

Droit de la concurrence interne et européen

Leçon 301 : La déloyauté d'un concurrent sur le marché : Questions de cours

Linda ARCELIN

Table des matières



Répondez aux questions suivantes :

1. Qu'est-ce que l'*Ambush marketing* ?
2. La réglementation française sur les réductions de prix est-elle conforme à la Directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs ?

En savoir plus : Correction

1. Qu'est-ce que l'*Ambush marketing* ?

L'*ambush marketing*, le *marketing* sauvage ou encore le *marketing* à l'embuscade s'entend comme une association à un événement – souvent sportif et d'ordre mondial – et aux valeurs qu'il incarne, sans l'autorisation de l'organisateur. Bien évidemment, le but recherché est de profiter de l'impact médiatique de la manifestation sans la parrainer donc sans bourse délier. Ce comportement est attentatoire à l'intérêt du parrainage et in fine à l'existence de manifestations sportives. Sauf à prévoir des dispositions législatives ou réglementaires ponctuelles pour régir les communications autour d'une manifestation (ex : les JO, une coupe du monde de football...), les réponses juridiques sont très faibles. La Cour de cassation a par ailleurs circonscrit l'action à la condition que l'auteur de l'agissement se soit présenté comme partenaire et ait donc créé un risque de confusion dans l'esprit des consommateurs (Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-12102 : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 191, obs. M. Malaurie-Vignal), ce qui réduit la théorie à une peau de chagrin (v. Les critiques de F. Fajgenbaum et T. Lachacinski, FFR c/ Fia, « L'*ambush marketing* de mieux en mieux embusqué... pour l'instant », CCE 2013, étude 15). L'action qui pourrait être intentée pour parasitisme économique rencontre encore ses limites dans la réparation des victimes du préjudice très difficile à évaluer (v. L. Arcelin Lécuyer, « De la difficulté d'appréhender l'opportunisme commercial : l'exemple de l'*ambush marketing* », D. 2008, p. 1501).

2. La réglementation française sur les réductions de prix est-elle conforme à la Directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs ?

Les prix sont libres (art L. 410-1 du Code de commerce). Le prix, lorsqu'il est compétitif est un argument déterminant. De ce fait, la réduction de prix apparaît comme une technique importante de la promotion des ventes. Certaines entreprises pratiquent la réduction de prix permanente : grande surface, hard discount... Elle est possible au regard de l'importance des volumes achetés. Il peut aussi s'agir de réduction de prix momentanée qui suppose alors un prix de référence connu du consommateur.

Tout professionnel doit afficher ses prix (art. L. 112-1 du Code de la consommation). Compte tenu des risques que peut faire courir l'annonce de prix réduit, d'autres mesures sont requises. Suite à la Loi de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008, un arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur, abrogeant celui du 2 septembre 1977, avait introduit de nouvelles modalités de publicité et d'information sur les prix. Le 7 juillet 2009, une circulaire concernant les conditions d'application de cet arrêté a été publiée (BOCCRF 17 juill. 2009). Après avoir circonscrit le champ d'application de l'article 1er de l'arrêté, la circulaire s'attarde sur les obligations de l'annonceur. Concernant la publicité sur les lieux de vente et les sites électroniques marchands, toute publicité mentionnant une baisse de prix chiffrée doit faire apparaître le prix réduit annoncé et le prix de référence défini à l'article 2 de l'arrêté. Il n'est pas prévu de hiérarchie entre les différents prix de référence. Les annonceurs peuvent donc choisir un des quatre prix de référence définis par l'arrêté, à savoir :

- Prix le plus bas effectivement pratiqué par l'annonceur au cours des trente derniers jours précédant le début de la publicité. La notion de « début de la publicité » au sens de la présente disposition correspond à 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 est celui pratiqué à l'égard de la clientèle courante, soit en pratique le prix marqué. Il n'y a donc pas lieu de tenir compte des rabais consentis exceptionnellement à un petit nombre de clients ni des rabais conditionnés à l'achat de plusieurs produits dans le même établissement, ni des avantages liés à des conditions particulières telles que la reprise d'appareils usagés. L'annonceur doit 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).

- Le prix conseillé par le fabricant ou l'importateur du produit. L'annonceur doit être à même de prouver la réalité du prix conseillé et que ce prix est couramment pratiqué par les autres distributeurs du même produit. Pour ce faire, il devra être en mesure d'indiquer aux services de contrôle 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. Quand le prix de référence est communiqué dans le cadre d'opérations commerciales diffusées au sein d'un réseau d'indépendants organisé par des contrats de licence de marques, de savoir-faire ou d'enseignes, 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.
- Le prix maximum résultant d'une disposition de la réglementation économique. Cette référence ne peut être qu'exceptionnelle en l'état actuel de la réglementation. La définition suppose en effet que la réglementation économique 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. Dans ce cas, l'annonceur doit être à même de prouver l'existence d'un prix limite réglementé mais également que ce prix est couramment pratiqué par les autres distributeurs du même produit.
- Le dernier prix conseillé par le fabricant ou l'importateur. Le prix de référence peut enfin être le dernier prix conseillé par le fabricant ou l'importateur dans le cas spécifique où l'article concerné par la réduction de prix ou un article similaire n'a pas été précédemment vendu ou proposé à la vente par l'annonceur dans le même établissement de vente au détail ou sur le même site de vente à distance et où cet article ne fait plus l'objet d'un prix conseillé par le fabricant ou l'importateur. Trois conditions doivent toutefois être respectées :
 - le prix ne peut avoir été conseillé plus de trois ans avant le début de la publicité ;
 - le consommateur doit être informé que le prix de référence est un prix conseillé et de l'année à laquelle ce prix se rapporte ;
 - l'annonceur doit être à même de justifier de la réalité de ce prix conseillé et du fait qu'il a été pratiqué.

La directive du 11 mai 2005 étant d'harmonisation maximale, elle interdit aux Etats membres de conserver ou prendre des mesures plus restrictives. En particulier, l'annexe 1 de la directive dresse une liste de pratiques présumées déloyales et interdites et les Etats membres ne peuvent étendre cette liste. Or « *les dispositions des articles 5 à 9 de la directive 2005/29/CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis à vis des consommateurs dans le marché intérieur font-elles obstacle à ce que soient interdites, en toutes circonstances, quelle que soit leur incidence possible sur la décision du consommateur moyen, des réductions de prix qui ne seraient pas calculées par rapport à un prix de référence fixé par voie réglementaire* » ? Telle est la question préjudicielle posée par la Cour de cassation à la CJUE dans un arrêt du 9 septembre 2014 (n° [13-85927](#)).

Il faut dire que la question s'est déjà posée en droit belge, très proche du nôtre. La CJUE a jugé que la législation belge qui interdit de manière générale des pratiques d'annonces de réduction de prix sans procéder à une analyse individuelle du caractère déloyal de celles-ci, est contraire à la Directive et va à l'encontre de l'objectif d'harmonisation complète poursuivi par la directive (CJUE, 10 juill. 2014, aff. [C-421/12](#), Commission c/ Royaume de Belgique). Or, le droit français tend à la même interdiction générale. Sans attendre la réponse de la Cour, le pouvoir réglementaire a abrogé l'arrêté de 2008 pour lui substituer un nouvel arrêté du 11 mars 2015 (JO 24 mars 2015, p. 5378). Selon le texte, toute annonce de réduction de prix est licite sous deux conditions : elle ne doit pas constituer une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1 du Code de la consommation et elle doit être conforme à plusieurs règles. Lorsqu'une annonce de réduction de prix est faite dans un établissement commerciale, l'étiquetage ou l'affichage des prix doit 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 (art. 2). Lorsque l'annonce de réduction de prix est d'un taux uniforme et se rapporte à des produits ou services parfaitement identifiés, cette réduction peut être faite par escompte de caisse. Dans ce cas, cette modalité doit faire l'objet d'une information, l'indication du prix réduit n'est pas obligatoire et l'avantage annoncé s'entend par rapport au prix de référence (art. 3). Enfin, l'annonceur doit pouvoir justifier de la réalité du prix de référence à partir duquel la réduction de prix est annoncée (art. 4). Toutes les autres modalités envisagées dans l'arrêté de 2008 tombent. Les modalités de fixation du prix de référence sont supprimées : il est désormais fixé librement à condition d'être réel. Cette liberté a toutefois son revers puisqu'elle fait peser l'appréciation de

la loyauté du mode de calcul sur l'annonceur, sachant que les sanctions pénales ont été lourdement renforcées depuis la loi Hamon.

Finalement et sans surprise, la Cour de justice a considéré dans son ordonnance du 8 septembre 2015 Discount (aff. [C-13/15](#)) que la directive 2005/29/CE doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à des dispositions nationales, telles que celles en cause au principal, qui prévoient 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, pour autant que ces dispositions poursuivent des finalités tenant à la protection des consommateurs.

Suite à l'adoption de la directive Omnibus de 2019, l'[ordonnance de transposition du 22 décembre 2021](#) a intégré un nouvel article [L. 112-1-1 I](#) dans le Code de la consommation disposant que « I.- Toute annonce d'une réduction de prix indique le prix antérieur pratiqué par le professionnel avant l'application de la réduction de prix.

Ce prix antérieur correspond au prix le plus bas pratiqué par le professionnel à l'égard de tous les consommateurs au cours des trente derniers jours précédant l'application de la réduction de prix.

Par exception au deuxième alinéa, en cas de réductions de prix successives pendant une période déterminée, le prix antérieur est celui pratiqué avant l'application de la première réduction de prix.

Le présent I ne s'applique pas aux annonces de réduction de prix portant sur des produits périssables menacés d'une altération rapide. ».