

## Pratiques commerciales déloyales et loterie publicitaire : une interprétation de la CJUE

**MOTS-CLÉS :** droit de la consommation, pratiques commerciales déloyales, loteries publicitaires

CJUE (6<sup>e</sup> ch.)

18 octobre 2012 (affaire C-428/11)

Purely Creative Ltd. c/ Office of Fair Trading 299-XX

L'annexe I de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs est constituée d'une liste de 31 points décrivant des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances. En vertu du point 31, second tiret, de cette annexe, est constitutive d'une telle pratique le fait de : « Donner la fausse impression que le consommateur a déjà gagné, gagnera ou gagnera en accomplissant tel acte un prix ou un autre avantage équivalent, alors que, en fait, – soit il n'existe pas de prix ou autre avantage équivalent, – soit l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande du prix ou autre avantage équivalent est subordonné à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût. »

Ce texte doit être interprété en ce sens qu'il interdit les pratiques agressives par lesquelles des professionnels donnent l'impression fautive que le consommateur a déjà gagné un prix, alors que l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande de ce prix, qu'il s'agisse d'une demande d'information relative à la nature dudit prix ou de la prise de possession de celui-ci, est subordonné à l'obligation, pour le consommateur, de verser de l'argent ou de supporter un coût quelconque. Il est sans incidence que le coût imposé au consommateur, tel le coût d'un timbre-poste, soit négligeable par rapport à la valeur du prix ou qu'il ne procure aucun bénéfice au professionnel. Il est sans incidence également que les actions en rapport avec la demande d'un prix puissent être réalisées selon plusieurs méthodes proposées au consommateur par le professionnel, dont au moins l'une d'entre elles serait gratuite, dès lors que l'une ou plusieurs des méthodes proposées supposent que le consommateur supporte un coût pour s'informer au sujet du prix ou des modalités d'obtention de ce dernier. Il appartient aux juridictions nationales d'apprécier les informations fournies aux consommateurs en tenant compte de la clarté et de la compréhensibilité de ces informations par le public ciblé par la pratique suivie.

## COMMENTAIRE



**Éric Andrieu**

Avocat au Barreau de Paris

Cabinet Péchenard & Associés

1. Il est maintenant acquis que la Directive 2005-29-CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2006 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, a vocation à modifier de manière importante la mise en œuvre des opérations promotionnelles sur le territoire des États membres.

2. Rappelons brièvement qu'en vertu de ce texte, transposé en droit français par des lois des 3 janvier et 4 août 2008, sont dorénavant interdites les pratiques commerciales déloyales (pouvant être trompeuses ou agressives) lorsque deux critères sont réunis :

- un manquement aux exigences de la diligence professionnelle,
- une altération substantielle du comportement économique d'un consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

La Directive détermine par ailleurs 31 pratiques qui sont nécessairement déloyales. Selon l'interprétation constante de la CJUE (1) et des juridictions nationales (2), toute pratique ne figurant pas dans la liste visée ci-dessus ne peut être systématiquement interdite par un législateur national.

3. En application de ces dispositions et sur injonction des autorités communautaires, le législateur français a modifié certains textes par la loi du 17 mai 2011 qui a ajouté, aux textes existants et interdisant les ventes avec primes, les loteries commerciales ou les ventes subordonnées, que ces infractions ne seraient constituées que si « la pratique en cause revêt un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1 » du Code de la consommation.

Cette modification législative a cependant paru insuffisante à la Commission qui a adressé à la France le 29 septembre 2011 un avis motivé afin que nos dispositions nationales soient alignées sur le droit de l'Union européenne. S'il est aujourd'hui certain que de nouvelles pratiques promotionnelles pourront être mises en œuvre, de nombreuses questions restent posées quant aux conditions dans lesquelles ces évolutions pourront intervenir. C'est la jurisprudence qui permettra d'en préciser les contours, qu'elle émane des juridictions communautaires ou nationales.

1. Cjce, 1<sup>re</sup> ch. 23 avril 2009 – C-261/07 et C-299/07- *Légipresse* n° 262-I, p. 85 ; CJUE, 1<sup>re</sup> ch. 14 janv. 2010 – C-304/08, *Légipresse* n° 270-III, p. 46, commentaire N. Sauphanor-Brouillaud et E. Andrieu ; CJUE, Grande Ch. 9 nov. 2010 – C-540/08, *Légipresse* n° 278, p. 232, commentaire N. Sauphanor-Brouillaud et E. Andrieu.

2. Cass. Com. 13 juil. 2010, n° 09-15304 et n° 09-66970 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 2010, *Légipresse* n° 278, p. 232, commentaire N. Sauphanor-Brouillaud et E. Andrieu ; Cass. Com. 29 nov. 2011, *Légipresse* n° 291, p. 116.

Dès lors, la décision rendue le 18 octobre 2012 par la 6<sup>e</sup> Chambre de la CJUE présente un intérêt manifeste.

## LA PROCÉDURE

4. La CJUE était saisie par une décision de la *Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)* du 2 août 2011. Il s'agissait d'un litige dans lequel l'*Office of Fair Trading* britannique, chargé de veiller à l'application de la réglementation protégeant les consommateurs au sujet des pratiques mises en œuvre par les professionnels, poursuivait cinq entreprises spécialisées dans le publipostage ainsi que plusieurs personnes ayant travaillé au sein desdites entreprises. Les faits étaient liés à la diffusion de publicités adressées à des consommateurs par courrier ou au moyen d'encarts publicitaires placés dans des journaux ou des magazines dont les caractéristiques communes principales étaient les suivantes :

- Le consommateur était informé qu'il avait gagné l'un des prix mis en jeu parmi une liste dont la valeur allait de quelques livres sterling à des montants qualifiés de « *considérables* ».
- Le consommateur pouvait découvrir ce qu'il avait gagné en appelant un numéro de téléphone surtaxé, en utilisant un service SMS, ou en adressant un courrier ordinaire (cette dernière formule étant moins mise en avant que les autres).
- Le consommateur n'était pas informé du fait que les autres modes de participation permettaient aux organisateurs de l'opération de percevoir des sommes importantes.
- Le consommateur était parfois tenu de payer des frais supplémentaires pour la livraison et l'assurance du lot (frais dont une partie était utilisée par l'organisateur pour financer le coût d'acquisition dudit lot).
- Plus de 99 % des participants ne gagnaient que la dotation la plus modeste dont la valeur ne dépassait pas, ou peu, les frais déjà dépensés en téléphone ou en télétexte. Parmi les exemples visés par la CJUE, il fallait payer 18 livres sterling (GBP) pour recevoir « *une montre prétendument suisse, fabriquée au Japon* ».
- Pour bénéficier d'une croisière pour quatre personnes en Méditerranée, il fallait payer 14,95 GBP pour l'assurance et la livraison. Le gagnant découvrait alors, par les indications en petits caractères sur le bon qui lui était adressé, qu'il s'agissait d'une croisière de trois jours en Corse et en Sardaigne à partir d'un port toscan non spécifié. Il lui était proposé un voyage aller-retour vers le lieu de départ de la croisière pour 159 GBP et un supplément devait être versé pour obtenir une cabine d'un ou deux lits au lieu de quatre. Il fallait enfin payer des frais de nourriture et de boissons ainsi que des taxes portuaires. Au total, les frais à déboursier pour participer à la croisière étaient de l'ordre de 400 GBP par personne.

5. La *Court of Appeal* a estimé qu'il fallait solliciter de la CJUE une interprétation du point 31 de l'annexe I de la Directive. C'est l'objet de l'arrêt commenté.

## LA DÉCISION

6. Le débat portait sur l'interprétation du point 31 de l'annexe I de la Directive réputant déloyale la pratique consistant à :  
« *Donner la fausse impression que le consommateur a déjà gagné, gagnera ou gagnera en accomplissant tel acte un prix ou un autre avantage équivalent, alors que, en fait :*  
– soit il n'existe pas de prix ou autre avantage équivalent,  
– soit l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande du prix ou autre avantage équivalent est subordonné à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût. »

On peut noter que, dans le texte transposé à l'article L.122-11-1, 8<sup>o</sup> du Code de la consommation, la première phrase a été modifiée puisqu'elle débute par « *de donner l'impression que le consommateur (...)* », la notion de « *fausse impression* » ayant été supprimée.

7. La CJUE commence tout d'abord par s'interroger sur cette notion de « *fausse impression* ». Pour elle, cette notion ne peut être comprise indépendamment des deux circonstances décrites dans la seconde partie du point 31 et le terme « *fausse* » n'est donc pas indispensable à sa compréhension. Selon la CJUE, dès lors que l'un des critères de la seconde partie du point 31 est rempli, l'impression évoquée à la première partie de ce texte est nécessairement fausse. En

un mot, il s'agit, pour assurer un niveau élevé de protection des consommateurs « *de préserver l'intégrité de la notion de "prix" (...)* en ce sens qu'un prix pour lequel le consommateur est tenu d'effectuer un paiement quelconque ne peut pas être qualifié de "prix". »

8. La pertinence de ce raisonnement peut sans doute être discutée. Tout d'abord, elle revient à supprimer purement et simplement l'un des termes de la Directive, ce qui amène nécessairement à se poser des questions sur le pouvoir du juge au regard de celui du législateur. Qui plus est, si l'intention de protéger les consommateurs est évidemment louable et si les circonstances factuelles exigeaient manifestement une intervention de cette nature puisqu'il semble que les opérations critiquées accumulaient les manquements vis-à-vis des obligations des professionnels et apparaissaient comme particulièrement déloyales, une prise de position de principe aussi ferme est peut-être excessive. Imaginons une opération dans laquelle un consommateur est clairement avisé de la dotation qu'il a gagnée et de la nécessité dans laquelle il se trouverait, par exemple, de confirmer ses coordonnées au moyen d'un courrier ou d'un courrier électronique (ce qui l'amènerait à supporter un coût) : cette pratique serait-elle *ipso facto* condamnable ? À quel titre serait-il ainsi donné au consommateur une fausse impression quant à la dotation obtenue ?

9. On pourrait mieux comprendre cette interprétation si elle constituait une dépense importante imposée aux consommateurs au regard de la dotation proposée. Cependant, la CJUE estime que le point 31 ne prévoyant aucune exception, l'express-

sion « *supporter un coût* » ne permet pas de faire supporter aux consommateurs le moindre coût, quand bien même il serait négligeable au regard de la valeur du prix ou ne procurerait aucun avantage pour l'organisateur de l'opération. La CJUE va plus loin encore en ajoutant que « *compte tenu du caractère absolu de l'interdiction d'imposer un coût, le fait de proposer plusieurs options ne saurait supprimer le caractère déloyal de la pratique lorsque certaines des options proposées imposent aux consommateurs de supporter un coût, quand bien même celui-ci serait négligeable au regard de la valeur du prix* ». Il semble que l'on puisse déduire de cette rédaction que la position de la CJUE serait identique même si l'une des options était entièrement gratuite pour les consommateurs.

10. Il faut tout de même relever que la CJUE prévoit qu'il importe « *de distinguer ce qui constitue le prix de ce qui constitue la prise de possession de ce dernier* ». Elle limite les effets du point 31 de l'annexe I aux actions en rapport avec la demande du prix en rappelant auparavant que « *la description du prix s'impose aux consommateurs* ». Elle cite l'exemple d'une dotation qui serait définie comme « *un billet d'entrée* » pour un match de football qui n'aurait pas à comprendre le transport du consommateur depuis son domicile jusqu'au stade. En revanche, si la dotation était définie comme « *le fait d'assister* » au match, les frais correspondants ne devraient pas être supportés par le gagnant. On comprend, à travers cet exemple, que le souhait de la CJUE, en cela conforme avec les objectifs de la Directive, est avant tout de veiller à ce que l'information du consommateur soit aussi claire et précise que possible.

## LES CONSÉQUENCES PRATIQUES DE CETTE DÉCISION

11. Il est de première importance, pour les opérateurs concernés par la mise en œuvre d'opérations promotionnelles, de bénéficier de la plus grande sécurité juridique. Les interprétations données par les juridictions sont d'autant plus importantes qu'elles portent sur des textes récents, laissant planer un certain nombre d'incertitudes. Si l'on voulait ainsi apprécier la portée de la décision commentée aux opérations habituellement mises en place en France en matière de loterie, on pourrait sans doute estimer que :

- Cette décision est intervenue dans des circonstances très différentes d'une loterie publicitaire classique et qui donnaient lieu à des critiques factuelles très manifestes.
- Les jeux, dans lesquels il est indiqué que tous les participants sont gagnants de dotations de nature et de valeur variables, ne pourraient plus être organisés qu'à condition d'être intégralement gratuits. La possibilité d'un double accès à ces jeux moyennant la mise en œuvre d'un canal gratuit deviendrait

contestable puisqu'au moins l'une des voies d'accès amènerait les consommateurs à supporter un coût.

– Les autres mécaniques de loterie promotionnelle (éventuellement payantes) resteraient autorisées dès lors qu'elles comporteraient, dans leur présentation, la notion même de l'aléa qu'implique un jeu de hasard qui ne permet pas de retenir que l'organisateur donnerait la fausse impression (ni même l'impression) que le consommateur a déjà gagné une dotation (ou la gagnera ou la gagnera en accomplissant un acte déterminé).

12. Cette analyse est la seule qui semble acceptable, compte tenu des interprétations d'ores et déjà données par la CJUE des opérations de loterie. On rappellera en particulier la décision de la Grande Chambre du 9 novembre 2010 (3) pour laquelle « *la possibilité de participer à un jeu concours doté d'un prix, liée à l'achat d'un journal, ne constitue pas une pratique commerciale déloyale (...) du seul fait que cette possibilité de participer à un jeu représente, au moins pour une partie des consommateurs concernés, le motif déterminant qui les a incités à acheter ce journal.* »

Il est donc manifeste que le principe de loteries liées à une obligation d'achat n'est pas interdit en lui-même par la juridiction communautaire, bien que l'achat en question présente à l'évidence un coût pour le consommateur.

13. Sur un plan pratique, il est fréquent que des loteries promotionnelles permettent de gagner des dotations qui impliqueront une dépense pour les consommateurs. On pourrait reprendre l'exemple des billets d'accès à un match de football cité par la décision commentée. Il est acquis qu'une telle dépense ne doit pas être considérée comme un coût au sens du point 31 de l'annexe I de la Directive et qu'elle est par conséquent possible, sous réserve d'être présentée avec une clarté suffisante. Les exemples pourraient être multipliés puisque le plus souvent l'usage d'une dotation impliquera ce type de frais.

De même, il est fréquent qu'un annonceur offre, dans le cadre d'un jeu de cette nature, des bons de réduction à valoir sur l'achat de ses produits. Il semble possible de soutenir de la même manière que la dépense qui sera nécessairement effectuée par les consommateurs pour utiliser leurs bons de réduction ne sera pas sanctionnée sur la base de la violation du point 31 de l'annexe I puisqu'il ne s'agit pas d'une action en rapport avec la demande de la dotation mais bien de la description de la dotation elle-même, et ce conformément à la distinction opérée par la CJUE.

À suivre...

E. A.

3. CJUE, Grande Ch. 9 nov. 2010 – C-540/08, précité.