommateur moyen⁷⁵ et en prenant en compte « *les limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent* »⁷⁶.

On pourrait considérer que le prix de référence est une information substantielle. En effet, pour que le consommateur moyen puisse prendre une décision commerciale en connaissance de cause, il est nécessaire pour lui d'avoir l'information du prix de base ayant servi à la réduction annoncée. Comment pourrait-il apprécier l'économie réalisée, l'opportunité de la réduction ou encore comparer les promotions effectuées par les concurrents s'il n'a pas connaissance du montant de la réduction. De la même manière, comment pourrait-il s'assurer que le montant « *en promotion* » est bien un montant inférieur au prix de base si celui-ci n'est pas indiqué par l'annonceur. En somme, de l'indication ou non de ce prix de référence, le consommateur pourra ou non apprécier l'opportunité de la promotion affichée et par conséquent, décider de contracter ou de s'abstenir. Le fait pour l'annonceur de ne pas mentionner cette information serait constitutif d'une omission trompeuse. En effet, le caractère substantiel de l'information suffit à caractériser l'altération du comportement économique du consommateur, seconde condition nécessaire à la caractérisation de l'action trompeuse, des pratiques commerciales agressives et de la clause générale.

⁷² Nous n'évoquerons pas la spécificité des invitations à l'achat puisque, même dans ce cas, le prix mentionné dans la liste d'omission présumant du caractère abusif de l'invitation, doit s'entendre de manière globale et le prix de référence n'est pas inclus. Dans le cas d'une invitation la liste est certes limitative concernant le caractère présumé substantiel de l'omission mais n'implique pas que, respectée, la pratique ne soit pas constitutive d'une omission trompeuse. Sur ce point, V. SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRUNAUX (G.) et USUNIER (L.), Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018, p. 346 et suivantes.

⁷³ La décision commerciale est définie quant à elle comme « *toute décision prise par un consommateur concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait d'acheter (...) une telle décision peut amener le consommateur, soit à agir, soit à s'abstenir d'agir* » Dir. 2005/29/CE art. 2.

⁷⁴ Dir. 2005/29/CE, consid. 14 et document de travail de la Commission sur les « orientations pour la mise en œuvre et l'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales », 2016, p. 75.

⁷⁵ C'est-à-dire un « consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques ». Dir. 2005/29/CE, conseil.18.

⁷⁶ Article L 121-3 alinéa 1 du code de la consommation.

49. Toutefois, si le caractère substantiel de cette information n'est pas retenu, il sera nécessaire de démontrer l'existence d'une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L 121-1.

2) L'absence de la mention du prix de référence, une pratique contraire à la diligence professionnelle

50. Afin de démontrer que la pratique est déloyale au sens de l'article L 121-1 (clause générale), il est nécessaire de démontrer que la pratique est contraire à la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

51. La diligence professionnelle est définie par l'article 2 de la directive 2005/29/CE comme « *le niveau de compétence spécialisée et de soin dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité* ». Considérant le fait que l'arrêté de 2008 imposait et sanctionnait l'absence d'indication du prix de référence et que l'arrêté de 2015 maintient cette prescription, il serait logique d'admettre que l'indication du prix barré a pour objectif de parvenir à un marché honnête et de bonne foi. De plus, la majorité des commerçants affichent le prix de référence lors de promotions, de sorte que l'on pourrait aisément admettre qu'il s'agit du niveau de compétence et de soin raisonnablement attendu par le consommateur. En somme, la preuve la contrariété à la diligence professionnelle semble pouvoir être apportée.

52. Concernant la seconde condition, l'article 2 de la directive définit l'altération économique du comportement du consommateur comme « *l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* ». La Cour de cassation rappelle fréquemment que l'appréciation de cette condition doit être objective, quelles que soient les connaissances du consommateur dans le domaine considéré, sans tenir compte, par exemple de 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* »⁷⁷.

⁷⁷ Cass. crim., 11 juill. 2017, n° 16-84.902, FS-P+B, BERNHEIM-DESVAUX (S.), Prix de référence et promotions, Contrats, conc. consom, n° 10, Octobre 2017, comm. 212.

Pour les mêmes raisons qui nous permettent de considérer que le prix de référence est une information substantielle, on peut légitimement admettre que l'omission de cette information altère de façon substantielle le comportement économique du consommateur puisque, sans une information sur le prix de référence, il ne pourra apprécier ni l'opportunité, ni la réalité de la promotion affichée et cela a nécessairement une influence sur sa décision commerciale puisque l'importance de la réduction pourra influencer sa décision d'achat.

B- Le choix du prix de référence

53. Depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté du 11 mars 2015, les annonceurs sont libres de choisir le prix sur le fondement duquel ils choisiront d'effectuer leur réduction. De cette liberté découlent deux problématiques : la possibilité de sanctionner l'absence d'indication de la définition du prix de référence (1) et la possibilité de sanctionner un prix de référence jugé trompeur (2).

1) L'absence d'indication de la définition du prix de référence

54. Concernant l'absence d'indication de la définition du prix de référence choisi par l'annonceur, le raisonnement est identique à celui effectué pour l'absence d'indication du prix de référence⁷⁸.

55. On pourrait d'abord considérer qu'il s'agit de l'omission d'une information substantielle et ainsi caractériser une omission trompeuse. En effet, le choix opéré par un annonceur entre un prix antérieur et un prix fournisseur (selon les critères définis par l'arrêté de 2008 ou non), peut être apprécié différemment par le consommateur. Une promotion effectuée sur le fondement d'un prix antérieurement pratiqué peut sembler, pour le consommateur moyen, plus révélatrice. En outre, la référence au prix antérieur lui permettra aussi de comparer les offres entre différents concurrents puisqu'il pourra comparer à la fois le prix de référence et le montant de la réduction. Même si cela est moins évident que pour l'indication d'un prix de référence, la définition de ce prix pourrait être considérée comme une information clé dont le consommateur a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause.

⁷⁸ V. § 47 et suivants.

D'ailleurs, l'arrêté de 2008 imposait parfois l'indication, à côté du prix fournisseur, « *la mention « prix conseillé » accompagnée de l'année à laquelle ce prix se rapporte* »⁷⁹ ce qui démontre de la spécificité d'un prix conseillé par rapport à un prix antérieur. Dans le sens d'une telle caractérisation, la circulaire du 7 juillet 2009 indiquait qu'une « *publicité annonçant une réduction de prix par rapport à un prix conseillé peut induire le consommateur en erreur en l'amenant à penser que le rabais s'applique par rapport au prix précédemment pratiqué par l'annonceur. C'est pourquoi, l'annonceur doit mentionner dans ce cas que la réduction de prix annoncée s'applique au prix conseillé* ».

56. À défaut d'apporter cette preuve, on pourrait considérer que l'absence d'indication de la définition du prix de référence est contraire à la diligence professionnelle. De la même manière que pour l'indication du prix de référence, le fait que l'arrêté de 2008 impose des définitions du prix de référence et que sa circulaire impose parfois à l'annonceur d'indiquer le choix de prix de référence afin de ne pas induire le consommateur en erreur démontre que ces indications permettent de parvenir à un marché honnête et de bonne foi. De plus, le fait que les mentions « *prix conseillé* » ou « *prix fournisseur* » soient souvent indiquées lors de promotions, permet de considérer qu'il s'agit du niveau de compétence et de soin raisonnablement attendu par le consommateur.

2) Le choix d'un prix de référence trompeur

57. Comme nous l'avons vu, l'arrêté du 11 mars 2015 ne définit plus ce qu'il faut entendre par prix de référence de sorte que les annonceurs sont libres de choisir le prix de base servant au calcul du prix réduit annoncé. Pour autant, si la DGCCRF, dans son guide des opérations promotionnelles, recommande aux annonceurs « *de prendre comme prix de référence le prix le plus bas qu'ils ont pratiqué au cours d'une période raisonnable avant le début de la promotion* » sauf à pouvoir justifier de la loyauté et de la réalité d'un autre prix, elle a été plus loin en considérant que « *si manifestement, et délibérément, l'annonceur a dans son propre intérêt choisi un autre prix de référence que le prix qu'il a pratiqué, dans le but de tromper les consommateurs sur la réalité de la promotion accordée, ce choix caractérise une pratique commerciale trompeuse* ». En d'autres termes, la DGCCRF admet que le choix d'un prix de référence puisse être constitutif d'une pratique commerciale trompeuse si ce choix est opéré dans le but de tromper le consommateur sur la réalité de la promotion au sens de l'article L 121-2 2° c).

⁷⁹ Article 2 de l'arrêté du 31 décembre 2008.

Selon l'article L 121-2 2° c), une pratique commerciale est trompeuse « *lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur (...) [sur le] caractère promotionnel du prix* »⁸⁰. On pourrait donc considérer qu'utiliser un prix différent du prix antérieur induirait le consommateur en erreur pour les mêmes raisons que susmentionnées au sujet du caractère substantiel de l'information sur le choix du prix de référence. D'ailleurs, sous l'empire de l'arrêté du 2 septembre 1997⁸¹, un annonceur s'était vu condamné pour publicité trompeuse⁸² après avoir annoncé une réduction calculée sur un prix différent du prix antérieur (en l'espèce, le prix livré). Ce qui est intéressant et pourrait donc être applicable aujourd'hui, est que la Cour de cassation⁸³ a considéré que l'usage d'un prix autre que le prix antérieur est trompeur puisque le consommateur, qui ne « *songeait pas à faire la différence* » entre le prix antérieur et le prix de référence, « *s'imaginait qu'il allait bénéficier d'un rabais de 15 % alors que la réduction qui lui était consentie était très inférieure* ». En d'autres termes, le fait que le consommateur n'ait pas réellement conscience que la réduction effectuée sur la base d'un prix différent du prix antérieur est moins avantageuse pour lui, peut être constitutif d'une pratique trompeuse.

58. À noter que cette problématique sera en partie réglée dès la transposition de la directive « *Omnibus* » 2019/2161 du 27 novembre 2019 qui impose l'indication d'un prix antérieur⁸⁴.

C- L'absence de réalité du prix référence

59. L'article 4 de l'arrêté du 11 mars 2015 dispose que « *l'annonceur doit pouvoir justifier de la réalité du prix de référence à partir duquel la réduction de prix est annoncée* ». À défaut, celui-ci pourra être sanctionné sur le terrain des pratiques trompeuses et plus particulièrement sur le fondement de l'action trompeuse (Article L 121-2 1° c)). Deux cas de figure peuvent se présenter : l'annonceur indique un prix de référence n'ayant jamais été appliqué de sorte que la réduction est en réalité fictive (1) ou l'annonceur gonfle artificiellement les prix de référence afin de feindre une réduction plus importante (2).

⁸⁰ Sous réserve à nouveau de prouver que la tromperie altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

⁸¹ Arrêté abrogé par l'arrêté de 2008 mais dont la définition du prix antérieur est identique.

⁸² Était applicable aux faits, l'article 44 de la loi du 27 décembre 1973 qui servait à sanctionner les publicités trompeuses, publicités qui peuvent aujourd'hui être qualifiées de pratiques commerciales trompeuses.

⁸³ Cass. crim., 20 mars 1979 n°78-93.478 : Gaz. Pal. Rec. 1980, 1, jurispr. p. 56).

⁸⁴ V. Chapitre 2 du présent titre.

1) Le prix de référence n'a jamais été appliqué

60. La première pratique sanctionnée résulte de l'annonce d'un « *prétendu avantage tarifaire qui, en réalité, est pratiqué toute l'année* »⁸⁵ de sorte que la réduction est fictive puisque le prix de référence n'a jamais été appliqué. À titre d'illustration, la société Optical Center était poursuivie par la DDPP de Paris, pour l'organisation de promotions sous la forme d'offres de réduction de prix pratiquées en permanence. La Cour d'appel de Paris⁸⁶ a considéré que la société ne démontrait pas que le prix de référence avait effectivement été facturé de manière habituelle à ses clients et correspondait à une réalité commerciale. Pour les juges, la pratique « *consistant à remiser ses prix en permanence trompe le consommateur moyen en le conduisant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* »⁸⁷. La Cour de cassation⁸⁸, confirmant la décision de la Cour d'appel, a considéré 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* ». Dans un arrêt rendu le 25 juin 2019, la société Netquattro a été condamnée au titre des pratiques commerciales trompeuses pour avoir « *mis en vente des produits en promotion qui n'avaient pas été réellement vendus au prix de référence barrés au cours des mois précédant ces promotions* »⁸⁹. Dans le même sens, par un arrêt rendu en septembre 2019⁹⁰, ont été condamnées « *des baisses artificielles de prix donnant l'illusion de réaliser une bonne opération, sans qu'ait été retrouvée, par les enquêteurs, aucune vente réalisée à des prix aussi élevés que ceux annoncés initialement aux clients* ». Cette pratique était, évidemment, déjà sanctionnée sous l'empire de l'arrêté de 2008 comme l'illustre, par exemple, un arrêt rendu en 2012⁹¹, à l'occasion duquel les juges ont constaté que les « *prix de référence affichés par la société dans ses catalogues et ses tracts publicitaires ont été fictifs du fait d'une pratique commerciale de remises importantes systématiques, mais illusoire pour ses clients* ».

⁸⁵AMARO (R.), Information du consommateur sur les prix- régime général, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.917, 2018, § 78.

⁸⁶ CA Paris, 13 déc. 2016, n° 15/19264, Optical Center c/ dir. Départemental de la Protection des Populations de Paris.

⁸⁷ ANDRIEU (E.), La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité, légipresse 2020. P107.

⁸⁸ Cass, com, 20 fev. 2019, 17-13.215, Inédit.

⁸⁹ Cass. crim., 25 juin 2019, n° 18-84.143.

⁹⁰ Cass. crim., 10 sept. 2019, n° 18-85.315.

⁹¹ Cass. crim., 26 juin 2012, n° 11-86.267, F-D, Sté Hygena Cuisines.

2) La surévaluation du prix barré

61. De la même manière, une annonce de réduction de prix peut être trompeuse quand l'annonceur, afin de faire croire à une promotion plus attractive, gonfle artificiellement le prix de référence sur la base duquel la réduction est calculée.

C'est ce que la DGCCRF avait reproché, en 2019, à la société vente-privee.com. Selon l'autorité administrative, l'entreprise aurait 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* ». Par prix fictif, il était entendu un prix « *qui ne correspondait dans les faits à aucune réalité économique* » puisqu'il aurait été « *artificiellement gonflé* »⁹². On, à ce titre, sous l'empire de l'arrêté du 2 septembre 1997⁹³ et de la publicité trompeuse, mais dont les solutions semblent toujours applicables, étaient condamnées plusieurs entreprises qui avaient majoré leur prix de référence avant d'appliquer le rabais. Par exemple, une entreprise ayant « *créé artificiellement une valeur de quatre à cinq fois supérieure au prix* »⁹⁴. Ou encore, un professionnel ayant annoncé des remises exceptionnelles sur des articles vendus à prix coûtant alors que le prix de certains articles avait été majoré de 2 à 18 %⁹⁵.

Cette pratique du gonflement des prix avant rabais est particulièrement utilisée avant la période des soldes ou du « *Black Friday* » ce qui explique des contrôles accrus de la part des agents de la DGCCRF durant ces périodes.

Paragraphe 2 : Les pratiques déloyales résultant des autres indications de l'annonce de réduction de prix

62. Les annonces de réductions de prix peuvent aussi être constitutives d'une pratique commerciale déloyale du fait de l'absence de mentions relatives aux modalités d'application de la réduction (A) et à la disponibilité à la vente des produits pendant la durée de l'opération de promotion (B).

⁹² Selon Alexandre Chevallier, directeur de cabinet adjoint à la DGCCRF. PRUDHOMME (C.), Le site Vente-privée mis en cause pour de fausses bonnes affaires, Le Monde, 2019.

⁹³ Arrêté abrogé par l'arrêté de 2008 mais dont la définition du prix antérieur est identique.

⁹⁴ CA, Bordeaux, Ch.Correc. 16 Déc. 1997.

⁹⁵ TGI Brest, 26 sept. 1995 : Contrats, conc. consom. 1996, comm. 93.

A- L'information du consommateur sur les modalités d'application de la réduction

63. Pourrait être constitutive d'une pratique commerciale déloyale, l'annonce de réduction de prix n'indiquant pas aux consommateurs la durée de la promotion (1) et/ou les conditions nécessaires au bénéfice de l'avantage promotionnel (2) mais puisqu'il ne s'agit pas de pratiques visées par l'annexe I de la directive 2005/29, l'appréciation doit s'opérer au cas par cas.

1) L'indication de la durée de la promotion

64. Comme nous l'avons vu, le droit français a abrogé l'obligation d'indiquer « *la période pendant laquelle le produit ou le service est offert à prix réduit* »⁹⁶ puisque, sur ce point aussi, l'arrêté de 2008 était non-conforme à la directive 2005/29/CE. L'absence d'indication de la durée d'une promotion ne peut donc être sanctionnée *per se*, toutefois, en opérant une appréciation au cas par cas, on peut considérer qu'une annonce de réduction de prix ne mentionnant pas la durée de la validité de la promotion annoncée puisse être constitutive d'une pratique commerciale trompeuse au sens, selon les cas, de l'article L 121-3 sanctionnant l'omission trompeuse (a) ou de l'article L 121-2 sanctionnant l'action trompeuse (b).

a) L'absence d'indication de la durée de la promotion, une omission trompeuse

65. Plus précisément, une telle pratique pourrait tomber sous la qualification d'omission trompeuse au sens de L 121-3 alinéa 1. En effet, le professionnel, en ne précisant pas, dans son annonce, la période durant laquelle la promotion est applicable, omet, dissimule, une information substantielle⁹⁷ « *dont le consommateur moyen a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause* »⁹⁸. En effet, si le consommateur moyen, attiré par une annonce de réduction de prix, se rend en magasin ou sur le site du commerçant afin de bénéficier de la promotion, alors que celle-ci n'est pas encore ou n'est plus valable, ce dont il n'a pas été informé, pourrait l'amener à prendre « *une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* » en achetant le produit au prix habituel ou en se dirigeant vers un autre produit.

⁹⁶ Article 1 de l'arrêté du 31 décembre 2008.

⁹⁷ Qui est appréciée par les juges, au cas par cas, eu égard aux besoins d'un consommateur moyen et en prenant en compte « *les limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent* ».

⁹⁸ Article 7 de la directive 2005/29/CE.

La réduction du prix dans les relations de consommation

Dans ce sens, les juges ont condamné, pour pratique commerciale trompeuse par omission, une annonce de réduction de prix radiophonique diffusée par la société Marionnaud, qui ne mentionnait pas, notamment⁹⁹, que l'offre n'était valable que pour une période d'un mois et de surcroît, la publicité a été diffusée du 28 avril au 9 mai 2010 mais l'offre n'était valable que pour la période du 10 mai au 10 juin 2010, soit postérieurement à la diffusion du dernier message publicitaire. L'annonceur invitant seulement les auditeurs à se rendre sur son site Internet ou en magasin. Sur ce moyen, après renvois devant la Cour d'appel, la Cour de cassation¹⁰⁰ a considéré « *que la publicité diffusée à la radio était constitutive d'une pratique commerciale trompeuse dès lors que, l'information substantielle sur la date de l'offre n'était accessible qu'à contretemps, tout en invitant les consommateurs à se rendre en magasin, ce qui influençait nécessairement leur décision commerciale fût-elle non suivie d'achat* »¹⁰¹.

b) L'absence d'indication de la durée de la promotion, une action trompeuse

66. On pourrait tout aussi bien considérer qu'une annonce de réduction de prix ne mentionnant pas la durée de la validité de la promotion annoncée puisse être constitutive d'une action trompeuse au sens de l'article L 121-2. En effet, affirmer qu'un produit est en promotion, sans autres précisions, alors que l'offre n'est pas encore ou n'est plus valable, pourrait être constitutif d'une « *allégation, indication ou présentation fausse ou de nature à induire en erreur* » portant notamment sur le caractère promotionnel du prix. L'allégation n'est pas totalement fausse, mais sans précision quant à la durée, elle induit le consommateur en erreur le laissant croire que le produit est déjà, ou toujours, vendu à prix réduit alors que tel n'est pas le cas.

Concernant la capacité de cette pratique à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur, on pourrait aisément, l'admettre, et ce, pour les mêmes raisons qui nous poussent à considérer que cette information est substantielle. En effet, à l'instar du prix d'appel¹⁰², l'annonceur utilise l'annonce de réduction de prix non-valable dans l'objectif d'attirer le client dans son magasin afin de l'inciter à acheter d'autres produits sans réduction, décision qu'il n'aurait pas prise en l'absence de l'annonce trompeuse.

⁹⁹ Le reste de l'affaire sera évoqué plus bas, V. § 69.

¹⁰⁰ Cass. crim., 19 avr. 2017, n° 16-84.659.

¹⁰¹ ANDRIEU (E.), synthèse droit de la publicité, légipresse n° 360 - Mai 2018.

¹⁰² V. § 76.

Sur le fondement de la publicité trompeuse, les juges ont déjà sanctionné de telles pratiques et pour une partie de la doctrine, les règles soulevées par ces jurisprudences restent applicables¹⁰³. Par exemple, ont été sanctionnés, un annonceur qui conservait une annonce de réduction de prix, après expiration de la période de validité de cette offre¹⁰⁴ et un professionnel qui avait lancé une campagne publicitaire annonçant des réductions de prix sans précision de date, alors que les avantages n'étaient pas encore offerts à la date de constatation¹⁰⁵.

2) L'indication des conditions nécessaires au bénéfice de la promotion

67. À l'instar de période de validité de l'offre, l'obligation d'indiquer les « modalités suivant lesquelles sont consentis les avantages annoncés »¹⁰⁶ a été abrogée afin de se conformer à l'interdiction de sanctionner de manière automatique une pratique non contenue dans l'annexe I de la directive 2005/29/CE. Pour autant, « le fait pour un annonceur de restreindre des offres promotionnelles par des conditions qui ne sont pas communiquées au consommateur »¹⁰⁷, peut être constitutif d'une pratique commerciale trompeuse au sens, selon les cas, de l'article L 121-2 sanctionnant l'action trompeuse (a) ou l'article L 121-3 sanctionnant l'omission trompeuse (b).

a) L'absence d'indication des conditions restrictives, une action trompeuse

68. La Cour de cassation a, par exemple, confirmé la Cour d'appel d'avoir sanctionné au titre de l'action trompeuse, car reposant sur des allégations partiellement fausses, une offre « 500 000 places 5 euros aller simple taxes et charges comprises » proposée par la compagnie aérienne Ryanair¹⁰⁸. En effet, la promotion n'indiquait pas « que la compagnie, en interne, se réservait le droit de répartir les billets à tarifs réduits selon le coefficient de remplissage de ses vols de manière à éviter un manque à gagner; chaque avion devant impérativement être rempli à 80,85%, seules les

¹⁰³ « il y avait publicité trompeuse, il y aura donc pratique commerciale trompeuse ». RAYMOND (G.), Pratiques commerciales déloyales et agressives, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.900, 2018, § 96.

¹⁰⁴ CA Paris, 13e ch., 18 mars 1987.

¹⁰⁵ CA Agen, 14 mai 1993 : Contrats, conc. consom. 1994, comm. 15.

¹⁰⁶ Article 1 de l'arrêté du 31 décembre 2008.

¹⁰⁷ AMARO (R.), Information du consommateur sur les prix- régime général, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.917, 2018.

¹⁰⁸ Cass. crim., 10 nov. 2015, n° 14-86.799, Sté Ryanair c/ UFC Que choisir.

places restantes étant éventuellement concernées par le tarif de 5 euros, la répartition des billets à bas prix, au gré des analyses et au coup par coup, s'expliquant par cette contrainte de gestion »¹⁰⁹.

La Cour d'appel avait considéré que « *le consommateur ne pouvait qu'être attiré par l'offre publicitaire de la société, en raison de l'image de dynamisme de la compagnie résultant de cette campagne et de l'idée ainsi générée d'un transporteur soucieux de proposer à la vente les meilleurs prix et qu'ainsi induit en erreur, son comportement économique s'en trouvait donc substantiellement altéré, en ce qu'il se portait plus exclusivement vers la compagnie ».*

b) L'absence d'indication des conditions restrictives, une omission trompeuse

69. Parfois, c'est sur le terrain de l'omission trompeuse visée à l'article L 121-3 que les juges sanctionnent une pratique visant à laisser croire au consommateur que la promotion n'est soumise à aucune condition. C'est dans ce sens qu'a tranchée la Cour de cassation¹¹⁰, en confirmant la qualification d'omission trompeuse d'une annonce de réduction de prix diffusée par la société Marionnaud, qui ne mentionnait pas que l'offre était soumise à la présentation d'une carte de fidélité du magasin, à l'obligation d'effectuer un achat d'un montant minimum de 60 euros, et qui n'était valable que pour une période précise¹¹¹. Si la Cour de cassation avait précédemment rappelé¹¹² qu'il devait nécessairement être pris en compte les « *limites propres au moyen de communication utilisé et aux circonstances qui l'entourent, et des mesures prises par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens »* puisqu'en l'espèce, la publicité était radiophonique et que l'annonceur invitait les auditeurs à se rendre sur son site Internet ou en magasin, elle a ensuite, après renvois devant la Cour d'appel, confirmé la qualification d'omission trompeuse l'annonce faite par ce professionnel en considérant « *qu'il lui était loisible sans allonger inconsiderablement le message de préciser «dès 60 € d'achat, à compter du 10 mai et grâce à la carte de fidélité» ».*

¹⁰⁹ Analyse JurisData 2015-025073, Lexis360.

¹¹⁰ Cass. crim., 19 avr. 2017, n° 16-84.659.

¹¹¹ Sur le moyen relatif à la durée de la promotion, V. § 65.

¹¹² Cass. crim., 1er sept. 2015, n° 14-85.791, confirmé par CJUE, 26 oct. 2016, aff. C-611/14, Canal Digital Danmark : qui rappelle que cette prise en compte ne doit avoir lieu que pour l'omission trompeuse et non pas pour l'action trompeuse.

B- L'information du consommateur sur la disponibilité à la vente des produits pendant la durée de l'opération de promotion

70. Bien que l'article 4 de l'arrêté de 2008 interdisant qu'une annonce de réduction porte sur « *des articles qui ne sont pas disponibles à la vente ou des services qui ne peuvent être fournis pendant la période à laquelle se rapporte cette publicité* » ait été abrogé, l'indisponibilité des produits objets d'une annonce de réduction de prix pourrait, dans certains cas, être qualifiée de pratique commerciale déloyale sur le fondement de l'annexe I de la directive (1) mais aussi sur celui des pratiques commerciales trompeuses (2).

1) L'absence d'indication de la disponibilité, une pratique réputée déloyale en toutes circonstances

71. Deux pratiques réputées irréfragablement déloyales par l'annexe I de la directive 2005/29/CE et transposées à l'article L 121-4 du code de la consommation peuvent être interprétées comme mettant « *à la charge du professionnel une obligation d'information quant à la disponibilité prévisible du produit ou du service* »¹¹³.

D'une part, sont réputées déloyales en toutes circonstances, les pratiques consistant à « *5° proposer l'achat de produits ou la fourniture de services à un prix indiqué sans révéler les raisons plausibles que pourrait avoir le professionnel de penser qu'il ne pourra fournir lui-même ou faire fournir par un autre professionnel, les produits ou services en question ou des produits ou services équivalents au prix indiqué, pendant une période et dans des quantités qui soient raisonnables compte tenu du produit ou du service, de l'ampleur de la publicité faite pour le produit ou le service et du prix proposé* ». Semblent entrer dans ses catégories, les annonces de réduction de prix portant sur des produits non-disponibles puisque ne pas préciser, dans l'annonce de réduction de prix, que l'offre est proposée en quantités limitées ou sous réserve des stocks disponibles conduirait à ne pas indiquer au consommateur les « *raisons plausibles que pourrait avoir le professionnel de penser qu'il ne pourra fournir (...), les produits ou services en question (...) au prix indiqué* ».

¹¹³ ERÉSÉO (N.), pratiques commerciales trompeuses, JCI-Communication, Fasc n°3480, 2020, § 32.

D'autre part, sont réputées déloyales en toutes circonstances, les pratiques consistant à : « 6° proposer l'achat de produits ou la fourniture de services à un prix indiqué, et ensuite : a) De refuser de présenter aux consommateurs l'article ayant fait l'objet de la publicité ; b) Ou de refuser de prendre des commandes concernant ces produits ou ces services ou de les livrer ou de les fournir dans un délai raisonnable (...) ». De même, diffuser une annonce de réduction de prix alors que les produits sont indisponibles reviendrait, *in fine* à « proposer l'achat de produits ou la fourniture de services à un prix indiqué » et ensuite de refuser la vente ou la prise de commande au motif que les produits ne sont pas disponibles.

72. À défaut de pouvoir appliquer ces articles à la pratique d'une réduction de prix relative à des produits non encore en stock ou qui ne mentionne pas le caractère limité de la quantité de produits disponibles, il sera possible de caractériser une pratique commerciale trompeuse.

2) L'absence d'indication de la disponibilité, une pratique commerciale trompeuse

73. L'absence d'indication de la disponibilité dans une annonce de réduction de prix pourra être qualifiée d'action trompeuse (a) ou d'omission trompeuse (b).

a) L'absence d'indication de la disponibilité, une action trompeuse

74. L'annonce de réduction de prix effectuée en l'absence de disponibilité du produit pourrait être sanctionnée sur le fondement de l'action trompeuse puisque l'article L 121-2 1° a) prévoit qu'une pratique commerciale est trompeuse si elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur portant notamment sur la disponibilité du bien ou du service. De ce fait, pourrait entrer dans le cadre de cette disposition, une annonce de réduction de prix qui indiquerait que le stock est illimité ou que les produits sont « *en stock* » alors que tel n'est pas le cas puisque cela constitue une allégation fautive. C'est ce qu'a considéré la Cour de cassation¹¹⁴ en qualifiant de trompeuse, une annonce réduction prix indiquant que les produits étaient « *en stock* » alors que, « sur trente-six articles, seuls cinq étaient en réalité disponibles ». Pourrait aussi entrer dans cette qualification, une pratique consistant à ne pas préciser au consommateur que les produits sont limités en quantité ce qui induirait le consommateur en erreur sur la disponibilité du bien ou du service puisque cela lui laisserait croire que l'offre est illimitée.

¹¹⁴ Cass. crim., 4 décembre 2012, n° 12-81223.

L'altération substantielle du comportement économique du consommateur serait caractérisée par le fait que la pratique trompeuse attirerait le consommateur au moyen d'une annonce de réduction de prix portant sur des produits indisponibles ce qui le conduirait à se rabattre sur d'autres produits.

b) L'absence d'indication de la disponibilité, une omission trompeuse

75. Les annonces de réduction de prix silencieuses sur la quantité de produits disponibles ou à minima, sur le caractère limité de l'offre pourraient aussi être sanctionnées sur le terrain de l'omission trompeuse au sens de L 121-3 alinéa 1.

En effet, l'annonce de réduction de prix, en ne précisant pas cette information, « *omet, dissimule* » une information substantielle¹¹⁵ « *dont le consommateur moyen a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause* »¹¹⁶ puisque le consommateur moyen attiré par l'annonce se rendant en magasin ou sur le site du commerçant alors que le produit n'est pas disponible, sera incité à prendre « *une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* » en se dirigeant vers un autre produit, qui lui n'est pas nécessairement en promotion.

76. L'annonce de réduction de prix dépourvue d'information quant à la disponibilité prévisible du produit/service ou indiquant une disponibilité fictive, pourrait donc être qualifiée de pratique commerciale déloyale sur divers fondements. Mais ces pratiques pourraient aussi être sanctionnées sur le terrain de la concurrence déloyale sanctionnant la pratique du prix d'appel, lorsque l'annonce de réduction de prix, portant sur des produits indisponibles, a pour objet d'« *attirer le client dans son magasin et l'inciter à acheter d'autres produits sur lesquels la marge est plus abondante, ce qui constitue dans le langage de la mercatique, une « dérive des ventes* »¹¹⁷.

¹¹⁵ Qui est appréciée par les juges, au cas par cas, eu égard aux besoins d'un consommateur moyen et en prenant en compte « *les limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent* ».

¹¹⁶ Article 7 de la directive 2005/29/CE.

¹¹⁷ RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.905, 2019, § 15 qui développe la pratique du prix d'appel.

Conclusion du chapitre 1

77. Bien que le régime des réductions de prix semble très libéral au regard de l'unique exigence de l'arrêté du 11 mars 2015, celui-ci apparaît beaucoup plus complexe et exigeant au regard de la prohibition des pratiques commerciales déloyales. Afin de se prémunir de tout risque, il serait raisonnable, pour un professionnel, de considérer pour obligatoires les prescriptions suivantes. D'une part, que toutes ses annonces de réduction de prix précisent un prix de référence dont la définition est indiquée au consommateur, qui reflète une réalité économique et qui n'est pas trompeur. Le choix le plus sûr étant de choisir le prix antérieur, appliqué depuis une période raisonnable, tel que recommandé par la DGCCRF. D'autre part, que ses réductions soient prévues pour une durée limitée afin que le prix de référence ne soit pas qualifié de fictif du fait de sa non-application depuis une période raisonnable. Ensuite, qu'elles portent sur des produits disponibles et/ou informent le consommateur sur la disponibilité du produit. Enfin, indiquent les modalités d'application de la promotion notamment la période pendant laquelle les consommateurs peuvent en bénéficier et les conditions requises.

78. À défaut de respecter ces prescriptions, le professionnel s'expose à de lourdes sanctions¹¹⁸: Les pratiques commerciales trompeuses¹¹⁹ sont d'abord sanctionnées par une amende administrative résultant de l'inobservation, par le professionnel, de l'injonction faite par les agents de la DGCCRF¹²⁰. Sur le plan pénal, elles sont punies « *d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros* »¹²¹. Le montant de l'amende pouvant être porté « *à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel* » ou « *50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique pour les pratiques trompeuses* ». Des peines complémentaires sont aussi prévues¹²² à l'article L 132-3 du code de la consommation. Sur le plan civil, la clause générale comme la pratique trompeuse, contrairement à la pratique agressive¹²³, ne sont pas sanctionnées de manière autonome par la nullité. En revanche, le recours au droit commun pourra permettre au consommateur d'obtenir réparation.

¹¹⁸ Pour un développement exhaustif voir N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux et L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018, § n° 343 à 368.

¹¹⁹ La clause générale n'étant pas sanctionnée spécifiquement par le code de la consommation.

¹²⁰ Article L 532 -1 du code de la consommation.

¹²¹ L 132-2 et L 132-11 du code de la consommation.

¹²² L 132-3 et L 132-12 du code de la consommation.

¹²³ Que nous ne traiterons pas dans le cadre de ce mémoire.

79. À noter toutefois que cette recommandation va être amenée à être complétée puisque la directive 2019/2161¹²⁴ est venue ajouter une exigence concernant les annonces de réduction de prix (Chapitre 2) et enrichir les sanctions encourues en cas de pratiques commerciales déloyales. Sur ce second point, elle prévoit notamment¹²⁵ que les États membres devront veiller à mettre en place des sanctions plus efficaces, proportionnées, dissuasives et harmonisées. Aussi, son article 3 vient notamment insérer à la directive 2005/29/CE un article 11 bis selon lequel « *les consommateurs victimes de pratiques commerciales déloyales disposent de recours proportionnés et effectifs, qui comprennent la réparation des dommages subis par le consommateur et, le cas échéant, une réduction du prix ou la fin du contrat* ». En d'autres termes, la directive vient enrichir le panel des sanctions des pratiques commerciales déloyales de sanctions civiles autonomes : la réparation, la réduction du prix ou la fin du contrat (résiliation, résolution ou nullité).

¹²⁴ Directive (UE) 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.

¹²⁵ « Elle prévoit aussi que les États membres déterminent le régime des sanctions applicables en tenant compte de plusieurs critères indicatifs (nature et gravité de l'infraction, récidive du professionnel, avantage obtenu ou perte évitée par le professionnel, etc.) et, d'autre part, le montant maximal des amendes est fixé à au moins 4 % du chiffre d'affaires annuel du professionnel dans l'État ou les États concernés, et à au moins deux millions d'euros en l'absence d'information sur le chiffre d'affaires (ce deuxième point ne figure pas pour la directive 98/6/CE) ». BERNHEIM-DESSAUX (S.), Nouvelle donne pour les consommateurs : la directive Omnibus est publiée ! : Contrats, conc. consom. 2020, comm. 33.

Chapitre 2 : L'encadrement à venir par la directive « Omnibus »

80. La Commission européenne a mis en place un programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT) afin de « *s'assurer que la législation de l'UE produise les avantages attendus pour les citoyens, les entreprises et la société, tout en éliminant les lourdeurs administratives et en réduisant les coûts* »¹²⁶. Dans ce cadre, elle a réalisé des bilans de qualité afin de mettre en évidence les difficultés du droit positif en matière de droit de la consommation. En réponse, la Commission a adopté le 11 avril 2018 un paquet « *New Deal pour les consommateurs* » afin de « *renforcer l'application du droit de la consommation de l'UE à la lumière d'un risque croissant d'infractions à l'échelle de l'UE et à moderniser les règles de protection des consommateurs de l'UE compte tenu de l'évolution du marché* »¹²⁷. Cette nouvelle donne s'est traduite par deux axes : une proposition de directive modifiant les quatre directives horizontales sur le prix, les clauses abusives, les droits des consommateurs et les pratiques commerciales déloyales et une proposition de directive sur les actions représentatives des consommateurs, abrogeant la directive de 2009 sur les actions en cessation¹²⁸.

81. La directive 2019/2161¹²⁹, dite « *Omnibus* », adoptée le 27 novembre 2019 et publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 18 décembre 2019, est le résultat du premier axe de ce projet. Elle modifie quatre directives : la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats ainsi que la directive 98/6/CE relative à l'indication des prix.

Elle devra être transposée au plus tard le 28 novembre 2021, pour une application à partir du 28 mai 2022. Pour l'heure, la loi n°2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, dite loi DDADUE est venue habilitier le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures législatives permettant la transposition en droit interne de la directive « *Omnibus* ».

¹²⁶ REFIT – Rendre la législation de l'UE plus simple et moins coûteuse, Site web de la Commission européenne.

¹²⁷ Examen du droit de la consommation de l'UE - New Deal pour les consommateurs, Site web de la Commission européenne.

¹²⁸ HAGANI (S.), « New deal for consumers »: la nouvelle donne européenne se met en place !, FIDAL, 05 avril 2019.

¹²⁹ directive (UE) 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.

82. Nous nous intéressons tout particulièrement à la modification apportée à la directive prix et plus particulièrement au contenu de l'article 2 de la directive Omnibus (Section 1) pour nous interroger sur les difficultés que posent cette disposition (Section 2).

Section 1 : Le contenu de l'article 2 de la directive Omnibus

83. L'article 2 de la directive 2019/2161 modifie la directive 98/6/CE relative à l'indication des prix (Paragraphe 1) en prévoyant une nouvelle obligation en matière d'annonce de réduction de prix (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une modification apportée à la directive 98/6/CE relative à l'indication des prix

84. L'article 2 de la directive Omnibus, modifie donc la directive 98/6/CE du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs. La nouvelle exigence imposée en matière d'annonce de réduction de prix n'a pas été insérée dans la directive 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales ce qui pose des questions d'articulation entre ces directives.

En effet, la directive 1998 telle que modifiée par la directive Omnibus, qui impose une obligation d'information sur le prix, est d'harmonisation minimale alors que la directive 2005/29, qui prévoit que l'annonce de réduction de prix ne doit pas être déloyale, est d'harmonisation totale. Or, comme nous l'avons vu, la CJUE¹³⁰ a interprété l'harmonisation totale de la directive de 2005 ainsi que le caractère exclusif de son annexe I en considérant que cela empêchait les États membres d'encadrer de manière plus restrictive les annonces de réduction de prix. Plus précisément, la Cour a estimé dans l'arrêt C-421/12, Commission c/Belgique que : « 59. [...] *l'objet de la directive 98/6 est la protection des consommateurs non pas en matière d'indication des prix, en général ou quant à la réalité économique des annonces de réduction de prix, mais en matière d'indication des prix des produits par référence à différents types d'unités de mesure* ». De sorte que « *le maintien de dispositions nationales plus restrictives portant sur les réductions de prix ne saurait être justifié par la directive sur l'indication des prix* »¹³¹.

¹³⁰ CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-421/12, Commission c/Belgique et CJUE, ordon., 8 sept. 2015, aff. C-13/15, Cdiscount.

¹³¹ Commission européenne, document de travail des services de la Commission, orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la directive 2005/29/CE/CE relatives aux pratiques commerciales déloyales, 2016, p. 14 et 15.

Cette interprétation a été maintenue alors même que par principe, en cas de conflit entre deux directives¹³², le spécial déroge au général et que la directive 98/6/CE est plus spéciale (CJUE 7 juill. 2016, C-476/14, Citroën Commerce). Cela aurait dû conduire à la possibilité d'imposer l'indication d'un prix de référence défini, en vertu du degré d'harmonisation minimal de la directive prix.

85. Si avant l'entrée en vigueur de la directive Omnibus, la question était de savoir si l'harmonisation minimale de la directive 1998 permettait d'imposer la mention d'un prix de référence aux annonceurs de réduction de prix, ce à quoi la CJUE a répondu par la négative, aujourd'hui, les interrogations portent sur la transposition de ce nouvel article 2 et sur la marge de manœuvre laissée aux Etats membres au regard de l'articulation avec la directive 2005/29/CE.

Sur l'articulation entre les deux directives, une question a été posée en ce sens lors d'un atelier d'interprétation mis en place par la commission européenne¹³³ et la Direction générale justice et consommateur (ci-après DG JUST) a précisé que « *les États membres doivent maintenant transposer les nouvelles règles de l'UE sur les réductions de prix dans le cadre de la directive indication de prix, nonobstant l'arrêt dans l'affaire C-421/12, qui interprétait le droit de l'UE en vigueur à ce moment-là* ». Autrement dit, peu importe désormais l'interprétation de la CJUE sur le degré d'harmonisation total de la directive de 2005, il sera possible, pour la France comme pour la Belgique, de réintroduire leur exigence relative au prix de référence antérieurement appliqué, cette fois au fondement de la directive 1998/6/CE.

Quant à la marge de manœuvre laissée aux États membres par le degré minimal d'harmonisation de la directive 1998/6/CE, la question a aussi été soulevée lors de cet atelier¹³⁴ et la DG JUST considère que « *tout plan national prévoyant des périodes prolongées pour l'établissement du prix antérieur devrait être soigneusement évalué quant à son impact sur le commerce transfrontalier. En ce qui concerne d'autres initiatives pour des règles plus strictes, il est important de noter que la directive indication prix ne régleme qu'une gamme limitée de questions spécifiques. Par*

¹³² Sur la notion de conflit V. § 33 et Dir. 2005/29/CE, art. 3.4 ; considérant no 10.

¹³³ European Commission, Final Minutes, Member States' Expert Group on consumer and marketing law, 1st meeting on the Directive on better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, 2020.

¹³⁴ European Commission, Final Minutes, Member States' Expert Group on consumer and marketing law, 1st meeting on the Directive on better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, 2020.

conséquent, sa clause d'harmonisation minimale ne peut être utilisée pour adopter des règles nationales plus strictes dans d'autres domaines qu'elle ne réglemente pas ». Autrement-dit, la liberté accordée aux États membres du fait de l'harmonisation minimale est cantonnée à ce qui est limitativement prévu par le texte¹³⁵. En dehors de ces hypothèses, les États membres ne pourront encadrer de façon plus stricte les annonces de réduction de prix sans que ces réglementations soient contraires à la directive 2005/29/CE, si elles conduisent à une interdiction *per se* de la pratique.

86. Enfin, il est important de noter qu'un professionnel ayant procédé à une annonce de réduction de prix contraire à la directive 1998/6/CE pourra aussi être sanctionné sur le terrain des pratiques commerciales déloyales puisqu'une annonce de réduction de prix ne contenant pas de prix de référence tel que défini par la directive Omnibus pourrait aussi être qualifiée de pratique commerciale déloyale et notamment trompeuse¹³⁶.

Paragraphe 2 : L'encadrement de la mention de la réduction de prix

87. Le nouvel article 6 bis inséré par l'article 2 de la directive Omnibus impose aux annonceurs l'indication du prix antérieur dans toute annonce de réduction de prix (A) notion de prix antérieur qui, semble-t-il, est pour la France un retour vers le droit antérieur (B).

A- L'indication du prix antérieur appliqué par le professionnel

88. Le nouvel article 6 bis à la directive 98/6/CE impose l'indication d'un prix antérieur dans toutes les annonces de réduction de prix (1), pour autant ce prix antérieur doit-il être entendu comme un prix de référence servant de base au calcul de la réduction de prix annoncée (2).

1) L'indication d'un prix antérieur

89. Afin de « *renforcer la loyauté de l'information communiquée au consommateur* »¹³⁷, l'article 2 de la directive Omnibus est venu insérer un nouvel article 6 bis à la directive 98/6/CE.

¹³⁵ Sur les conséquences de l'harmonisation maximale de la directive V. § 135 et suivants.

¹³⁶ V. § 46 et suivants.

¹³⁷ FAURE-MUNTIAN (V.), Rapport sur le projet de loi portant diverses disposition d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (n°3196), 30 septembre 2020.

Celui-ci prévoit désormais que « *toute annonce d'une réduction de prix indique le prix antérieur appliqué par le professionnel pendant une durée déterminée avant l'application de la réduction de prix* ». Le prix antérieur étant entendu comme « *le prix le plus bas appliqué par le professionnel au cours d'une période qui n'est pas inférieure à trente jours avant l'application de la réduction de prix* ». Une fois la transposition effectuée, il sera désormais nécessaire, pour un professionnel, de préciser dans son annonce de réduction de prix, le prix qu'il avait antérieurement pratiqué au cours d'une période qui n'est pas inférieure à trente jours avant l'application de la réduction.

Lors de l'atelier d'interprétation de la commission européenne¹³⁸, la DG JUST a précisé que « *dans l'hypothèse où un professionnel vend le même produit dans différents magasins (physique ou en ligne) à des prix différents, il devra indiquer comme prix antérieur celui appliqué dans le magasin ou le point de vente donné plutôt que le prix (éventuellement plus élevé) pratiqué dans un autre magasin/canal de vente* ».

90. La directive offre une marge de manœuvre aux États membres puisqu'elles prévoient que ceux-ci « *peuvent prévoir des règles différentes pour les biens susceptibles de se détériorer ou d'expirer rapidement* ». De même, la directive dispose que pour les produits commercialisés « *depuis moins de trente jours, les États membres peuvent également prévoir une période plus courte que celle prévue au paragraphe 2* ». Enfin, elle laisse la possibilité aux États membres de « *prévoir que, lorsque la réduction de prix est progressivement augmentée, le prix antérieur désigne le prix sans réduction avant la première application de la réduction de prix* ». C'est donc seulement dans l'instauration d'une période prolongée pour l'établissement du prix antérieur ainsi que les trois hypothèses susmentionnées que résidera la liberté offerte, aux États membres, par le degré d'harmonisation minimal de la directive.

91. Si le texte est clair en imposant l'indication d'un prix antérieur, il ne précise pas si ce prix antérieur doit être le prix de référence utilisé comme base au calcul de la réduction de prix.

¹³⁸ European Commission, Final Minutes, Member States' Expert Group on consumer and marketing law, 1st meeting on the Directive on better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, 2020.

2) L'indication d'un prix de référence ?

92. Objectivement, le nouvel article 6 bis impose d'indiquer le prix antérieurement pratiqué par le professionnel, mais il ne dit pas que l'annonceur est obligé de calculer la réduction via ce prix antérieur. Autrement-dit, il impose d'indiquer une information sur le prix antérieur, mais rien ne permet d'affirmer qu'il impose un prix de référence défini comme le prix antérieurement pratiqué. D'ailleurs, pour le Rapporteur du projet de loi DDADUE¹³⁹, « *il est essentiel de s'en tenir à la lettre de la directive et de distinguer les règles concernant le prix de référence de celles concernant le prix antérieur* » car cela pourrait « *créer des distorsions de concurrence sur le marché intérieur* »¹⁴⁰.

93. Pourtant, le législateur semble avoir opéré un choix différent puisque l'exposé des motifs du projet de loi érige comme objectif de la transposition de l'article 2 de la directive Omnibus, le fait « *d'encadrer les annonces de réduction de prix par la nécessité pour le professionnel de justifier d'un prix de référence* ». Cette interprétation serait, semble-t-il, plus pertinente puisque le prix antérieurement pratiqué est le prix de référence le plus parlant pour le consommateur. En effet, seul ce prix barré permet réellement au consommateur d'appréhender l'économie promise par l'annonce de réduction de prix.

De plus, l'objectif de cette disposition serait principalement d'éviter « *la pratique consistant pour un professionnel à augmenter artificiellement ses prix pour annoncer une réduction de prix plus importante qu'elle ne l'est en réalité* »¹⁴¹. Or, pour lutter efficacement contre cette pratique, c'est l'instauration d'un prix de référence défini comme le prix antérieurement pratiqué qui serait le plus efficace. En effet, le professionnel serait obligé d'annoncer le rabais par rapport à un prix qu'il aurait appliqué pendant un minimum de 30 jours de sorte que, s'il augmente le prix peu de temps avant l'opération professionnelle, il ne pourra pas utiliser ce prix comme prix de référence ce qui correspond donc bien à l'objectif recherché de sincérité de la réduction de prix.

¹³⁹ L. n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

¹⁴⁰ FAURE-MUNTIAN (V.), Rapport sur le projet de loi portant diverses disposition d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (n°3196), 30 septembre 2020.

¹⁴¹ FAURE-MUNTIAN (V.), Rapport sur le projet de loi portant diverses disposition d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (n°3196), 30 septembre 2020.

Aussi, considérer que le prix antérieur n'est pas un prix de référence pourrait être contraire à l'objectif de clarté, lisibilité¹⁴² et de bonne comparaison des prix¹⁴³ prévu par la directive 1998/6/CE. En effet, si le prix antérieur n'est pas un prix de référence, cela signifie que l'annonceur devra, dans toute annonce de réduction de prix, indiquer le prix antérieur, le prix de référence¹⁴⁴ ainsi que le prix réduit ce qui pourrait noyer le consommateur du fait de cette sur-information. Quant à la comparabilité des offres, considérer que le prix antérieur est le prix de référence aura pour conséquence de permettre une comparaison plus juste puisque, dès lors que deux offres indiqueront par exemple « - 30% », le prix de référence étant calculé de manière identique, l'économie réalisée par le consommateur sera bien la même. En revanche si des prix de référence différents sont utilisés, peu importe l'indication d'un prix antérieur, la réduction affichée de « -30% » n'aura pas la même signification.

Considérer qu'il s'agit d'un prix de référence est donc l'analyse la plus efficace pour retrouver la sincérité, la loyauté et la transparence des annonces de réduction de prix et donc renforcer la confiance des consommateurs envers le marché.

B- La notion de prix antérieur, un retour au droit antérieur ?

94. Si l'on considère que la directive 1998/6/CE, telle que modifiée par la directive Omnibus, impose un prix de référence défini comme « *le prix le plus bas appliqué par le professionnel au cours d'une période qui n'est pas inférieure à trente jours avant l'application de la réduction de prix* », sa transposition consisterait, en droit français, à un retour à notre droit antérieur.

En effet, notre ancien arrêté du 31 décembre 2008 imposait, l'affichage d'un prix de référence entendu notamment comme « *le prix le plus bas effectivement pratiqué par l'annonceur au cours des trente derniers jours précédant le début de la publicité* ». Selon la circulaire de 2009 précédemment citée, la notion de « *début de la publicité* » devait être entendue comme « *la date de début de l'opération de réduction de prix dans l'établissement ou sur le site électronique marchand* ». La directive Omnibus met donc fin aux débats liés à la non-conformité de notre ancien arrêté de 2008 et à sa réécriture par l'arrêté de 2015.

¹⁴² Article 4 de la directive 1998/6/CE.

¹⁴³ Considérant 6 de la directive 1998/6/CE.

¹⁴⁴ Conformément à l'arrêté de 2015.

D'ailleurs pour Alain Bazot, président de l'UFC-Que Choisir, la directive « *n'est pas une révolution, c'est un retour à la situation antérieure, car ce type de réglementation existait auparavant en France* »¹⁴⁵ et on assiste, selon lui, à une forme « *d'eupéanisation de la législation française* ». Cette eupéanisation, comme toute harmonisation, aura l'avantage de parvenir à une concurrence loyale puisque les professionnels de tous les États membres seront soumis aux mêmes règles. De ce fait, les consommateurs pourront comparer de façon juste et équitable les annonces de réductions prix proposées dans l'Union européenne.

95. En somme, il s'agira pour le droit français de réintégrer dans l'arrêté de 2015, une définition de ce qui doit être entendu par le prix de référence en reprenant la lettre de l'article 2 de la directive Omnibus, comme cela était le cas dans notre ancien arrêté de 2008. Toutefois, certaines difficultés entourent la transposition du texte et notamment la question de son champ d'application et du caractère exclusif ou non du prix antérieur comme prix de référence. Ces points auront donc à être précisés par l'ordonnance de transposition et donc dans l'arrêté de 2015.

Section 2 : Les difficultés liées à l'absence de précision de l'article 2

96. L'article 2 de la directive Omnibus est arrivé en bout de course du processus législatif, à la phase de trilogie. De ce fait, la directive ne contient pas de considérant relatif à cette disposition et des questions restent en suspens. La Commission européenne, consciente de ces lacunes, a donc pris l'initiative d'organiser des groupes de travail afin de guider les États membres lors de la transposition de la directive et parvenir à une certaine harmonie. Sont donc au cœur des discussions, des questions relatives aux champs d'application de l'article 2 la directive Omnibus (Paragraphe 1) mais aussi au caractère exclusif de ce prix antérieur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les difficultés liées au champ d'application de l'article 2

97. Les questions qui entourent le champ d'application de l'article 2 de la directive Omnibus concernent principalement la notion d'annonce de réduction de prix (A) mais aussi les hypothèses d'opérations promotionnelles relatives à des produits n'ayant pas de prix antérieurement pratiqué par le professionnel (B).

¹⁴⁵ Colloque inaugural de la Chaire Droit de la consommation du 11 septembre 2020 sur "La modernisation des règles de protection des consommateurs par la directive 2019/2161 dite Omnibus ».

A- Les difficultés liées à la notion d'annonce de réduction de prix

98. Le nouvel article 6 bis inséré par l'article 2 de la directive Omnibus dispose que « *toute annonce d'une réduction de prix indique le prix antérieur appliqué par le professionnel* ». La directive ne contenant pas de considérant sur ce point, la notion d'annonce de réduction de prix n'a pas été définie. Pour la DG JUST¹⁴⁶, la notion doit être entendue comme « *l'annonce par le vendeur qu'il a réduit le prix qu'il pratique par rapport aux prix qu'il avait demandé pour le même bien auparavant. Cela se fait généralement en faisant référence au nouveau prix réduit et à un prix antérieur barré et/ou à une réduction en termes de pourcentage (%) ou de montant spécifique* ».

Malgré cette proposition de définition¹⁴⁷, des interrogations demeurent au sujet du type d'opérations soumises à la nouvelle disposition (1) et notamment la pratique du prix de lancement (2).

1) Les différentes opérations concernées par la disposition

99. Différents types de réductions peuvent être pratiqués par les professionnels mais, l'article 2 de la directive Omnibus ne précisant pas son champ d'application, la question de la soumission de certaines d'entre elles à cette nouvelle exigence est incertaine. Notamment, est incertaine la question de savoir si les réductions telles que « *20% annoncé sur une gamme de produits* » ou les annonces telles que « *3 pour le prix de 2* » sont soumises à l'article 2 de la directive Omnibus. Sur ce point, la DG JUST¹⁴⁸ a simplement « *invité les délégations à soumettre leur avis et leurs commentaires sur ce sujet* ». Il appartiendra, aux États membres lors des transpositions ou à la CJUE¹⁴⁹, de trancher ces questions. Si le droit français choisit d'intégrer cette nouvelle définition du prix antérieur à l'arrêté de 2015, il semble que la définition de « *réduction de prix* » soit interprétée de manière identique à celle applicable en droit français de sorte que nombreuses opérations sont concernées par cette disposition¹⁵⁰.

¹⁴⁶ European Commission, Final Minutes, Member States' Expert Group on consumer and marketing law, 1st meeting on the Directive on better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, 2020.

¹⁴⁷ Définition n'ayant pas valeur légale à défaut d'arrêt rendu par la CJUE en ce sens.

¹⁴⁸ European Commission, Final Minutes, Member States' Expert Group on consumer and marketing law, 1st meeting on the Directive on better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, 2020.

¹⁴⁹ En effet, la CJUE dispose d'un pouvoir d'interprétation autonome des concepts, elle est compétente pour interpréter les notions abstraites du droit européen et cette interprétation s'impose au droit national.

¹⁵⁰ Sur ce point V. § 34 et suivants.

2) La question du prix de lancement

100. Un type particulier d'opération commerciale est très utilisé par les professionnels. Il s'agit pour eux de mettre sur le marché un produit nouveau à un prix inférieur par rapport au prix auquel il sera vendu ultérieurement en indiquant donc, comme prix de référence, le prix futur. Les professionnels, s'interrogent donc sur la question de savoir si ces opérations seront toujours autorisées et si elles seront soumises à la nouvelle exigence posée par la directive Omnibus.

Sur ce point, la DG JUST¹⁵¹ a été plus précise puisqu'elle a expliqué « *que l'article 6 bis de la directive prix visait les messages de marketing d'un opérateur concernant la réduction d'un prix pratiqué précédemment par cet opérateur. Techniquement parlant, les exemples mentionnés ne semblent pas concerner une « réduction » de prix mais plutôt une « augmentation » de prix. Par conséquent, de telles annonces d'augmentation de prix devraient continuer à être évaluées dans le cadre de la directive pratiques commerciales* ». En d'autres termes, pour la Commission européenne, cette opération doit être considérée comme une augmentation de prix, c'est-à-dire d'un prix de lancement réduit par rapport au prix qui sera postérieurement appliqué et non une réduction de prix par rapport à un prix futur. De ce fait, cette opération n'entre pas dans le champ d'application de la directive et n'est donc pas soumise à son exigence.

Toutefois, l'opération devra être loyale conformément à la réglementation des pratiques commerciales déloyales et notamment ne pas être trompeuse.

B- L'hypothèse de l'absence de prix antérieurement pratiqué

101. L'article 6 bis de la directive prix impose d'indiquer le prix antérieurement pratiqué par le professionnel sur une période ne pouvant être inférieure à 30 jours. La directive prévoit toutefois que pour les produits commercialisés « *depuis moins de trente jours, les États membres peuvent également prévoir une période plus courte que celle prévue au paragraphe 2* ».

¹⁵¹ European Commission, Final Minutes, Member States' Expert Group on consumer and marketing law, 1st meeting on the Directive on better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, 2020.

La réduction du prix dans les relations de consommation

Des interrogations ont émergé sur le point de savoir si cette période de 30 jours était une question relative au champ d'application ou une obligation. Autrement dit, est-ce que ne sont soumises à l'obligation d'indiquer le prix antérieur uniquement les annonces de réduction de prix relatives à un produit vendu depuis plus de 30 jours ou si cette disposition vise à interdire toutes réductions de prix sur des produits commercialisés depuis moins de 30 jours.

102. Cette question est donc déterminante pour les produits vendus depuis moins de 30 jours (1) mais aussi pour la situation particulière du déstockage (2).

1) Les produits mis en vente depuis moins de trente jours

103. Une inquiétude est née concernant la question des réductions de prix portant sur des produits vendus depuis moins de 30 jours, autrement appelés les « *biens nouveaux arrivants* ».

Sur ce point, la DG JUST¹⁵² a répondu que la nouvelle disposition « *pourrait être interprétée comme empêchant les vendeurs d'annoncer une réduction de prix avant l'expiration de la période de 30 jours* ». Cela signifierait donc que le prix antérieur n'est pas un élément du champ d'application de la directive mais bien une obligation d'avoir appliqué le prix de référence pendant une période de 30 jours. Pour autant, elle précise que « *les États membres devraient donc utiliser l'option spécifique pour les marchandises "nouvelles arrivées". Ils peuvent soit prévoir une période plus courte, soit permettre au commerçant de décider d'une période de référence différente, dont le caractère équitable continuerait alors à être évalué au cas par cas dans le cadre de la directive pratique commerciale déloyale* ».

La Commission européenne insère donc un peu de flexibilité en ajoutant une option par rapport à celles offertes par le texte, en permettant aux États membres de décider d'octroyer aux professionnels la liberté de choisir une période de référence différente. Cela pourrait donc se traduire par une période de référence correspondant à la durée d'application du prix antérieur. Cette durée ne devra toutefois pas être trompeuse et on peut légitimement imaginer que celle-ci devra être d'une durée raisonnable afin de représenter une certaine réalité économique.

¹⁵² European Commission, Final Minutes, Member States' Expert Group on consumer and marketing law, 1st meeting on the Directive on better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, 2020.

2) L'absence de prix antérieur : l'hypothèse des entreprises de déstockage

104. Il existe un modèle économique basé sur l'absence de prix antérieurement pratiqué, le modèle de l'entreprise de déstockage. Pour ces entreprises, l'idée est d'acquérir des produits et de les mettre en vente à un prix réduit, majoritairement en référence à un prix conseillé fournisseur ou un prix pratiqué par un distributeur.

105. Pour le Rapporteur du projet de loi DDADUE¹⁵³, « *les situations où il n'existe pas de prix antérieur pratiqué par le professionnel, ce qui est par exemple le cas des activités de déstockage, ne sont pas concernées par cette nouvelle réglementation, selon la lecture que votre rapporteur fait de la directive* ». Autrement dit, le rapporteur assimile le prix antérieur non pas à une obligation mais à un élément du champ d'application. Ainsi, les entreprises de déstockage, n'entreraient pas dans le champ d'application de l'article 6 bis de la directive prix et ne seraient donc pas assujetties à l'obligation d'avoir pratiqué le prix antérieur pendant une période minimale de 30 jours et donc d'afficher ce prix.

C'est cette interprétation qu'a exposée la FEVAD lors d'un « *groupe de travail prix* »¹⁵⁴ durant lequel, elle a considéré que le texte ne concerne qu'une définition du prix antérieur permettant de délimiter son champ d'application. Pour elle, si le professionnel n'a pas appliqué de prix antérieur, seule la directive de 2005 est applicable et il doit simplement indiquer un prix de référence qui ne soit pas trompeur.

106. Pour autant, on pourrait considérer que les entreprises de déstockage seront soumises à l'interprétation applicable aux produits mis en vente depuis moins de trente jours¹⁵⁵, et qu'elles seront tenues de mettre en vente les produits à un prix de référence pendant une période plus courte, prévue par le législateur français, ou par le professionnel lui-même afin de pouvoir effectuer une réduction de prix en affichant ce prix antérieur. Cette interprétation semble être la moins probable, mais reste envisageable tant que la transposition n'a pas été réalisée en droit français.

¹⁵³ L. n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

¹⁵⁴ Groupe de travail « prix », 14 janvier 2020, FEVAD.

¹⁵⁵ V. § 103.

Paragraphe 2 : L'exclusivité du prix antérieur comme prix de référence ?

107. La seconde difficulté qui anime les discussions autour de la transposition de la directive Omnibus est la question de savoir si le nouvel article 6 bis impose une exclusivité du prix antérieur comme prix de référence et interdit donc tout calcul de réduction prix par rapport à un prix de référence différent. Deux interprétations peuvent être admises :

108. On peut d'abord considérer que dès lors que l'opération promotionnelle entre dans le champ d'application, il est à minima nécessaire d'afficher le prix antérieur ou, de calculer la réduction via ce prix antérieur (si on considère que la directive instaure un prix de référence). En revanche, les opérations qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive, elles, pourront utiliser un autre prix de référence, sous réserve que celui-ci ne soit pas déloyal au sens de la directive de 2005.

Cette première interprétation a le mérite de constituer une protection certaine pour le consommateur¹⁵⁶ mais du point de vue des professionnels, elle semble sévère. En effet, sous l'empire de l'arrêté de 2008 la réglementation était souple, sous l'empire de l'arrêté de 2015 et de la directive pratiques commerciales déloyales, la réglementation l'était encore plus ; alors considérer cette acception comme exacte reviendrait à restreindre considérablement le champ des possibles pour les professionnels qui se verraient tenus de ne plus utiliser d'autres prix de référence, même tout à fait loyaux. Ce constat est d'autant plus vrai que ressort des différentes discussions des fédérations professionnelles que ceux-ci tiennent particulièrement au prix fournisseur, prix de référence qui est en pratique très utilisé.

109. À l'inverse, on peut considérer que d'autres prix de référence puissent être utilisés. Dans ce sens, la DG JUST¹⁵⁷ a considéré que « (...) les opérateurs démontrent un avantage de prix en se comparant à un autre prix de référence (par exemple, le "prix de détail recommandé"), ne seraient pas soumises à la nouvelle règle de la directive prix mais resteraient soumises aux dispositions de la directive pratique commerciale déloyale. La décision d'annoncer une réduction de leurs propres prix (conformément à la règle issue de la directive prix) ou de comparer leurs prix

¹⁵⁶ Vu les avantages certains de l'utilisation d'un prix antérieur comme prix de référence V. § 93.

¹⁵⁷ European Commission, Final Minutes, Member States' Expert Group on consumer and marketing law, 1st meeting on the Directive on better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, 2020.

La réduction du prix dans les relations de consommation

à ceux d'autres commerçants ou à des prix de détail recommandés dépend du modèle commercial des commerçants. Évidemment, ils doivent indiquer clairement aux consommateurs que leur annonce est effectivement une comparaison de prix et non une réduction de leur propre prix ». En d'autres termes, si le professionnel souhaite annoncer une réduction de prix par rapport à un prix qu'il a antérieurement pratiqué, il sera tenu de se conformer à la définition du prix antérieur posée par la directive 1998/6/CE telle que modifiée par la directive Omnibus. En revanche, s'il souhaite annoncer une réduction de prix calculée sur un prix de référence différent, il ne sera pas soumis à la directive prix mais seulement à la directive pratique commerciale déloyale et au régime applicable en droit positif¹⁵⁸.

Cette interprétation semble plus cohérente avec l'esprit du texte qui avait principalement pour vocation de lutter contre le gonflement artificiel des prix de référence antérieurs quelques jours avant le début des offres promotionnelles. Il semble légitime de considérer que la directive prix n'a pas vocation à interdire l'usage de prix de référence honnêtes incluant les prix fournisseurs ou l'usage de prix moyens pratiqués par les distributeurs d'un même circuit de distribution par exemple. Si la mention « *prix fournisseur* » est bien indiquée dans l'annonce de réduction de prix, le consommateur ne sera pas trompé et sera en mesure d'évaluer la réalité de l'économie promise.

¹⁵⁸ V. Titre 1, Chapitre 1.

Conclusion du chapitre 2

110. L'article 2 de la directive 2019/2161 modifie la directive 98/6/CE relative à l'indication des prix en insérant un nouvel article 6 bis qui prévoit une nouvelle obligation en matière d'annonce de réduction de prix. Sa transposition devrait se traduire, en droit français, par une modification de l'arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur dans le sens d'un retour à l'arrêté du 31 décembre 2008.

Plus précisément, elle devrait se traduire par un article prévoyant que pour les annonces de réduction de prix entrant dans le champ d'application de la disposition, dès lors que le professionnel souhaite calculer sa réduction de prix par rapport à un prix de référence qu'il a antérieurement pratiqué, ce prix devra être « *le prix le plus bas appliqué par le professionnel au cours d'une période qui n'est pas inférieure à trente jours avant l'application de la réduction de prix* » et ce prix devra être communiqué au consommateur. La transposition pourra aussi faire le choix d'une période prolongée pour l'établissement du prix antérieur et d'une période différente pour les biens susceptibles de se détériorer, d'expirer rapidement et les produits commercialisés depuis moins de trente jours.

Enfin, ce futur nouvel article étant fondé sur la directive 1998/6/CE, directive d'harmonisation minimale et plus spéciale que la directive 2005/29/CE, sa violation pourra être sanctionnée *per se* de sorte que, le législateur pourra prévoir une sanction en cas de violation.

Conclusion de la partie 1

111. Du point de vue de l'encadrement des réductions de prix prioritairement fondé sur la protection des consommateurs, il faut retenir que toute annonce de réduction de prix doit indiquer un prix de référence et l'annonceur doit pouvoir justifier de la réalité de ce prix de référence conformément à l'arrêté du 11 mars 2015. En tout état de cause, l'annonce de réduction de prix ne doit pas être déloyale au sens de la directive 2005/29/CE. Bientôt, les annonces de réduction de prix calculées sur la base d'un prix antérieurement pratiqué devront se conformer à la définition européenne du prix antérieur.

112. Afin d'aller plus loin dans la volonté de parvenir à des réductions de prix loyales, transparentes et ainsi renforcer le sentiment de confiance du consommateur envers son professionnel, les recommandations de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) devront être respectées. La recommandation « *publicité de prix* » impose notamment que la présentation du prix soit lisible, intelligible, claire et transparente. Elle prévoit notamment que dans l'hypothèse où un annonceur présente plusieurs prix dans la même publicité, ce qui est le cas pour l'annonce de réduction de prix qui comprend le prix réduit et le prix de référence, « *les différents prix peuvent être présentés dans une taille de caractères différente, dès lors qu'ils respectent les principes de lisibilité, d'intelligibilité, de clarté et de transparence précités. La présentation de plusieurs prix dans une publicité ne doit entraîner aucune ambiguïté pour le consommateur quant à la relation entre les prix et les produits ou services auxquels ils correspondent* »¹⁵⁹. De même, elle précise que, « *lorsqu'une publicité s'adresse à la fois à des consommateurs bénéficiant de ces offres tarifaires et à des consommateurs n'en bénéficiant pas, la présentation des différents prix s'appliquant respectivement aux personnes concernées ne doit pas être telle que le prix non-promotionnel apparaisse dans des conditions de lisibilité moindre (taille de caractères, emplacement, etc.)* ».¹⁶⁰

113. Si la réglementation consumériste des annonces de réduction de prix est dense, d'autres règles fondées principalement sur des objectifs de concurrence viennent enrichir ce régime.

¹⁵⁹ Recommandation « *publicité de prix* » point 3.1.

¹⁶⁰ Recommandation « *publicité de prix* » point 3.5.

Titre 2 : Un encadrement accessoirement fondé sur la protection des consommateurs

114. Afin, principalement, de garantir le respect du principe de libre concurrence au sein d'une économie de libre marché, le législateur est venu encadrer les pratiques ayant pour objet ou pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence. De cet encadrement résulte que certaines réductions de prix sont interdites (Chapitre 1) et d'autres encadrées (Chapitre).

Chapitre 1 : Les réductions interdites

115. Le droit de la concurrence interdit certaines réductions de prix dont le montant pourrait déséquilibrer le marché (Section 1). Du fait de la spécificité de certains produits et de leur marché, des règles spécifiques sont mises en place de sorte que, certaines réductions portant sur ces produits, sont interdites (Section 2).

Section 1 : L'interdiction de certaines réductions de prix du fait de leur montant

116. Avec pour objectif premier de parvenir à une concurrence saine et loyale, le droit de la concurrence a interdit certaines pratiques de sorte que, les réductions de prix sont prohibées lorsqu'elles sont constitutives d'une revente à perte (Paragraphe 1) ou d'une vente à prix abusivement bas (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les réductions interdites car constitutives d'une revente à perte

117. La première réduction interdite résulte de la prohibition de la revente à perte (A), interdiction dont la conformité à la directive 2005/29/CE est contestée (B).

A - Le principe de l'interdiction de la revente à perte

118. La prohibition de la revente à perte est un principe ancien en droit français. En effet, il trouve son origine aux articles 1 et 4 de la loi de finance rectificative n° 63-628 du 2 juillet 1963 puis, a été introduit par la loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 à l'article 32 de l'ordonnance du 1er décembre 1986¹⁶¹. Le principe a ensuite été codifié dans le code de commerce puis modifié par les lois n° 2005-882 du 2 août 2005, n° 2008-3 du 3 janvier 2008 et n° 2008-776 du 4 août 2008 et enfin par une ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019. Une circulaire du 8 décembre 2005 relative aux relations commerciales explicite cette réglementation. Aujourd'hui, l'article L 442-5 du code de commerce prohibe « *le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif* ».

119. Nous évoquerons le champ d'application de cette disposition (1), la détermination du seuil de revente à perte (2), les exceptions au principe de l'interdiction (3) ainsi que la sanction d'une telle revente (4).

1) Le champ d'application de l'article L 442-5

120. L'article L 442-5 vise la pratique effectuée par un commerçant « *peu importe, en revanche, le destinataire des produits* »¹⁶² qui peut être un professionnel ou un consommateur.

121. Le texte concerne la revente « *qui suppose un acte de vente préalable* »¹⁶³ ce qui exclus tous les producteurs qui ne revendent pas une marchandise précédemment achetée¹⁶⁴. En revanche, il n'est pas exigé que la revente se « *situe au stade final entre le revendeur détaillant et le consommateur* »¹⁶⁵. Sont donc concernés par le texte, les importateurs, grossistes et détaillants. Depuis la loi du 1er juillet 1996, la simple annonce de revente à perte est « *assimilée à la revente elle-même* »¹⁶⁶.

¹⁶¹ RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.905, 2019 § 19 et suivants.

¹⁶² FRISON-ROCHE (M-A.) et PAYET (M-S.), Droit de la concurrence, 1e éd.,2006, Précis, Dalloz. p. 356.

¹⁶³ FOURGOUX (J-L.), Transparence et pratiques restrictives de concurrence – Règles de fond, JCl. Concurrence – Consommation, fasc. 281, 2016 § 271 et suivants.

¹⁶⁴ RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.905, 2019 § 19 et suivants. Cass. crim., 22 nov. 2006, n° 06-83.008.

¹⁶⁵ FOURGOUX (J-L.), Transparence et pratiques restrictives de concurrence – Règles de fond, JCl. Concurrence – Consommation, fasc. 281, 2016 § 271 et suivants.

¹⁶⁶ FRISON-ROCHE (M-A.) et PAYET (M-S.), Droit de la concurrence, 1e éd.,2006, Précis, Dalloz. p. 356.

122. Le texte s'applique aux reventes de produits, ce qui exclut les services¹⁶⁷, mais seulement aux produits en l'état, « *ce qui écarte toute modification substantielle ou non portée au produit (transformation du produit brut)* »¹⁶⁸. Toutefois, « *les modifications mineures apportées aux produits ne font pas obstacle à l'application de l'article L. 442-5 du code de commerce* »¹⁶⁹. En réalité, c'est « *la plus-value apportée par la transformation ou le traitement des produits qui est déterminante* »¹⁷⁰.

123. Les réductions de prix sont donc incluses dans le champ d'application du texte puisque « *la revente à perte est constituée lorsque la réduction du prix (...) conduit à pratiquer un prix de revente inférieur au prix d'achat effectif des produits par le distributeur* »¹⁷¹.

2) La détermination du seuil de la revente à perte

124. Le prix d'achat effectif est, depuis la loi du 3 janvier 2008, défini comme « *le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport* ». La seule facture d'achat n'est donc plus suffisante, il est nécessaire de prendre en compte « *l'ensemble des autres avantages financiers* »¹⁷².

125. Ce prix d'achat effectif est « *affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. Est considérée comme indépendante toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste* »¹⁷³. Il s'agit en réalité d'un avantage accordé aux grossistes pour le calcul de leur seuil de revente à perte.

¹⁶⁷ Crim., 7 mai 2002, Bull., n°109.

¹⁶⁸ FOURGOUX (J-L.), *Transparence et pratiques restrictives de concurrence – Règles de fond*, JCl. Concurrence – Consommation, fasc. 281, 2016 § 271 et suivants.

¹⁶⁹ ARHEL (P.), *Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, Rép. com. Dalloz, 2019, § 164 et suivants.

¹⁷⁰ ARHEL (P.), *Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, Rép. com. Dalloz, 2019, § 164 et suivants.

¹⁷¹ FERRIER (N.) et FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, 9 e éd., 2020, Lexis Nexis p. 218-319.

¹⁷² FERRIER (N.) et FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, 9 e éd., 2020, Lexis Nexis p. 218-319.

¹⁷³ Article L 442-5 du code de commerce.

3) Les exceptions à l'interdiction de la revente à perte

126. L'interdiction de la revente à perte « *tend essentiellement à protéger la loyauté de la concurrence ; elle cesse donc lorsque la revente à perte est justifiée par des nécessités économiques*¹⁷⁴ »¹⁷⁵. C'est pourquoi, l'article L 442-5, II du code de commerce pose sept exceptions à l'interdiction de revente à perte :

Sont concernées les ventes « *volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale* » ce qui correspond aux hypothèses de vente en liquidation (1°), les ventes présentant un caractère saisonnier « *pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente* » (2°), les ventes de produits démodés « *qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques* » (3°), les ventes de produits présentant des « *caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat* » (4°), les ventes de produits « *alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité* » ce qui correspond à un alignement de la concurrence ¹⁷⁶ (5°), les ventes de produits périssables menacés d'altération rapide, à condition que l'offre de prix réduit ne fasse l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente (6°) et enfin les ventes de produits soldés mentionnés à l'article L. 310-3 (7°).

¹⁷⁴ « *la revente à perte est parfois autorisée au regard de deux séries de justifications (C.Com.art. L 442-5, II) : D'abord, elle permet de rétablir la concurrence entre des distributeurs qui n'ont pas la même rapidité de rotation des stocks ou les mêmes conditions d'achat. (...). Ensuite, elle concerne des produits en voie de péremption imposant leur vente rapide.(...)* ». FERRIER (N.) et FERRIER (D.), Droit de la distribution, 9 e éd., 2020, LexisNexis p. 252

¹⁷⁵ PICOD (Y.) et PICOD (N.), Droit de la consommation, 5e éd., 2020, Université, Sirey. p. 146.

¹⁷⁶ FOURGOUX (J-L.), Transparence et pratiques restrictives de concurrence – Règles de fond, JCl. Concurrence – Consommation, fasc. 281, 2016 § 271 et suivants.

4) La sanction de la revente à perte

127. Le commerçant condamné pour avoir réalisé une revente à perte ou annoncé une telle revente s'expose à une amende 75 000 euros, amende pouvant être portée à la moitié des dépenses de publicité. La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L 121-3 du code de la consommation qui prévoit la possibilité pour le juge d'instruction ou le tribunal saisi des poursuites de faire cesser la pratique commerciale trompeuse¹⁷⁷. Les personnes morales déclarées pénalement responsables de l'infraction encourent une peine d'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique.

Cette interdiction *per se* de la revente à perte anime les débats autour de la conformité du texte.

B- La conformité de l'interdiction de la revente à perte

128. L'existence d'un objectif subsidiaire de protection du consommateur ayant conduit à l'édition de l'interdiction de la revente à perte (1) fait entrer l'article L 442-5 dans le champ d'application de la directive 2005/29/CE et remet en cause sa conformité (2).

1) Une réglementation de concurrence à l'objectif subsidiaire de protection du consommateur

129. La revente à perte a pour objectif affiché la régulation de la concurrence (a) mais elle contribue, subsidiairement, à la protection de l'intérêt économique du consommateur (b).

a) L'objectif affiché de régulation de la concurrence

130. L'article L 442-5 a été inséré dans une section du code de commerce intitulée « *Des pratiques restrictives de concurrence* ». En effet, la revente à perte « *entre dans ce qu'il est convenu d'appeler les pratiques de dumping* »¹⁷⁸ et constitue un acte de concurrence déloyale qui fausse le libre jeu de la concurrence en désorganisant les marchés notamment au détriment du « *petit commerce* »¹⁷⁹.

¹⁷⁷ PICOD (Y.) et PICOD (N.), Droit de la consommation, 5e éd., 2020, Université, Sirey. p. 145.

¹⁷⁸ RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.905, 2019 § 19 et suivants.

¹⁷⁹ RETTERER (S.), Ventes réglementées, Rép. com. Dalloz, 2009, § 195 et suivants.

La réduction du prix dans les relations de consommation

En effet, la prohibition de la revente à perte a été introduite par le droit français dès 1963 afin de « *protéger les petits commerces de détail traditionnels face à la puissance croissante des supermarchés* » qui « *avaient, en effet, adopté comme méthode de vente d'attirer les clients en proposant des prix cassés, dits prix d'appel, sur certains produits de grande consommation* »¹⁸⁰, ce que les petits commerçants ne sont pas en mesure d'adopter puisqu'ils ne disposent pas d'un grand nombre d'articles permettant de compenser les pertes sur les ventes de produits à prix cassés.

Pour les Professeurs Ferrier, cette réglementation a pour conséquence d'une part, la protection des distributeurs concurrents puisque des grands distributeurs pourraient utiliser la revente à perte afin de revendre « *des produits notoires ou achetés de manière récurrente par les consommateurs (pain, lessive...), au prix le plus bas possible pour suggérer que le point de vente offre globalement des prix plus intéressants que ceux de ses concurrents* »¹⁸¹ et d'autre part, la protection des fournisseurs, car vendre à un prix trop bas dévaloriserait les marques fournisseurs.

C'est donc dans un objectif de régulation de la concurrence que cette prohibition a été introduite en droit français.

b) L'objectif subsidiaire de protection de l'intérêt économique du consommateur

131. Si l'objectif affiché de régulation de la concurrence est certain, celui de la protection de l'intérêt économique des consommateurs semble aussi évident puisque la régulation de la concurrence influe sur l'intérêt des consommateurs.

En effet, la revente à perte désorganise la concurrence sur le marché et pourrait, à terme, la faire complètement disparaître ; de ce fait, « *les prix pourraient rebondir au détriment du consommateur* »¹⁸² de sorte que son interdiction leur est bénéfique. De plus, l'interdiction protège contre la pratique du prix d'appel, pratique aussi préjudiciable pour les concurrents que pour les consommateurs qui vont être amenés à consommer davantage ce qui peut être contraire à leur intérêt économique. Enfin, la modification de l'article L 442-5 par la loi Chatel du 3 janvier 2008 intitulée « *pour le développement de la concurrence au service des consommateurs* » consolide

¹⁸⁰ Assemblée nationale, rapport d'information N°2072 sur l'évolution de la distribution, archive de la XI^e législature, p. 12.

¹⁸¹ FERRIER (N.) et FERRIER (D.), Droit de la distribution, 9^e éd., 2020, LexisNexis p. 252.

¹⁸² PICOD (Y.) et PICOD (N.), Droit de la consommation, 5^e éd., 2020, Université, Sirey, p. 145.

d'avantage cette thèse. D'ailleurs, la Cour de cassation¹⁸³ a considéré que la revente à perte porte atteinte à l'intérêt général de tous les consommateurs, de sorte que son interdiction leur est favorable¹⁸⁴.

132. Admettre cet objectif subsidiaire de protection de l'intérêt économique du consommateur permet de remettre en cause cette interdiction au motif de sa non-conformité au droit européen.

2) La remise en cause de la conformité du texte

133. La remise en cause de la conformité de la revente à perte résulte de l'harmonisation maximale de la directive 2005/29/CE (a) mais celle-ci reste incertaine au vu de la jurisprudence clivante (b).

a) Les conséquences de l'harmonisation maximale de la directive 2005/29/CE

134. La directive 2005/29/CE est une directive d'harmonisation maximale et son annexe I liste de manière limitative et exclusive les pratiques commerciales pouvant être interdites *per se*, car présumées irréfragablement déloyales. La CJUE, dans l'arrêt précité du 23 avril 2009, VTB-VAB, C-261/07 et C-299/07, en a fait découler une double obligation pour les États membres qui doivent « *positivement, prévoir dans leur droit l'interdiction automatique de ces pratiques, et, négativement, se limiter à cette liste sans en rajouter d'autres* ». Pour autant, l'obligation négative ne pèse sur les États membres que tant que l'interdiction en cause entre dans le champ d'application de la directive 2005/29/CE.

135. Le champ d'application de la directive recouvre toutes « *les dispositions législatives relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs* »¹⁸⁵. Son considérant n° 6 dispose qu'elle « *ne couvre ni n'affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels* ».

¹⁸³ Crim. 10 oct. 1996, n° 95-80.226.

¹⁸⁴ AMBROISE-CASTÉROT (C.), la consommation pénale .Rép. pén. Dalloz, 2019, § 240 et suivants.

¹⁸⁵ Article 1 de la directive 2005/29/CE.

Une législation ne visant qu'une pratique destinée exclusivement aux professionnels est exclue du champ d'application de la directive, en revanche, elle y entre dès lors qu'elle régleme une pratique destinée à des consommateurs, peu importe qu'elle soit destinée à d'autres catégories de clients. La jurisprudence de la CJUE¹⁸⁶ a interprété de façon large l'exigence d'une législation ayant pour objectif la protection de l'intérêt économique du consommateur en considérant qu'entrent dans le champ d'application de la directive, toutes législations ayant cet objectif, même de façon accessoire. À contrario, si l'interdiction ne poursuivait en rien la protection des consommateurs, elle ne serait pas soumise à la directive.

136. Comme, nous l'avons vu, la revente à perte est, en droit français, interdite *per se*, sans démonstration au cas par cas de son caractère déloyal. Or, la revente à perte ne fait pas partie des pratiques réputées déloyales par l'annexe I de la directive. La question de son intégration dans le champ d'application de la directive 2005/29/CE est discutée de sorte que sa conformité reste encore incertaine.

b) L'incertitude quant à la conformité de l'interdiction de la revente à perte

137. Le débat relatif à la conformité de l'interdiction de la revente à perte résulte d'un arrêt Euronics Belgium C-343/12,¹⁸⁷ à l'occasion duquel la CJUE a conclu à la non-conformité de la loi belge « *qui prévoit une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte, pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs* ». Si cette précision résulte du fait qu'« *une telle interprétation revient théoriquement aux autorités et juridictions nationales* »¹⁸⁸, la CJUE « *s'autorise de plus en plus d'immixtions pour tirer elle-même les conséquences d'éléments qu'elle relève dans la législation et la pratique nationales* ». Dans une décision Europamur Alimentacion, elle a prononcé la non-conformité d'une loi espagnole interdisant la revente à perte en considérant qu'il ressortait de l'exposé des motifs de la loi, qu'elle visait à protéger les consommateurs et ce, alors même qu'en l'espèce, la revente concernait des professionnels¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Notamment CJUE, gde chbre, 9 nov. 2010, aff. C-540/08, Mediaprint Zeitungs.

¹⁸⁷ CJUE, 7 mars 2013, aff. C-343/12, Euronics Belgium.

¹⁸⁸ SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRUNAUUX (G.) et USUNIER (L.), Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018. § 316.

¹⁸⁹ CJUE, 19 oct. 2017, aff. C-295/16, Europamur Alimentacion : La Cour justifie sa compétence en considérant que l'Espagne, dans sa transposition, a étendu le champ d'application de la directive à sa législation sur la revente à perte et que cette législation s'applique aux professionnels.

138. S'agissant de la réglementation française, il est évident qu'elle poursuit, de la même manière que la loi espagnole, un objectif accessoire de protection du consommateur. Pour autant, les juges français refusent de constater sa non-conformité :

Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai¹⁹⁰, les juges ont considéré que l'article L 442-2 du code de commerce n'était pas contraire à la directive 2005/29/CE puisqu'il a « *pour finalité la protection des opérateurs économiques* » et non des consommateurs et, qu'à ce titre, elle échappe à son champ d'application.

Dans un arrêt rendu par la chambre commerciale¹⁹¹, elle a admis que notre législation poursuivait un objectif subsidiaire de protection des consommateurs en précisant que « *cet article vise à protéger les intérêts des entreprises et depuis janvier 2008, par le biais de la loi Chatel, la protection des consommateurs* ». Pourtant, elle considère que le litige porte sur des pratiques commerciales entre une centrale d'achats et des détaillants, soit des transactions entre professionnels et qu'à ce titre, elles ne relèvent pas du champ d'application de la directive. De la même manière, la chambre criminelle¹⁹² a considéré que « *la directive 2005/29/CE (...), telle qu'interprétée par la CJUE (arrêt du 19 octobre 2017, Europamur Alimentacion SA, C-295/16, paragraphe 28) ne trouve à s'appliquer qu'aux pratiques qui portent directement atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et, ainsi, ne s'applique pas aux transactions entre professionnels* ». La Cour de cassation refuse donc de conclure à la non-conformité de notre législation aux motifs que dans les affaires ayant donné lieu à ce moyen, les pratiques de revente à perte avaient lieu entre professionnels. Cette solution est contestable, d'une part au regard de la décision de la CJUE relative à la loi espagnole et d'autre part, car le considérant 6 de la directive précise que celle-ci n'affecte pas « *les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels* », or notre législation poursuit un objectif subsidiaire de protection de l'intérêt économique du consommateur et elle ne concerne pas exclusivement les transactions entre professionnels puisqu'elle trouve à s'appliquer aux relations B to C. Certes, la directive n'est pas applicable aux reventes entre professionnels mais cela ne préjuge en rien de la conformité de notre législation, tout du moins, dans son applicabilité aux reventes entre un professionnel et un consommateur.

¹⁹⁰ CA, Douai, 31 mars 2016 n°15-02238.

¹⁹¹ Cass, Com., 22 nov. 2017, n°16-18028.

¹⁹² Crim. 16 janv. 2018, n° 16-83.457.

139. Si, au vu de la jurisprudence de la CJUE, la non-conformité de notre législation semble certaine, les juges français semblent, pour l'heure, refuser de l'admettre, tout du moins temps que les litiges soulevant cette question portent sur une revente entre professionnels.

Paragraphe 2 : Les réductions interdites car constitutives d'une vente à prix abusivement bas

140. Introduite par la loi du 1^{er} juillet 1996 à l'article 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, afin de protéger les petits commerçants des pratiques des industriels et de la grande distribution, l'interdiction de vente à prix abusivement bas dits « *prédateurs* » est aujourd'hui inscrite à l'article L 420-5 du code de commerce. Cette pratique, comme la revente à perte, a pour conséquence de « *déstabiliser les marchés* »¹⁹³ ce qui, indirectement, nuit aux consommateurs. Sont ainsi prohibées « *les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs, abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché, une entreprise ou d'un de ses produits* ».

141. Comme nous l'avons vu, le champ d'application de la revente à perte ne permet pas de sanctionner les prix anormalement bas pratiqués par les distributeurs sur les marchandises qu'ils fabriquent ou transforment eux-mêmes¹⁹⁴ ce que permet donc l'article L 420-5 du code de commerce puisqu'il s'applique à toutes les ventes directes aux consommateurs, peu importe la qualité du vendeur. De même, contrairement à la revente à perte, les prestations de services sont concernées par le texte¹⁹⁵. Enfin, le texte n'est pas applicable en cas de vente en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels et des vidéogrammes destinés à l'usage privé du public. Ce texte est donc applicable à toutes réductions de prix effectuées par un vendeur, directement auprès des consommateurs.

¹⁹³ ARHEL (P.), *Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, Rép. com. Dalloz, 2019, § 189 et suivants.

¹⁹⁴ ARHEL (P.), *Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, Rép. com. Dalloz, 2019, § 189 et suivants.

¹⁹⁵ Cons. conc., n° 96-D-01, 27 nov. 1996 : BOCC 8 janv. 1997.

142. Afin de dessiner les contours du régime de cette interdiction, nous évoquerons les éléments constitutifs de cette interdiction (A) ainsi que sa sanction (B).

A- Les éléments constitutifs de la vente à prix abusivement bas

143. Afin de qualifier une vente à prix abusivement bas, deux conditions sont exigées : d'une part, il est nécessaire de caractériser un prix abusivement bas (1) et d'autre part, une éviction du marché (2).

1) Un prix abusivement bas

144. Afin de qualifier une vente à prix abusivement bas, il est en premier lieu nécessaire de caractériser un prix abusivement bas. Celui-ci, en application de la théorie des prix prédateurs¹⁹⁶, est défini comme un prix « *inférieur à la moyenne des coûts variables ou à la moyenne des coûts totaux (coûts fixes et coûts variables)* »¹⁹⁷.

Pour calculer ce prix, il est nécessaire de prendre en compte les « *coût de production, de transformation et de commercialisation* ». Le coût de production « *couvre le prix d'achat des produits ou des matières premières qui vont être transformés* »¹⁹⁸. Son évaluation « *implique l'étude de la comptabilité analytique des entreprises* ». Le coût de commercialisation quant à lui implique la prise en compte des frais de personnel, d'entretien, de stockage, les frais généraux, l'amortissement du lieu de vente et des moyens de mise sur le marché ainsi que le coût logistique de la vente du produit ou de la prestation de service¹⁹⁹.

Une réduction de prix sera donc qualifiée de vente à prix abusivement bas si le prix réduit annoncé est « *inférieur aux coûts moyens variables ou totaux* »²⁰⁰.

¹⁹⁶ CJCE 3 juill. 1991, aff. C-62/86, Akzo Chemie, Rec. I. 3359.

¹⁹⁷ RETTERER (S.), *Ventes réglementées*, Rép. com. Dalloz, 2009, § 204 et suivants.

¹⁹⁸ Assemblée nationale, rapport d'information N°2072 sur l'évolution de la distribution, archive de la XI^e législature, p. 12 et suivants.

¹⁹⁹ JO.débats AN, 21 mars 1996, p. 1969.

²⁰⁰ RETTERER (S.), *Ventes réglementées*, Rép. com. Dalloz, 2009, § 204 et suivants.

2) Un effet d'éviction du marché

145. L'article L 420-5 du code de commerce exige que la vente à prix abusivement bas ait pour objet ou pour effet « *d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché, une entreprise ou d'un de ses produits* ». Cette seconde condition correspond à la situation où l'entreprise se trouve « *en position de force, sans pour autant être en position dominante* »²⁰¹ et lorsque le prix abusivement bas contribue « *à sa stratégie d'éviction, faussant ainsi le jeu de la concurrence* »²⁰². Selon le Conseil de la concurrence²⁰³, cette condition est présumée lorsque l'entreprise vend son produit à un prix inférieur aux coûts moyens variables. En revanche, elle ne l'est pas lorsque l'entreprise vend son produit à un prix inférieur à la moyenne des coûts totaux²⁰⁴.

La réduction de prix aura donc un effet d'éviction du marché s'il est démontré son caractère « prédateur »²⁰⁵.

B- La sanction de la vente à prix abusivement bas

146. Contrairement à la revente à perte, cette interdiction n'est pas assortie d'une sanction pénale. En revanche, l'Autorité de la concurrence et la DGCCRF sont compétentes pour sanctionner cette pratique en vertu des articles L 462-5 et L 464-9 du code de commerce. L'auteur d'une telle pratique s'expose donc à des sanctions pécuniaires lourdes.

147. Bien que la vente à prix abusivement bas ne soit sanctionnée que si elle « *fausse le jeu de la concurrence* »²⁰⁶, cette condition n'étant pas celle d'une pratique déloyale, on peut considérer qu'il s'agit d'une pratique interdite *per se* de sorte qu'à l'instar de la revente à perte, sa conformité à la directive 2005/29/CE puisse être contestée.

²⁰¹ RETTERER (S.), *Ventes réglementées*, Rép. com. Dalloz, 2009, § 204 et suivants.

²⁰² Cons. conc. n° 02-D-66 du 6 nov. 2002, Syndicat français des assureurs conseils, BOCCRF 28 févr. 2003, CCC 2003, comm. 74.

²⁰³ Cons. conc. n° 04-D-10 du 1^{er} avr. 2004, Cinévog, D. 2004, AJ 1235.

²⁰⁴ Cons. conc. n° 02-D-66 du 6 nov. 2002, Syndicat français des assureurs conseils, BOCCRF 28 févr. 2003, CCC 2003, comm. 74.

²⁰⁵ Assemblée nationale, rapport d'information N°2072 sur l'évolution de la distribution, archive de la XI^e législature, p. 12 et suivants.

²⁰⁶ RETTERER (S.), *Ventes réglementées*, Rép. com. Dalloz, 2009, § 204 et suivants.

Section 2 : L'interdiction de certaines réductions de prix du fait de la spécificité des produits concernés

148. Si le droit de la concurrence a pour objectif premier la régulation du marché, il doit, pour être efficace, s'adapter à la spécificité de certains secteurs d'activité qui nécessitent un encadrement adéquat. C'est pourquoi, un régime particulier a été mis en place pour les réductions de prix portant sur des produits agricoles ou alimentaires (Paragraphe 1) ou sur des livres (Paragraphe 2).

Ces réglementations spécifiques, en plus de favoriser le maintien d'une concurrence saine et loyale, laquelle va nécessairement avoir un impact sur les intérêts économiques des consommateurs, ont pour finalités, entre autres²⁰⁷, le soutien du secteur agricole en permettant une meilleure rémunération des agriculteurs et de l'édition d'ouvrages, deux secteurs fragiles et touchés par les difficultés économiques.

Paragraphe 1 : L'interdiction de certaines réductions de prix portant sur des produits agricoles et alimentaires

149. Afin de prendre en compte les spécificités des produits concernés, les règles générales du droit de la concurrence ont été adaptées (A) et un régime spécifique aux réductions de prix portant sur des produits agricoles et alimentaires a été mis en place (B).

A- L'adaptation d'interdictions générales aux produits agricoles et alimentaires

150. L'interdiction de la revente à perte (1) et de la vente à prix abusivement bas (2) a été adaptée pour les produits agricoles et alimentaires.

1) L'adaptation de l'interdiction de la revente à perte aux produits agricoles et alimentaires

151. Comme toutes les reventes, les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie revendus en l'état aux consommateurs sont soumis à l'interdiction de la revente à perte visée à l'article L 442-5 du code de commerce.

²⁰⁷ Plusieurs raisons politique, culturelle, économique ou de santé sont aussi à l'origine de ces réglementations.

Mais, pour ces produits, le prix d'achat effectif a été affecté d'un coefficient de 1,10. En effet, un relèvement du seuil de revente à perte de 10% a été instauré pour les denrées et certains produits alimentaires par l'ordonnance n° 2018-1128 du 12 décembre 2018²⁰⁸, prise en application de l'article 15 de la loi Égalim du 30 octobre 2018²⁰⁹. Les réductions de prix portant sur ces produits doivent donc être encore moins importantes que celles portant sur d'autres produits du fait de la spécificité légale de leur prix d'achat effectif.

152. Si l'objectif de ce relèvement était de régler le problème du revenu des agriculteurs, pour le Professeur Delpech²¹⁰, il n'a eu qu'un « *effet pervers* » puisque « *l'inflation pour le consommateur ne se retrouve pas dans la rémunération des agriculteurs* ». En effet, ce sont les produits des grandes marques qui se sont trouvés revalorisés et « *compte tenu de leur compétitivité retrouvée, les marques de distributeurs regagnent des parts de marché mais font l'objet d'une nouvelle guerre de prix, déstabilisant ainsi les petites entreprises et les coopératives agricoles qui les produisent. Ce sont surtout les PME qui vendent des produits saisonniers qui sont les plus en danger à défaut de soutien de leurs ventes par des promotions. Certaines accuseraient même un recul des ventes de plus de 50 % depuis janvier* ». En outre, un rapport parlementaire²¹¹ alerte sur l'effet inflationniste de cette disposition. On peut y constater une inflation de + 0,3 % en grandes surfaces et l'absence de conséquence positive sur les tarifs accordés par les distributeurs aux industriels (- 0,4 %) ²¹².

2) L'adaptation de l'interdiction de la vente à prix abusivement bas aux produits agricoles ou alimentaires

153. Les produits agricoles ou les denrées alimentaires ne doivent pas être vendus à un prix abusivement bas conformément à l'article L 420-5 du code de commerce mais, pour ces produits, une spécificité a été prévue par le législateur.

²⁰⁸ Ordonnance n° 2018-1128 du 12 décembre 2018 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires. Cette ordonnance a été abrogée mais ses dispositions ont été reprises à l'identique par l'article 15 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 afin de prolonger leur application jusqu'au 15 avril 2023.

²⁰⁹ L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, loi du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable, et accessible à tous.

²¹⁰ DELPECH (X.), Le sénat propose de corriger les effets pervers de la loi EGalim, AJ contrat 2019. 456.

²¹¹ Assemblée nationale, rapport n° 89, 2019-2020, Loi Egalim, un an après : le compte n'y est pas !, 30 oct. 2019.

²¹² DEBAILLEUL (A.), L'encadrement des promotions et le relèvement du SRP reconduits jusqu'en 2023, Lefebvre Dalloz, 2020.

Issue de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003, l'ordonnance n° 2019-358 du 24 avril 2019, prise sur habilitation de la loi Égalim²¹³, a renforcé la lutte contre les prix abusivement bas dans les contrats portant sur des produits agricoles ou alimentaires. Le nouvel article L 442-7 du code de commerce²¹⁴ prévoit qu'« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait pour un acheteur de produits agricoles ou de denrées alimentaires de faire pratiquer par son fournisseur un prix de cession abusivement bas ». Ce texte est applicable à tous contrats de vente conclus entre un acheteur et un fournisseur et ayant pour objet des produits agricoles et denrées alimentaires. Le texte peut donc s'appliquer à une réduction de prix effectuée à des consommateurs, celle-ci ne devant pas conduire à un prix réduit abusivement bas.

154. L'objectif de cette interdiction est « de faire en sorte que le producteur ait une activité profitable, en sanctionnant ceux qui veulent lui acheter sa production à un prix qui ne couvre pas ses coûts de production »²¹⁵. Cette prohibition spécifique des ventes à prix abusivement bas dans le domaine agricole résulte du fait que l'agriculteur est particulièrement vulnérable dans la mesure où, celui-ci est victime de la « volatilité du cours des matières premières, de la puissance d'achat détenue par les distributeurs ou encore la concurrence exercée par des pays qui subissent un niveau de pression fiscale moindre »²¹⁶.

155. Conformément à loi d'habilitation, le législateur a abandonné l'ancienne exigence d'une « crise conjoncturelle » ou d'une « forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles ». Ne persiste que l'exigence d'un prix abusivement bas. Afin de caractériser un tel prix, le juge devra « tenir compte notamment des indicateurs de coûts de production mentionnés aux articles L. 631-24, L. 631-24-1, L. 631-24-3 et L. 632-2-1 du code rural et de la pêche maritime ou, le cas échéant, de tous autres indicateurs disponibles dont ceux établis par l'Observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires mentionné à l'article L. 682-1 du même code ».

²¹³ L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, loi du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable, et accessible à tous.

²¹⁴ Ancien article L 442-9 du code de commerce.

²¹⁵ CHONÉ-GRIMALDI (A-S.), L'interdiction des prix abusivement bas, JCP E, n° 29, 2019, 1364.

²¹⁶ CHONÉ-GRIMALDI (A-S.), L'interdiction des prix abusivement bas, JCP E, n° 29, 2019, 1364.

La réduction du prix dans les relations de consommation

156. Pour les réductions de prix portant sur des produits agricoles ou des denrées alimentaires conduisant à une vente à prix abusivement bas, une sanction particulière a été ajoutée par le législateur. L'agriculteur pourra engager la responsabilité civile de ses acheteurs s'ils lui demandent la vente de produits agricoles ou de denrées alimentaires à des prix abusivement bas, même en l'absence de situation de crise conjoncturelle ou d'une forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles.

B- L'encadrement des réductions de prix portant sur des produits alimentaires et certaines denrées

157. La vente promotionnelle des produits alimentaires est soumise à la réglementation relative à la présentation de la réduction de prix portant sur des produits périssables (1) ainsi qu'à l'encadrement du montant de la réduction portant sur une denrée alimentaire ou un produit destiné à l'alimentation des animaux de compagnie (2).

1) La présentation de la réduction de prix portant sur des produits périssables

158. L'article L 443-1 du code de commerce dispose notamment que « *toute publicité à destination du consommateur, diffusée sur tout support ou visible de l'extérieur du lieu de vente, mentionnant une réduction de prix ou un prix promotionnel sur les produits alimentaires périssables précise par l'annonceur. La mention relative à l'origine est inscrite en caractères d'une taille égale à celle de la mention du prix. (...)* ».

En d'autres termes, toute annonce de réduction de prix, à destination des consommateurs, portant sur des produits alimentaires périssables, ne mentionnant pas la nature et l'origine des produits offerts et la période pendant laquelle est maintenue l'offre proposée par l'annonceur est sanctionnée par une amende de 15 000 €.

159. Cette réglementation revient donc à une interdiction *per se* des réductions de prix dénuées de telles indications. Or, puisque ce texte vise les annonces de réduction de prix à destination des consommateurs, il est clair que la protection de l'intérêt économique du consommateur est recherchée. En effet, l'obligation d'information imposée lui permet de faire un choix en connaissance de cause puisque l'origine et la nature du produit permet d'exercer une comparaison des offres en toute transparence et ce d'autant plus, que l'origine d'un produit alimentaire influe de plus en plus sur le choix des consommateurs considérant les conséquences éthiques et environnementales de cette information. Aussi, l'exigence de la durée de l'offre reprend l'ancienne exigence de l'arrêté de 2008 et permet de lutter contre l'induction en erreur commise par un annonceur qui n'indiquerait pas aux consommateurs que la réduction n'est pas encore ou n'est plus proposée. Toutes ces constatations tendent vers la non-conformité de cette disposition à la directive 2005/29/CE²¹⁷.

2) L'encadrement du montant de la réduction portant sur une denrée alimentaire ou un produit destiné à l'alimentation des animaux de compagnie

160. Afin de pallier aux problématiques de rémunération des agriculteurs, l'article 3 de l'ordonnance n° 2018-1128 du 12 décembre 2018²¹⁸ prise en application de la loi Egalim²¹⁹, a encadré notamment en valeur²²⁰, les promotions des ventes pour les denrées destinées à l'alimentation humaine ou à celle des animaux de compagnie. Depuis le 1er janvier 2019, les réductions de prix portant sur ces produits ne peuvent être supérieures à « 34% du prix de vente au consommateur ou à une augmentation de la quantité vendue équivalente ».

À défaut, le professionnel encourt une amende maximale de 75 000 € pour une personne physique et de 375 000 € pour une personne morale. Ce montant peut être porté à la moitié des dépenses de publicité effectuées au titre de l'avantage promotionnel. Ce montant peut être doublé en cas de réitération dans les deux ans à compter de la première décision de sanction.

²¹⁷ Comme nous l'avons vu, la protection de l'intérêt économique du consommateur est une condition d'entrée de la disposition dans le champ d'application de la directive 2005/29/CE qui interdit toute interdiction *per se* d'une pratique commerciale au delà de la liste de l'annexe I de la directive.

²¹⁸ Ordonnance abrogée mais dont les dispositions ont été reprises à l'identique par l'article 15 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 afin de prolonger l'application de ces dispositions jusqu'aux 15 avril 2023.

²¹⁹ L. n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'Équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous (dite loi « Egalim »).

²²⁰ Elle encadre aussi en volume ce type de réduction, mais l'encadrement en volume ne concernant pas la réduction du prix à proprement parlé, nous ne traiterons pas cette disposition.

161. Ici encore, la conformité de ce texte à la directive 2005/29/CE peut être discutée. Ce texte a certes pour objectif principal de préserver la valeur des produits agricoles et donc la rémunération des agriculteurs mais il tend aussi à assainir le marché en préservant sa loyauté ce qui va nécessairement avoir des répercussions sur les consommateurs.

Paragraphe 2 : L'interdiction de certaines réductions de prix portant sur des livres

162. Afin de « protéger le commerce des librairies contre la concurrence des grandes surfaces de distribution »²²¹, la loi du 81-766 du 10 août 1981 sur le prix unique du livre, encadre les réductions de prix sur les livres puisque celles-ci ne peuvent être supérieures à 5 %. En effet, l'article 1er de cette loi dispose que « les détaillants doivent pratiquer un prix effectif de vente au public compris entre 95 % et 100 % du prix fixé par l'éditeur ou l'importateur ». Par exemple, « la remise à tout acheteur, par une entreprise de vente de livres par correspondance, de points cadeaux permettant d'obtenir des ouvrages, publiés depuis moins de 9 mois, à prix réduits, constitue une réduction de prix illicite »²²². En revanche, le Conseil d'État a considéré que cette interdiction n'est pas applicable pour les livres importés, qu'ils aient été édités dans un État membre ou non²²³ ce que la loi n°93-1420 du 31 décembre 1993 est venue préciser.

163. La loi du n° 2014-779 du 8 juillet 2014 est venue modifier l'article 1er de la loi du 10 août 1981 qui précise désormais que « lorsque le livre est expédié à l'acheteur et n'est pas retiré dans un commerce de vente au détail de livres, le prix de vente est celui fixé par l'éditeur ou l'importateur. Le détaillant peut pratiquer une décote à hauteur de 5 % de ce prix sur le tarif du service de livraison qu'il établit, sans pouvoir offrir ce service à titre gratuit ». Le législateur a mis fin à une hésitation jurisprudentielle²²⁴ relative à une pratique consistant à accorder aux consommateurs la gratuité des frais de port afin de contourner la réglementation. Pour autant, les professionnels du e-commerce restent tentés de contourner la règle en affichant des prix de livraison de 1 centime d'euro ou en offrant des abonnements permettant les livraisons gratuites.

²²¹ RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.905, 2019 § 71.

²²² Cass. com., 13 mars 2001, n° 00-16.759 ; Contrats, conc. consom. 2001, comm. 152, note G. Raymond.

²²³ CE, 1re et 4e ss-sect., 22 nov. 1991, n° 68121 et 68218. – CE, 1re et 4e ss-sect., 22 nov. 1991, n° 70-946.

²²⁴ Notamment : CA Paris, 5e ch., 23 mai 2007, France Telecom, Wanadoo E. Merchant c/ Syndicat de La Librairie Française, TGI Versailles, 11 déc. 2007, Syndicat de La Librairie Française c/amazon.fr, Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-16.381, FS-P+B+I, Sté France Télécom E-commerce c/ Syndicat de La Librairie.

Conclusion du chapitre 1

164. En somme, les réductions de prix ne doivent pas aboutir à une revente à perte de sorte que le prix réduit ne doit pas être inférieur au prix d'achat effectif tel que défini par le code de commerce. De plus, la réduction de prix ne doit pas aboutir à une vente à prix abusivement bas de sorte que le prix réduit ne doit pas être « *inférieur à la moyenne des coûts variables ou à la moyenne des coûts totaux* » et conduire à une éviction du marché

165. De manière plus spécifique, les réductions portant sur des produits agricoles et alimentaires doivent prendre en compte le relèvement du seuil de revente à perte de 10% ainsi que la sanction civile spécifique encourue en cas de vente à prix abusivement bas. Aussi, elles doivent contenir une indication relative à la nature des produits offerts, à leur origine et la période pendant laquelle est maintenue l'offre proposée. Enfin, la réduction ne peut être supérieure à « *34% du prix de vente au consommateur ou à une augmentation de la quantité vendue équivalente* ». Les réductions de prix relatives à des livres quant à elles, ne peuvent être supérieures à 5 % et la gratuité des frais de port ne peut être utilisée afin de contourner cette interdiction.

166. Ces interdictions, bien qu'étant toutes prioritairement fondées sur des considérations de concurrence ou de préservation d'un secteur d'activité, ont une finalité accessoire de protection des intérêts économiques du consommateur. Leur conformité à la directive 2005/29/CE est pour l'une d'entre elles discutée, et pour les autres discutables, de sorte que la réglementation relative aux pratiques commerciales déloyales pourrait remettre en cause toutes ces interdictions en ne laissant persister qu'un principe de liberté, qui ne peut être renversé que par la preuve de la déloyauté de la réduction.

Chapitre 2 : Les réductions encadrées

167. Depuis plus d'un siècle, le droit français encadre les réductions de prix pratiquées à l'occasion des ventes en liquidation et des ventes en solde (Section 1). Plus récemment, afin de prendre en compte les évolutions de la pratique, le législateur a encadré les opérations promotionnelles coordonnées à l'échelle nationale (Section 2).

Section 1 : L'encadrement des réductions effectuées dans le cadre de ventes réglementées

168. Les ventes en liquidation et les soldes sont des ventes réglementées par le code de commerce. Puisqu'elles permettent de se soustraire de l'interdiction de la revente à perte, elles ne sont permises que dans le cadre d'un encadrement précis (Paragraphe 1), encadrement dont la conformité à la directive 2005/29/CE peut être remise en cause (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'encadrement des ventes en liquidation et des ventes en solde

169. Certaines ventes sont réglementées par le code de commerce de sorte que les réductions effectuées à ces occasions devront se conformer aux régimes de la vente en liquidation (A) et des soldes (B) issus d'une loi du 30 décembre 1906 et d'un décret n° 62-1463 du 26 novembre 1962²²⁵.

A- L'encadrement de la vente en liquidation

170. L'article L 310-1 du code de commerce encadre les réductions de prix effectuées à l'occasion d'une vente en liquidation. Les ventes en liquidation sont définies comme « *les ventes accompagnées ou précédées de publicité et annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de la totalité ou d'une partie des marchandises d'un établissement commercial à la suite d'une décision, quelle qu'en soit la cause, de cessation, de suspension saisonnière ou de changement d'activité, ou de modification substantielle des conditions d'exploitation* ».

²²⁵ Leur régime a ensuite été modifié par la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996, intégré dans le code de commerce par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 et réformé par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 et enfin la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019.

171. Des conditions sont nécessaires pour qualifier une vente de liquidation (1). Une fois qualifiée, la vente en liquidation est soumise à un encadrement particulier (2).

1) La qualification de vente en liquidation

172. Pour qu'une vente soit qualifiée de vente en liquidation, quatre conditions sont nécessaires. D'une part, l'existence d'une publicité qui peut se faire par tout support, sans toutefois que le terme « *liquidation* » ne soit pas exigé. D'autre part, l'existence d'une réduction, qui est « *aujourd'hui un élément constitutif des ventes en liquidation* »²²⁶. Ensuite, la volonté d'un écoulement rapide des marchandises. Enfin, que cet écoulement rapide de la marchandise soit motivé par la décision du commerçant de mettre fin à son activité ou de la modifier.

2) L'encadrement des ventes en liquidation

173. Les réductions effectuées lors d'une vente en liquidation sont soumises à un encadrement particulier²²⁷ :

D'une part, le commerçant souhaitant procéder à une vente en liquidation devra transmettre au maire de la commune dont relève le lieu de la liquidation, une déclaration préalable²²⁸ comportant la cause et la durée de la liquidation, celle-ci ne pouvant excéder deux mois. Le maire délivre un récépissé de déclaration de la vente en liquidation dans un délai maximum de 15 jours à compter de la réception du dossier complet. Aucune vente en liquidation ne peut intervenir tant que le récépissé de déclaration n'a pas été délivré par le maire. (R 310-3 du code de commerce).

D'autre part, il devra accompagner cette déclaration d'un inventaire détaillé relatif aux marchandises à liquider. L'exhaustivité de cet inventaire est d'une importance majeure puisque le commerçant ne pourra proposer à la vente d'autres marchandises que celles répertoriées et ce pendant toute la durée de la liquidation.

²²⁶ PICOD (Y.) et PICOD (N.), Droit de la consommation, 5e éd., 2020, Université, Sirey. p. 148 et suivants.

²²⁷ Pour un développement plus exhaustif du régime : RETTERER (S.), Ventes réglementées, Rép. com. Dalloz, 2009.

²²⁸ Autrefois, une autorisation était nécessaire mais depuis l'ordonnance du 25 mars 2004, la simple déclaration est suffisante.

174. La vente en liquidation effectuée sans déclaration préalable ou en manquement à l'article L 310-1 est punie d'une amende de 15 000 euros²²⁹. En outre, des peines complémentaires d'affichage ou de diffusion de la décision peuvent être prononcées²³⁰. Les personnes morales peuvent être déclarées responsables, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, des infractions énumérées à l'article L 310-6 du code de commerce. Enfin, l'article L 132-24 du code de la consommation punit d'une amende administrative, de 15 000 euros pour une personne physique et 75 000 euros pour une personne morale, le fait pour tout annonceur de diffuser ou faire diffuser une publicité sur une opération commerciale soumise à déclaration au titre de l'article L 310-1 du code de commerce et qui n'a pas fait l'objet de cette déclaration²³¹.

B- L'encadrement des ventes en solde

175. De la même manière, le code de commerce encadre les réductions de prix pratiquées à l'occasion des soldes. Les soldes sont définies par l'article L 310-3 du code de commerce comme « *les ventes qui sont accompagnées ou précédées de publicité et sont annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises en stock* ». Des conditions sont nécessaires pour qualifier une vente en solde (1). Une fois qualifiée, la vente en solde est soumise à un régime strict (2).

1) La qualification de vente en solde

176. Pour les Professeurs Picod²³², quatre conditions doivent être réunies pour que la vente puisse être qualifiée de vente en solde, ce qui permet de la distinguer d'une simple promotion :

D'une part, les soldes doivent être accompagnées ou précédées d'une publicité. Sur ce point, aucune exigence n'est précisée par le texte de sorte que toutes les annonces de réduction de prix entrent dans cette première condition.

²²⁹ Article L 310-5 du code de commerce.

²³⁰ Article 131-35 du code pénal.

²³¹ Article L 121-22 du code de la consommation.

²³² PICOD (Y.) et PICOD (N.), Droit de la consommation, 5e éd., 2020, Université, Sirey. p. 150 et suivants.

D'autre part, une réduction de prix importante doit être constatée. À cet égard, la Cour de cassation²³³ « a pu qualifier de soldes une vente organisée par la société La Redoute, avant l'ouverture des soldes, annoncée par des prospectus mentionnant des réductions de 15 à 70 % sur des milliers d'articles des catalogues printemps-été puis automne- hiver et distribués à des millions d'exemplaires et mentionnant des slogans tels que « tout doit disparaître », « prix sacrifiés », « dépêchez-vous » »²³⁴.

En outre, la vente doit porter sur un lot de marchandises « préexistant et non renouvelable » puisqu'elle doit tendre à l'écoulement accéléré de marchandises en stock. C'est d'ailleurs l'indice le plus efficace pour distinguer une vente promotionnelle d'une vente en solde.

Enfin, cet objectif doit ressortir de manière explicite de la publicité à défaut de quoi, « la qualification de soldes ne peut être retenue »²³⁵. Peu importe en revanche que la publicité ne contienne pas le mot « solde ».

2) L'encadrement des ventes en solde

177. Une fois la qualification de vente en solde retenue, les opérations professionnelles effectuées à cette occasion doivent répondre à un régime strict ²³⁶:

En premier lieu, celles-ci ne peuvent se dérouler que pendant des périodes définies. Depuis la loi du 22 mai 2019, dite loi PACTE, les soldes ont lieu « *durant deux périodes d'une durée minimale de trois semaines et d'une durée maximale de six semaines chacune, dont les dates et les heures de début et de fin sont fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie* »²³⁷. Les soldes dits « *flottants* », instaurés par la loi LME de 2008²³⁸, qui offraient aux commerçants la possibilité d'effectuer des soldes pendant les deux semaines de leur choix, ont été supprimés par un décret du 7 mai 2015²³⁹.

²³³ Cass. crim., 5 déc. 2006, n° 05-87.386.

²³⁴ RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.905, 2019, § 93.

²³⁵ Paris, 27 févr.2002, CCC, 2002,n°169.

²³⁶ Pour un développement plus exhaustif du régime : RETTERER (S.), Ventes réglementées, Rép. com. Dalloz, 2009.

²³⁷ Alinéa 2 de l'article L 310-3 du code de commerce.

²³⁸ L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

²³⁹ Décret n° 2015-516 du 7 mai 2015 relatif aux périodes de soldes.

La réduction du prix dans les relations de consommation

En second lieu, les produits soldés doivent avoir été proposés à la vente et payés depuis au moins un mois à la date du début de la période de soldes considérée. Cette exigence s'explique par le fait que l'objectif des soldes est « *de permettre au commerçant de pouvoir se réapprovisionner pour la saison suivante en libérant des locaux occupés par la marchandise de la saison précédente mais aussi, et surtout peut-être, en reconstituant sa trésorerie* »²⁴⁰. Durant cette période, le commerçant ne peut reconstituer son stock. D'ailleurs, les commerçants « *doivent tenir à disposition des agents de la DGCCRF les documents permettant de vérifier que les marchandises avaient effectivement été mises en vente et que le prix d'achat a été payé depuis au moins un mois* »²⁴¹.

Aussi, la publicité ou l'annonce de solde doit indiquer la date de début de l'opération et la nature des produits concernés s'ils ne constituent pas l'ensemble des stocks, ce qui assure l'absence d'induction en erreur du consommateur. En outre, l'article A 310-7 du code de commerce précise que les produits doivent être signalés par une mention indiquant qu'il s'agit de « *soldes* ».

Enfin, l'emploi, dans toute publicité, enseigne, dénomination sociale, du mot « *solde* » ou de ses dérivés est interdit en dehors de l'opération de soldes telle que légalement définit. Une entreprise ne peut donc qualifier son opération promotionnelle de « *solde* » ou « *solderie* » par exemple, en dehors des périodes légales et conformément au régime des soldes.

À noter qu'une incertitude concernant la qualification de soldes illicites, des ventes privées organisées pendant une période précédant les soldes, a été tranchée à l'occasion d'une question écrite²⁴² posée au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique. Celui-ci s'est prononcé « *en faveur de leur légalité* »²⁴³ en affirmant que « *les "ventes privées" et qui précèdent les soldes sont autorisées dès lors que le mot « soldes » n'est pas utilisé et que la législation sur l'interdiction de revente à perte est respectée. Ces ventes s'adressent à une clientèle par définition restreinte (par ex. clientèle titulaire d'une carte de fidélité) et les promotions qui y sont pratiquées n'ont donc pas vocation à s'appliquer à l'intégralité de la clientèle* ». Cette licéité est conditionnée au caractère restreint de l'offre, à défaut l'annonce de réduction de prix pourra être prohibée car constitutive d'une vente en solde illicite.

²⁴⁰ RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.942, 2020, § 17.

²⁴¹ RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.905, 2019, § 95.

²⁴² DUBOIS (M.), Question écrite n° 72232, JOAN Q 18 août 2015, p. 6355

²⁴³ RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.3740, 2017, §34.

178. À défaut de respecter ce régime, et conformément aux articles L 310-5 et 310-6 du code de commerce et L 121-22 et 132-24 du code de la consommation, les sanctions applicables en matière de liquidation illicite sont encourues. Le manquement à ces encadrements conduisant à la sanction de son auteur sans preuve de la déloyauté du montant conduit à remettre en cause la conformité de ces régimes.

Paragraphe 2 : La conformité de l'encadrement des ventes réglementées

179. Les réductions effectuées dans le cadre d'une vente en liquidation ou d'une vente en solde sont encadrées par des législations spécifiques. Ces réglementations encadrant des pratiques commerciales au sens de la directive 2005/29/CE, on peut considérer qu'elles conduisent à l'interdiction de pratiques qui violent un encadrement légalement instauré ce qui remet en cause leur conformité à la directive.

C'est en tout cas ce que considère la CJUE qui, dans l'affaire INNO²⁴⁴, a admis que la directive s'oppose à une interdiction générale des annonces de réduction de prix au cours de la période précédant celle des ventes en solde, pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs²⁴⁵. De même, dans l'affaire Wamo²⁴⁶, la CJUE a considéré que la directive « *doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit une interdiction générale des annonces de réduction de prix et de celles suggérant une telle réduction au cours de la période précédant celle des ventes en solde, pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs* ». De la même manière, à propos de la réglementation autrichienne relative aux ventes en liquidation, similaire au droit français, la CJUE dans l'affaire Köck²⁴⁷ a considéré que « *la directive de 2005 s'oppose à ce qu'une juridiction nationale ordonne la cessation d'une pratique ne relevant pas dans l'annexe I de cette directive, au seul motif qu'elle n'a pas fait l'objet d'une autorisation préalable, sans procéder à l'appréciation de son caractère déloyal* ».

²⁴⁴ CJUE, ord., 15 déc. 2011, aff. C-126/11, INNO c/ UNIZO.

²⁴⁵ STUYCK (J.), Politique européenne de la consommation, JCl. Europe Traité, fasc. 150, 2020, § 82 et suivants.

²⁴⁶ CJUE, ord., 30 juin 2011, aff. C-288/10, Wamo.

²⁴⁷ CJUE, 17 janvier 2013, aff. C-206/11, Köck.

180. La Cour considère donc que la conformité des réglementations est remise en cause sous réserve toutefois qu'elles poursuivent « *des finalités tenant à la protection des consommateurs* ». Sur ce point, il est difficile de nier qu'elles visent à protéger, au moins accessoirement, les consommateurs. En ce sens, l'unanimité des auteurs considère que ces réglementations ont vocation à « *protéger (...) les consommateurs qui, attirés par l'annonce de la réduction de prix, risquant de faire des achats irréfléchis* »²⁴⁸ puisque ceux-ci sont « *souvent aveuglés par l'importance de la remise proposée* ».

Permettre de telles réductions, tout au long de l'année, sans aucune réglementation, aurait certes des conséquences concurrentielles²⁴⁹, mais surtout consuméristes en multipliant les frénésies d'achats ce qui est contraire à l'intérêt économique du consommateur moyen. Surtout, la prohibition d'une annonce de prix ayant pour objet une vente en solde ou en liquidation illicite²⁵⁰ étant insérée dans le code de consommation démontre bien les finalités consuméristes de telles réglementations. Enfin, les juges ont considéré que la méconnaissance de la réglementation relative aux ventes en liquidation porte atteinte à l'intérêt général de tous les consommateurs²⁵¹.

D'ailleurs, en réponse à l'arrêt Wamo, la Cour de cassation belge²⁵² a admis que l'encadrement des soldes protège également les consommateurs. Toutefois, afin de maintenir son régime, le législateur belge a ajouté dans le nouvel article relatif à l'encadrement des soldes que la réglementation vise à « *assurer des pratiques honnêtes du marché entre les entreprises* »²⁵³, sans mentionner la protection du consommateur²⁵⁴. En revanche, il n'est pas certain que l'objectif d'une réglementation ne soit apprécié qu'au regard de ce que le législateur a précisé.

²⁴⁸ PICOD (Y.) et PICOD (N.), *Droit de la consommation*, 5e éd., 2020, Université, Sirey, p. 148 et suivants.

²⁴⁹ Notamment considérant le fait qu'elles ne sont pas soumises à l'interdiction de la revente à perte de sorte qu'un usage excessif de ses réductions pourrait nuire au marché.

²⁵⁰ L 121-22 du code de la consommation.

²⁵¹ Rennes, 24 nov. 2000, BRDA 8/2001, p. 9.

²⁵² Cass belg., 4 nov. 2012.

²⁵³ V. Code de droit économique, art. VI. 25, § 1er.

²⁵⁴ STUYCK (J.), *Politique européenne de la consommation*, JCl. Europe Traité, fasc. 150, 2020, § 82 et suivants.

181. En somme, il est certain que ces réglementations visent certes, à garantir l'exercice d'une concurrence loyale entre les commerçants, mais aussi à assurer la protection du consommateur ce qui les fait entrer dans le champ d'application de la directive de 2005 et remet en cause leur conformité. Ce qui en résulte, c'est qu'il est « *conforme d'imposer une réglementation, comme une autorisation préalable, mais il est contraire à la directive de sanctionner automatiquement sa violation sans vérifier que celle-ci est déloyale* »²⁵⁵. Les sanctions pénales des articles L 310-5 du code de commerce et L 121-22 du code de la consommation ne sauraient être prononcées qu'en apportant la preuve, par une appréciation *in concreto*, de l'existence d'une pratique commerciale déloyale au sens des articles L 121-1 et suivants du code de la consommation.

Section 2 : L'encadrement des réductions effectuées dans le cadre d'opérations coordonnées à l'échelle nationale

182. La loi du 10 février 2020 a ajouté une nouvelle interdiction à la liste des pratiques réputées trompeuses de l'article L 121-4 du code de la consommation. Bien qu'ayant été surnommée « *l'amendement anti-Black-Friday* », cette nouvelle disposition n'interdit pas les opérations coordonnées à l'échelle nationale, mais vient seulement encadrer leur publicité (Paragraphe 1). Elle présume de façon irréfragable le caractère trompeur d'une publicité qui donne l'impression au consommateur, qu'il bénéficie d'une réduction de prix comparable à celle des soldes, présomption qui semble non-conforme à la directive 2005/29/CE (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'encadrement de la publicité des opérations coordonnées à l'échelle nationale

183. L'article 12 de la loi du 10 février 2020 ²⁵⁶ a inséré une vingt-troisième pratique réputée trompeuse par l'article L 121-4 du code de la consommation. Désormais, est trompeuse la pratique qui a pour objet « *dans une publicité, de donner l'impression, par des opérations de promotion coordonnées à l'échelle nationale, que le consommateur bénéficie d'une réduction de prix comparable à celle des soldes, tels que définis à l'article L. 310-3 du code de commerce, en dehors de leur période légale mentionnée au même article L. 310-3* ».

²⁵⁵ SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRUNAUX (G.) et USUNIER (L.), Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018, p 323.

²⁵⁶ L. n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire.

184. L'insertion de cette nouvelle interdiction intervient dans un contexte où les soldes connaissent « *un certain désintérêt dû aux promotions permanentes* »²⁵⁷, et où ce faisant, les professionnels, inspirés par les pratiques d'outre Atlantique, ont multiplié les opérations promotionnelles coordonnées afin, à l'instar des soldes, d'attirer les consommateurs lors d'un jour défini et dédié aux promotions « *chocs* ». On pense principalement aux opérations de « *Black Friday* » ou de « *Ciber Monday* », mais on peut tout aussi bien citer les françaises « *French Days* » par exemple.

Lors de ces opérations promotionnelles, seulement soumises au régime classique²⁵⁸ des réductions de prix, un nombre important d'annonces promotionnelles trompeuses ont été constatées. D'ailleurs, l'Observatoire de la consommation de l'UFC-Que Choisir prouve que « *la part de produits faisant l'objet d'une vraie promotion à l'occasion du Black Friday est faible : seulement 8,3 % des 31 603 produits suivis ont vu leur prix réellement baisser. Ensuite, l'ampleur des ristournes est plus que limitée : tous rabais confondus, les prix n'ont baissé que de 7,5 % en moyenne, soit très loin des 50, 60 voire 70 % de réduction mis en avant par les marchands* »²⁵⁹.

185. L'amendement dit « *Anti-Black Friday* » vient encadrer le régime des publicités relatives à de telles offres promotionnelles en interdisant de donner l'impression, par des opérations de promotion coordonnées à l'échelle nationale, que le consommateur bénéficie d'une réduction de prix comparable à celle des soldes en dehors de leurs périodes légales. Malgré la rédaction équivoque du texte, ce n'est pas l'opération coordonnée à l'échelle nationale qui est prohibée, mais l'illusion trompeuse²⁶⁰ que les avantages espérés seront semblables à ceux qu'un professionnel peut accorder durant les soldes. Or, les avantages accordés durant ce type d'opérations ne peuvent nécessairement pas être aussi importants que durant les soldes puisque la prohibition de la revente à perte n'est pas écartée.

²⁵⁷ PICOD (Y.) et PICOD (N.), Droit de la consommation, 5e éd., 2020, Université, Sirey, p. 150 et suivants.

²⁵⁸ Prix de référence et prohibition des pratiques commerciales déloyales. V. Partie 1, Chapitre 1 ainsi que la la prohibition de la vente à prix abusivement bas V. Partie 2, Chapitre 1. À noter toutefois qu'ils sont soumis à la loi n° 94-665 du 4 août 1994, dite Loi « *Toubon* » qui impose l'emploi de la langue française dans les publicités ce qui implique une traduction des termes « *Black Friday* » en « *Vendredi noir* » par exemple.

²⁵⁹ BROSSET (C.), Black Friday 2019, Ce ne sera pas mieux qu'en 2018, Que choisir, 2019.

²⁶⁰ Ce qui résulte de l'expression « *donner l'impression* ».

Le texte est aussi ambigu sur la question des pratiques visées par la présomption. Une première interprétation consisterait à sanctionner toute annonce d'une réduction de prix, effectuée dans le cadre d'opérations coordonnées à l'échelle nationale, dont l'importance est semblable à celle des soldes. À ce titre, seraient concernées toutes les réductions telles que « -50% » ou « -70% », simplement car elles favorisent une confusion, dans l'esprit du consommateur, entre l'opération promotionnelle coordonnée et les soldes. Une seconde interprétation conduirait à considérer que la précision « *donner l'impression* » implique de démontrer que la réduction est dénuée de toute réalité pour sanctionner sa publicité. La première interprétation semble celle poursuivie par le législateur dans la mesure où le souhait initial ayant conduit au dépôt de cet amendement²⁶¹ était de lutter contre les opérations promotionnelles similaires au « *Black Friday* » à cause des pratiques trompeuses systématiquement réalisées à ces occasions. Cette présomption, certes très stricte pour les professionnels, permettrait une répression efficace et à terme, conduirait à la baisse d'attractivité de ce type d'opérations commerciales et donc à son abandon progressif. De surcroît, la seconde interprétation ôterait tout intérêt à la disposition puisque les allégations trompeuses portant sur le caractère promotionnel d'une annonce de réduction de prix sont déjà sanctionnées par l'article L 121-2, 2°,c) du code de la consommation.

186. En tout état de cause, sa violation est sanctionnée, à l'instar de toutes pratiques commerciales trompeuses, par 2 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. Le montant de l'amende pouvant être porté de manière proportionnée, aux avantages tirés du délit, à 10% du chiffre d'affaires moyen annuel ou à 50% des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique²⁶².

Paragraphe 2 : Un encadrement contraire à la directive 2005/29/CE

187. Bien qu'insérée dans une loi « *relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire* » afin de lutter contre des opérations promotionnelles favorisant des achats frénétiques ou irréfléchis et donc à la surconsommation, les finalités de concurrence et de consommation de cette vingt-troisième pratique réputée trompeuse sont aussi évidentes que celles entourant la réglementation des soldes.

²⁶¹ Amendement n°CD945 déposé le mercredi 20 novembre 2019 par Madame la députée Delphine Batho.

²⁶² Article L 132-3 du code de la consommation.

D'un point de vue de la concurrence, on retrouve les difficultés liées aux distorsions de concurrence puisque les petits commerces ne sont pas en mesure de réaliser ce type de grosses opérations promotionnelles, contrairement notamment aux géants du e-commerce. Un encadrement de ce type de promotion conduit donc à ré-instaurer une loyauté et un équilibre concurrentiel.

D'un point de vue consommériste, cet encadrement, visant à freiner la prolifération de promotions fictives dans les opérations coordonnées à l'échelle nationale, permet de réintroduire de la sincérité dans les pratiques promotionnelles et protéger les consommateurs. D'ailleurs, son insertion au sein du code de consommation marque profondément sa finalité de protection du consommateur.

188. L'intérêt économique du consommateur étant protégé par l'article 12 de loi du 10 février 2020, l'interdiction qu'il insère dans le code de la consommation est indéniablement non-conforme à la directive 2005/29/CE. Si cette nouvelle disposition n'avait pas été insérée à l'article L 121-4 du code de la consommation, il aurait été possible d'interpréter l'expression « *de donner l'impression (...)* » comme la nécessité de prouver le caractère trompeur de l'allégation au sens de l'article L 121-2, 2^o,c) ou L 121-1 du code de la consommation. Or, le choix du législateur témoigne de sa volonté de sanctionner cette pratique *per se*, sans appréciation, au cas par cas, du caractère déloyal de la pratique, puisque c'est tout l'objet de l'article L 121-4 qui transpose une partie l'annexe I de la directive²⁶³.

En tout état de cause, si la non-conformité du texte est constatée par le juge et que le texte est abrogé par le législateur, les pratiques visées par l'interdiction ainsi que les pratiques trompeuses fréquentes constatées à l'occasion des opérations coordonnées à l'échelle nationale pourront être sanctionnées au regard de la réglementation sur les pratiques commerciales déloyales et notamment trompeuses²⁶⁴.

²⁶³ Annexe qui rappelle le, est exhaustive et d'harmonisation totale.

²⁶⁴ Sur ce point, V. Titre 1, chapitre 1.

Conclusion du chapitre 2

189. Le droit français encadre donc les réductions de prix effectuées dans le cadre des ventes réglementées. Les réductions effectuées à l'occasion d'une liquidation devront donc être précédé de l'envoi d'une déclaration préalable adressée au maire de la commune ainsi que d'un inventaire détaillé relatif aux marchandises à liquider. Les réductions effectuées à l'occasion des soldes quant à elles, ne pourront avoir lieu que pendant les deux périodes légalement définies, elles ne pourront porter que sur des produits « *en stock* » tel que défini par le code de commerce, leur publicité devra indiquer la date de début de l'opération et la nature des produits concernés et enfin l'utilisation du mot « *solde* » ne pourra avoir lieu en dehors de l'opération de soldes. À défaut, l'annonceur s'exposera à de lourdes sanctions²⁶⁵. En revanche, ces réductions de prix ne sont pas soumises à la prohibition de la revente à perte.

190. Depuis une loi du 10 février 2020, le droit français encadre également les réductions de prix effectuées dans le cadre d'opérations coordonnées à l'échelle nationale comme les opérations de « *Black Friday* » ou de « *French Days* ». À ce titre, les annonceurs ne peuvent donner l'impression aux consommateurs qu'ils bénéficient d'une réduction de prix comparable à celle des soldes de sorte que les réductions de prix telles que « *-50%* » ou « *-70%* », devront être évitées lors de ces opérations commerciales. À défaut, le professionnel s'expose aux sanctions des pratiques commerciales trompeuses²⁶⁶.

191. Toutes ces réglementations ayant une finalité de protection de l'intérêt économique du consommateur, leur non-conformité à la directive 2005/29/CE semble certaine puisqu'elles conduisent toutes, à une interdiction *per se* des réductions de prix effectuées dans le non-respect des dispositions légales, sans appréciation, au cas par cas, de leur caractère déloyal.

²⁶⁵ V. § 175.

²⁶⁶ V. § 78.

Conclusion du titre 2

192. Le législateur a mis en place un certain nombre d'interdictions et d'encadrements afin de préserver la concurrence, les secteurs d'activité fragiles ou encore l'environnement. Pour autant, toutes ces dispositions ont pour objet, au moins accessoire, de protéger les intérêts économiques des consommateurs contre des réductions de prix qui pourraient leur porter préjudice.

Ainsi, le fait d'interdire que les réductions de prix ne conduisent à une revente à perte ou une vente à prix abusivement bas ou d'imposer un régime particulier aux réductions de prix portant sur les produits agricoles ou les livres permet aux consommateurs d'être acteurs d'un marché loyal et honnête et contribue au maintien de prix raisonnés.

De la même manière, l'encadrement des réductions de prix pratiquées à l'occasion des ventes réglementées ou d'opérations coordonnées à l'échelle nationale contribue à protéger le consommateur en lui offrant des annonces de réduction de prix transparentes et encadrées afin qu'il soit protégé contre tous procédés fallacieux visant à aveugler sa décision commerciale par l'importance de la remise promise, remise souvent fictive lors des soldes ou des opérations « *Black Friday* ».

Conclusion finale

193. Un encadrement des réductions des prix est donc prioritairement fondé sur la protection des consommateurs. Chaque année, notamment à l'occasion des soldes ou du « *Black Friday* », resurgissent des critiques sévères regrettant l'abrogation de l'arrêté de 2008, interprétée comme une absence de réglementation conduisant *de facto* à la multiplication de fausses promotions. La présente étude a démontré que la protection économique du consommateur était assurée puisque les comportements visés sont sanctionnés par l'arrêté de 2015 imposant l'indication d'un prix de référence dont la réalité doit pouvoir être justifiée et surtout, la directive 2005/29/CE sanctionnant toutes réductions de prix trompeuses. En outre, la transposition de la directive 2019/2161 dite « *Omnibus* » viendra renforcer cette réglementation en définissant le prix de référence antérieurement pratiqué. Pour autant, il est vrai que l'interprétation, par la CJUE, du degré maximal d'harmonisation de la directive 2005/29/CE ainsi que du caractère exclusif de son annexe I peut nuire à cet intérêt. Permettre aux États membres de légiférer dans le sens d'une réglementation positive²⁶⁷ des réductions de prix permettrait d'assurer de manière plus efficiente la loyauté des réductions de prix. En effet, la protection du consommateur sera davantage assurée si les professionnels sont soumis à un cadre légal clair et tangible résultant de dispositions précises, à l'instar de l'arrêté de 2008, qui serait nécessairement plus aisé à respecter.

194. Un encadrement des réductions des prix est aussi accessoirement fondé sur la protection des consommateurs. Son objectif principal de préservation de la loyauté de la concurrence contribue nécessairement à la protection du consommateur en lui permettant d'être acteur d'un marché honnête, marché dont la diversité et la qualité des offres proposées sont assurées et dont les prix sont justes puisque déterminés par le jeu d'une concurrence loyale. Remettre en cause la conformité de ces réglementations au seul motif de cet objectif subsidiaire de protection du consommateur pourrait donc être contraire à l'intérêt protégé par la directive 2005/29/CE puisque la loyauté du marché en serait amoindrie.

195. On perçoit dans le cadre de l'encadrement des réductions de prix, la volonté plus générale de parvenir à juste équilibre entre un encadrement efficace qui protège les consommateurs, et le maintien d'une liberté indispensable aux professionnels afin de parvenir au fonctionnement du marché intérieur.

²⁶⁷ À l'inverse de la réglementation négative de la directive qui impose aux professionnels de ne pas réaliser de pratiques commerciales trompeuses.

Bibliographie

I- Ouvrages généraux

- FERRIER (N.) et FERRIER (D.), Droit de la distribution, 9 e éd., 2020, LexisNexis.
- FRISON-ROCHE (M-A.) et PAYET (M-S.), Droit de la concurrence, 1e éd.,2006, Précis, Dalloz.
- PICOD (Y.) et PICOD (N.), Droit de la consommation, 5e éd., 2020, Université, Sirey.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRUNAUUX (G.) et USUNIER (L.) , Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.) : LGDJ, 2e éd., 2018.

II- Thèses et ouvrages spéciaux

- Assemblée nationale, rapport d'information N°2072 sur l'évolution de la distribution, archive de la XIè législature.
- Assemblée nationale, rapport n° 89, 2019-2020, Loi Egalim, un an après : le compte n'y est pas !, 2019.
- DUBOIS (M.), Question écrite n° 72232, JOAN Q 18 août 2015, p. 6355.
- Colloque inaugural de la Chaire Droit de la consommation du 11 septembre 2020 sur "La modernisation des règles de protection des consommateurs par la directive 2019/2161 dite Omnibus ».
- Commission européenne, rapport de la Commission sur l'application de la directive 2011/83/UE du 23 mai 2017, COM(2017) 259 final.
- Commission européenne, document de travail des services de la Commission, orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la directive 2005/29/CE/CE relatives aux pratiques commerciales déloyales, 2016.
- European Commission, Final Minutes, Member States' Expert Group on consumer and marketing law, 1st meeting on the Directive on better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, 2020.
- FAURE-MUNTIAN (V.), Rapport sur le projet de loi portant diverses disposition d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (n°3196), 2020.

III- Articles

- AMARO (R.), Information du consommateur sur les prix- régime général, JCl. Concurrence – Consommation, fasc. 917, 2018.
- ANDRIEU (E.), synthèse droit de la publicité, légipresse, n° 360 - Mai 2018.
- ANDRIEU (E.), La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité, légipresse 2020.
- AMBROISE-CASTÉROT (C.), la consommation pénale .Rép. pén. Dalloz, 2019.
- ARHEL (P.), Transparence tarifaire et pratiques restrictives, Rép. com. Dalloz, 2019.
- AUBERT DE VINCELLES (C.), Chronique de droit européen des contrats, Contrats, conc. consom, n°3, 2019.
- AUBERT DE VINCELLES (C.), chron. 3, Contrats, conc. consom, n°30, 2017.
- BERNHEIM-DESVAUX (S.), Nouvelle donne pour les consommateurs : la directive Omnibus est publiée ! : Contrats, conc. consom. 2020, comm. 33.
- BERNHEIM-DESVAUX (S.), Prix de référence et promotions, Contrats, conc. consom, n° 10, Octobre 2017, comm. 212.
- BOULET (L.) et FROSSARD (L.), Publicité - Un an de droit de la publicité, Comm. com. électr. n° 7-8, Juillet 2016, chron. 9.
- BROSSET (C.), Black Friday 2019, Ce ne sera pas mieux qu'en 2018, Que choisir, 2019.
- CHONÉ-GRIMALDI (A-S.), L'interdiction des prix abusivement bas, JCP E, n° 29, 2019, 1364.
- DEBAILLEUL (A.), L'encadrement des promotions et le relèvement du SRP reconduits jusqu'en 2023, Lefebvre Dalloz, 2020.
- DELPECH (X.), Le sénat propose de corriger les effets pervers de la loi Egalim, AJ contrat 2019.
- DUPERRAY (A.), Avocats, PECNARD (C.), Avocats, Comment le droit français de la promotion des ventes se met doucement à l'heure européenne, LPA, 2014, n° PA201419105.
- ERÉSÉO (N.), pratiques commerciales trompeuses, JCI-Communication, 2020, Fasc n°3480.
- FOURGOUX (J-L.), Transparence et pratiques restrictives de concurrence – Règles de fond, JCl. Concurrence – Consommation, fasc. 281, 2016.

La réduction du prix dans les relations de consommation

- HAGANI (S.), « New deal for consumers »: la nouvelle donne européenne se met en place !, FIDAL, 05 avril 2019.
- PRUDHOMME (C.), Le site Vente-privée mis en cause pour de fausses bonnes affaires, Le Monde, 2019.
- RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc. 3740, 2017.
- RAYMOND (G.), Pratiques commerciales déloyales et agressives, JCl. Concurrence – Consommation, fasc.900, 2018.
- RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc. 905, 2019.
- RAYMOND (G.), Promotion de ventes par les prix, JCl. Concurrence – Consommation, fasc. 942, 2020.
- RETTERER (S.), Ventres réglementées, Rép. com. Dalloz, 2009.
- STUYCK (J.), Politique européenne de la consommation, JCl. Europe Traité, fasc. 150, 2020.
- TOUSSAINT (J.), Le Black Friday permet-il vraiment de faire de bonnes affaires ?, Ouest-France, 2020.

IV-Sitographie

- Examen du droit de la consommation de l'UE - New Deal pour les consommateurs, Site web de la Commission européenne.
- L'impact de la promotion sur les comportements d'achats, Site Web SOGEC Marketing, 2014.
- Pratiques promotionnelles et affichage des prix dans le commerce de détail, Site web de la DGCCRF, 2018.
- REFIT – Rendre la législation de l'UE plus simple et moins coûteuse, Site web de la Commission européenne.

Index

A

- **Annexe I (Directive 2005/29/CE)** : 42, 43, 71.
- **« Amendement anti Black Friday »** : 182-189.

C

- **Clause générale (Directive 2005/29/CE)** : 42, 43, 50-53, 56.
- **Conformité (Directive 2005/29/CE)** :
 - Arrêté de 2008 : 19-22, 26.
 - Revente à perte : 128- 139.
 - Vente à prix abusivement bas : 147.
 - L 443-1 du code de commerce : 159.
 - Loi Egalim : 161.
 - Solde et liquidation : 179-181.
 - Amendement « *anti black Friday* » : 187-189.

D

- **Directive 98/6/CE** : 84-87.
- **Directive 2019/2161** : 80-110.

E

- **Escompte** : 35-37.

L

- **Liquidation** : 170- 174.

P

- **Prix de référence** :
 - Arrêté de 2008 : 12- 22.
 - Arrêté de 2015 : 22-42.
 - Pratiques commerciale déloyales : 42-62.
 - Directive Omnibus : 80-110.
- **Prix d'appel** : 76.

R

- **Revente à perte** : 117-139, 151-153.

S

- **Soldes** : 175-178.

T

- **Trompeuse (pratique commerciale)** :
 - Omission trompeuse : 47-50, 55, 65-66, 69, 75.
 - Action trompeuse : 59-62, 66, 68, 74.

V

- **Vente à prix abusivement bas** : 140-147, 153-156.

Table des matières

Remerciements	2
Liste des principales abréviations	3
Sommaire	4
Introduction	5
Titre 1 : Un encadrement prioritairement fondé sur la protection des consommateurs	9
Chapitre 1 :	9
L'encadrement actuel par les pratiques commerciales déloyales	9
<u>Section 1 : L'encadrement national des annonces de réduction de prix</u>	9
<u>Paragraphe 1 : L'exigence de la mention d'un prix de référence</u>	9
A- La définition du prix de référence	9
1) L'ancien prix de référence précisément défini par l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur	10
a) Les différentes définitions du prix de référence offertes par l'arrêté du 31 décembre 2008	10
b) La non-conformité de l'arrêté du 31 décembre 2008	12
2) L'absence de définition du prix de référence de l'arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur	14
a) La liberté instaurée dans le choix du prix de référence	14
b) L'abrogation critiquable de l'arrêté de 2008	15
B- La mention du prix de référence	16
1) L'exigence de la mention du prix de référence au regard des pratiques commerciales déloyales	16
2) L'exigence de la mention du prix de référence au regard de l'obligation pré-contractuelle d'information	17
<u>Paragraphe 2 : Les différentes modalités de réduction concernées</u>	19
A- L'escompte de caisse	19
B- Les remises différées	20
C- Réduction offrant des avantages à une partie de la clientèle	20
D- Publicités orales à l'intérieur du magasin	21
<u>Section 2 : La soumission au régime européen des pratiques commerciales déloyales</u>	21
<u>Paragraphe 1 : Les pratiques déloyales résultant de l'indication du prix de référence</u>	22
A- L'absence de mention du prix de référence	22
1) L'omission de la mention du prix de référence, omission d'une information substantielle	22
2) L'absence de la mention du prix de référence, une pratique contraire à la diligence professionnelle	24

B- Le choix du prix de référence	25
1) L'absence d'indication de la définition du prix de référence	25
2) Le choix d'un prix de référence trompeur	26
C- L'absence de réalité du prix référence	27
1) Le prix de référence n'a jamais été appliqué	28
2) La surévaluation du prix barré	29
<u>Paragraphe 2 : Les pratiques déloyales résultant des autres indications de l'annonce de réduction de prix</u>	<u>29</u>
A- L'information du consommateur sur les modalités d'application de la réduction	30
1) L'indication de la durée de la promotion	30
a) L'absence d'indication de la durée de la promotion, une omission trompeuse	30
b) L'absence d'indication de la durée de la promotion, une action trompeuse	31
2) L'indication des conditions nécessaires au bénéfice de la promotion	32
a) L'absence d'indication des conditions restrictives, une action trompeuse	32
b) L'absence d'indication des conditions restrictives, une omission trompeuse	33
B- L'information du consommateur sur la disponibilité à la vente des produits pendant la durée de l'opération de promotion	34
1) L'absence d'indication de la disponibilité, une pratique réputée déloyale en toutes circonstances	34
2) L'absence d'indication de la disponibilité, une pratique commerciale trompeuse	35
a) L'absence d'indication de la disponibilité, une action trompeuse	35
b) L'absence d'indication de la disponibilité, une omission trompeuse	36
Chapitre 2 : L'encadrement à venir par la directive « Omnibus »	39
<u>Section 1 : Le contenu de l'article 2 de la directive Omnibus</u>	<u>40</u>
<u>Paragraphe 1 : Une modification apportée à la directive 98/6/CE relative à l'indication des prix</u>	<u>40</u>
<u>Paragraphe 2 : L'encadrement de la mention de la réduction de prix</u>	<u>42</u>
A- L'indication du prix antérieur appliqué par le professionnel	42
1) L'indication d'un prix antérieur	42
2) L'indication d'un prix de référence ?	44
B- La notion de prix antérieur, un retour au droit antérieur ?	45
<u>Section 2 : Les difficultés liées à l'absence de précision de l'article 2</u>	<u>46</u>
<u>Paragraphe 1 : Les difficultés liées au champ d'application de l'article 2</u>	<u>46</u>
A- Les difficultés liées à la notion d'annonce de réduction de prix	47
1) Les différentes opérations concernées par la disposition	47
2) La question du prix de lancement	48
B- L'hypothèse de l'absence de prix antérieurement pratiqué	48

1) Les produits mis en vente depuis moins de trente jours	49
2) L'absence de prix antérieur : l'hypothèse des entreprises de déstockage	50
<u>Paragraphe 2 : L'exclusivité du prix antérieur comme prix de référence ?</u>	<u>51</u>
Titre 2 : Un encadrement accessoirement fondé sur la protection des consommateurs	55
Chapitre 1 : Les réductions interdites	55
<u>Section 1 : L'interdiction de certaines réductions de prix du fait de leur montant</u>	<u>55</u>
<u>Paragraphe 1 : Les réductions interdites car constitutives d'une revente à perte</u>	<u>55</u>
A - Le principe de l'interdiction de la revente à perte	56
1) Le champ d'application de l'article L 442-5	56
2) La détermination du seuil de la revente à perte	57
3) Les exceptions à l'interdiction de la revente à perte	58
4) La sanction de la revente à perte	59
B- La conformité de l'interdiction de la revente à perte	59
1) Une réglementation de concurrence à l'objectif subsidiaire de protection du consommateur	59
a) L'objectif affiché de régulation de la concurrence	59
b) L'objectif subsidiaire de protection de l'intérêt économique du consommateur	60
2) La remise en cause de la conformité du texte	61
a) Les conséquences de l'harmonisation maximale de la directive 2005/29/CE	61
b) L'incertitude quant à la conformité de l'interdiction de la revente à perte	62
<u>Paragraphe 2 : Les réductions interdites car constitutives d'une vente à prix abusivement bas</u>	<u>64</u>
A- Les éléments constitutifs de la vente à prix abusivement bas	65
1) Un prix abusivement bas	65
2) Un effet d'éviction du marché	66
B- La sanction de la vente à prix abusivement bas	66
<u>Section 2 : L'interdiction de certaines réductions de prix du fait de la spécificité des produits concernés</u>	<u>67</u>
<u>Paragraphe 1 : L'interdiction de certaines réductions de prix portant sur des produits agricoles et alimentaires</u>	<u>67</u>
A- L'adaptation d'interdictions générales aux produits agricoles et alimentaires	67
1) L'adaptation de l'interdiction de la revente à perte aux produits agricoles et alimentaires	67
2) L'adaptation de l'interdiction de la vente à prix abusivement bas aux produits agricoles ou alimentaires	68
B- L'encadrement des réductions de prix portant sur des produits alimentaires et certaines denrées	70
1) La présentation de la réduction de prix portant sur des produits périssables	70

2) L'encadrement du montant de la réduction portant sur une denrée alimentaire ou un produit destiné à l'alimentation des animaux de compagnie	71
<u>Paragraphe 2 : L'interdiction de certaines réductions de prix portant sur des livres</u>	<u>72</u>
Chapitre 2 : Les réductions encadrées	74
<u>Section 1 : L'encadrement des réductions effectuées dans le cadre de ventes réglementées</u>	<u>74</u>
<u>Paragraphe 1 : L'encadrement des ventes en liquidation et des ventes en solde</u>	<u>74</u>
A- L'encadrement de la vente en liquidation	74
1) La qualification de vente en liquidation	75
2) L'encadrement des ventes en liquidation	75
B- L'encadrement des ventes en solde	76
1) La qualification de vente en solde	76
2) L'encadrement des ventes en solde	77
<u>Paragraphe 2 : La conformité de l'encadrement des ventes réglementées</u>	<u>79</u>
<u>Section 2 : L'encadrement des réductions effectuées dans le cadre d'opérations coordonnées à l'échelle nationale</u>	<u>81</u>
<u>Paragraphe 1 : L'encadrement de la publicité des opérations coordonnées à l'échelle nationale</u>	<u>81</u>
<u>Paragraphe 2 : Un encadrement contraire à la directive 2005/29/CE</u>	<u>83</u>
Conclusion finale	87
Bibliographie	88
Index	91