

Loi Hamon : nouvelle réglementation des loteries promotionnelles

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (article 148)

Sielle comporte de nombreuses dispositions relatives aux actions collectives, la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi Hamon, vise également à réglementer les jeux de hasard et particulièrement les loteries promotionnelles.

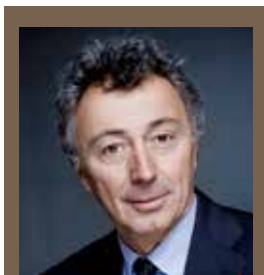
1. Il n'est pas inutile de rappeler l'état de la réglementation préalable à l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi. Du jour où elles ont été inventées, les loteries promotionnelles se sont vu appliquer les règles résultant de la loi du 21 mai 1836 sur les loteries qui, évidemment, n'avaient pas été conçues pour ce type d'activité. Il n'en reste pas moins que, pendant quelques décennies, la jurisprudence a considéré qu'en application de ce texte, les loteries promotionnelles étaient interdites si quatre critères étaient remplis : l'offre au public, l'espérance d'un gain, le recours au hasard dans la détermination du gagnant et le sacrifice pécuniaire du participant.

2. La situation s'était compliquée du fait du vote en 1993 d'une loi, codifiée depuis aux articles L. 121-36 et suivants du Code de la consommation dont le 1^{er} article était ainsi rédigé : « *Les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrits qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain attribué à chacun des participants, quelles que soient les modalités de tirage au sort, ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit.* » Suivaient un certain nombre d'obligations :

- le bulletin de participation devait être distinct de tout bon de commande ;
- les supports ne devaient pas être de nature à susciter la confusion avec un document administratif ou bancaire ;
- ils devaient mentionner la nature, le nombre et la valeur commerciale des lots ;
- ils devaient rappeler que le règlement, déposé chez un huissier, pouvait être obtenu gratuitement.

3. L'articulation entre ces dispositions et celles de la loi de 1836 (finalement codifiées à l'article L. 322-2 du Code de la sécurité intérieure) n'était pas toujours très simple à apprécier. Le champ d'application de l'article L. 121-36 lui-même était incertain : que fallait-il entendre par « *loteries réalisées par voie d'écrit* » (*quid des jeux par internet, par SMS, par téléphone ?...*).

4. Le paysage législatif s'était encore obscurci du fait de l'adoption de la directive communautaire n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales. Il est aujourd'hui acquis,



Eric Andrieu
Avocat au Barreau de Paris
Pechenard et associés

à la suite de nombreuses décisions de la Cour de justice de l'Union européenne¹ et également des juridictions françaises² que :

- la directive régit l'ensemble des pratiques commerciales des professionnels vis-à-vis des consommateurs ;
- ces pratiques ne peuvent être considérées comme déloyales que si elles sont cumulativement : non conformes aux exigences de la diligence professionnelle ; susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique des consommateurs ;
- une liste de trente et une pratiques réputées déloyales est annexée à la directive ;
- selon la jurisprudence, les pratiques ne figurant

pas dans cette liste ne peuvent être interdites par les réglementations nationales ;

- les opérations promotionnelles et plus particulièrement les loteries ne figurent pas parmi ces trente et une pratiques.

5. La directive a été transposée tant bien que mal dans la législation nationale française, et plutôt mal que bien puisque cette transposition a valu à notre pays une procédure de la part de la Commission. Avant l'entrée en vigueur de la loi Hamon, l'article L. 121-36 avait été complété par la phrase suivante : « *Lorsque la participation à cette opération est conditionnée à une obligation d'achat, la pratique n'est illicite que dans la mesure où elle revêt un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1* ». L'article L. 120-1 est celui qui reprend les règles de la directive pour ce qui concerne les exigences de la diligence professionnelle et l'altération substantielle du comportement économique. Curieuse méthode qui consiste au lieu de modifier un texte manifestement contraire aux obligations communautaires, à se contenter d'y ajouter un paragraphe qui est à la fois en contradiction avec le paragraphe précédent (interdiction des contreparties financières mais possibilité d'imposer un achat) et surabondant puisque ne faisant que rappeler un principe général déjà énoncé (celui de l'article L. 120-1). Constatons, cependant, que depuis cette dernière modification par la loi du 17 mai 2011, la possibilité d'organiser des loteries promotionnelles avec obligation d'achat n'était plus contestable, même si en pratique leurs conditions de mise en œuvre et les limites pouvant leur être fixées restaient confuses.

1. Par exemple CJUE, 1^{re} ch., 23 avril 2009, aff. C-261/07 et C-299/07 et 14 janvier 2010, aff. C-304/08.

2. CA Paris, ch. 5, 14 mai 2009, n° 09/03660 et 26 novembre 2009, n° 08/12771 ; Cass. Com. 13 juillet 2010 n° 09-15304 et n° 09-66970.

6. C'est sur cette base qu'intervient la loi Hamon. Les textes sont refondus et rédigés de la manière suivante :

« Art. L. 121-36 – *Les pratiques commerciales mises en œuvre par les professionnels sous la forme d'opérations promotionnelles tendant à faire naître l'espérance d'un gain, quelles que soient les modalités de tirage au sort ou d'intervention d'un élément aléatoire, sont régies par la présente section.* » ;

« Art. L. 121-36-1. – *Pour la participation aux opérations mentionnées à l'article L. 121-36, sont autorisés les frais d'affranchissement ainsi que les frais de communication ou de connexion non surtaxés, qui peuvent être mis à la charge des consommateurs, dès lors que la possibilité pour les participants d'en obtenir le remboursement est prévue par le règlement de l'opération et que ceux-ci en sont préalablement informés.* »

« *Lorsque la participation des consommateurs aux pratiques mentionnées au premier alinéa du présent article est conditionnée à une obligation d'achat, ces pratiques commerciales ne sont illicites que dans la mesure où elles revêtent un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1* » ;

« Art. L. 121-37. – *Lorsque les opérations mentionnées à l'article L. 121-36 sont réalisées par voie d'écrit et donnent lieu à un tirage au sort, quelles qu'en soient les modalités, le bulletin de participation à ces opérations doit être distinct de tout bon de commande de bien ou de service. Les documents présentant l'opération publicitaire ne doivent pas être de nature à susciter la confusion avec un document administratif ou bancaire libellé au nom du destinataire ou avec une publication de la presse d'information.* »

« *Ils comportent un inventaire lisible des lots mis en jeu précisant, pour chacun d'eux, leur nature, leur nombre exact et leur valeur commerciale.* »

« *Ils reproduisent également la mention suivante : "Le règlement des opérations est adressé, à titre gratuit, à toute personne qui en fait la demande". Ils précisent l'adresse à laquelle peut être envoyée cette demande ainsi que le nom de l'officier ministériel auprès de qui ledit règlement a été déposé.* »

7. On relève tout d'abord que l'articulation entre les dispositions du Code de la sécurité intérieure et celles du Code de la consommation est maintenant clairement définie et que les loteries promotionnelles ne relèvent que des articles L.121-36 et suivants du Code de la consommation. Ceci concerne à la fois les loteries à destination des consommateurs et celles visant les professionnels (B to B).

8. À première vue, l'article L.121-36-1 paraît régler la question des frais de participation sur laquelle aucune véritable certitude n'avait jusqu'à présent jamais existé. On sait que ce type de jeu, outre son lien à un éventuel achat du produit faisant l'objet de la promotion, peut entraîner des frais soit pour participer (timbre, connexion téléphonique, envoi de SMS...) soit pour obtenir son lot. La jurisprudence, peu nombreuse, était jusqu'à présent incertaine. Du nouveau texte, il semble résulter que pour les jeux destinés aux consommateurs, l'existence de frais de participation (affranchissement, communication ou connexion) est possible à la triple condition qu'ils ne soient pas surtaxés, qu'ils soient remboursés sur demande, et que cette possibilité soit préalablement portée à leur connaissance. Cependant, la conformité de cette règle à la directive de 2005 est à tout le moins contestable. On peut d'abord se demander si le législateur national peut imposer de telles obligations dès lors qu'elles ne sont pas prévues à la

dite directive. Surtout, il est difficile d'admettre que les frais en question doivent obligatoirement être remboursés alors que le plus souvent ils ne pourront être considérés comme constitutifs d'une altération substantielle du comportement économique des consommateurs. Il y a un paradoxe manifeste à admettre qu'une loterie promotionnelle pourrait être liée à un achat mais qu'elle ne pourrait impliquer le paiement de frais de participation qui seront, dans la plupart des cas, d'un montant très sensiblement inférieur. Ce texte amène à prendre parti de manière abstraite sur la notion d'altération substantielle du comportement économique qui doit au contraire selon la jurisprudence, aujourd'hui constante de la CJUE, faire l'objet d'une appréciation concrète au cas par cas.

9. Pour ce qui concerne les opérations réalisées par voie d'écrits (dont la définition nous ramène aux difficultés de qualification évoquées ci-dessus), les dispositions préalablement rappelées (absence de confusion avec un document administratif ou bancaire, liste des lots, obtention du règlement à titre gratuit) resteraient obligatoires. Là encore la compatibilité de cette disposition au droit communautaire se pose. Peut-on admettre de façon générale, par exemple, l'obligation de proposer l'obtention d'un règlement à titre gratuit alors que les frais nécessaires à cette obtention seront le plus souvent insusceptibles de constituer une altération substantielle du comportement économique des consommateurs ? Plus encore, la mise en ligne du règlement sur un site internet permettant à une grande majorité de consommateurs d'en avoir connaissance sans avoir de dépense à effectuer n'est-elle pas suffisante et faut-il continuer à prévoir la possibilité pour les consommateurs de demander que ledit règlement leur soit adressé ?

10. Pour ce qui concerne les opérations à destination des professionnels, nous avons vu qu'elles étaient également soumises aux règles des articles L.121-36 et suivants qui ne font à cet égard aucune distinction. Cependant, les règles de l'article L.121-36-1 semblent ne viser que les opérations à destination des consommateurs. Par voie de conséquence, il paraît raisonnable de soutenir que ces opérations ne sont pas soumises aux obligations de ce texte et notamment celles relatives à la gratuité de la participation qui y est évoquée.

11. Comme tout nouveau texte, il conviendra d'apprécier les conditions dans lesquelles il sera appliqué par les tribunaux. D'ores et déjà, il semble cependant que certaines de ses dispositions ne pourront être admises telles quelles. On ne peut d'ailleurs exclure une nouvelle procédure menée par la Commission européenne à l'encontre de la France tant les incompatibilités entre cette loi et les dispositions de la directive sont flagrantes. Ceci est d'autant plus vrai que dans son rapport d'application de la directive en date du 14 mars 2013, la Commission a clairement montré son intention d'en suivre très précisément la mise en œuvre dans les différents États membres. Elle rappelle en effet que son rôle dans le contrôle de l'application de la directive de 2005 est « *capital parce qu'elle doit veiller à ce que ce texte soit correctement et effectivement appliqué dans tous les États membres* » tout en rappelant que les premières années d'application de la directive ont démontré que la protection des consommateurs a été renforcée dans les États membres. Elle souhaiterait donc à cet égard « *jouer un rôle plus actif pour encourager l'application cohérente de la directive, notamment en ce qui concerne les pratiques déloyales* ». **E. A.**