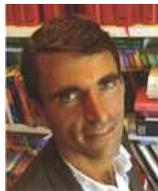


# Le nouvel encadrement des promotions portant sur les produits alimentaires

15 janvier 2019



Par Etienne Petit

Juriste spécialisé en droit de la publicité et de la promotion des ventes  
Auteur du « Nouveau guide de la publicité et de la promotion des ventes », Gualino, 2012

Contact : [epetit@modelo.fr](mailto:epetit@modelo.fr)

La loi Egalim du 30 octobre 2018 (ancienne « Loi Travert ») a inséré dans l'article L. 441-2 du Code de commerce un nouvel alinéa interdisant d'utiliser dans la promotion d'un produit alimentaire le **terme « gratuit »**. Cette interdiction, effective depuis le 2 novembre 2018, est sanctionnée par une amende de 15 000 €. Mais en application du principe d'interprétation stricte des textes répressifs, seule l'utilisation du terme « gratuit » est prohibée. Pas celle de ses dérivés, comme c'est le cas pour le mot « soldes » (C. com., art. L. 310-3).

La loi Egalim a surtout autorisé le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance des mesures visant, pour une **durée limitée à deux ans**, à relever le seuil de revente à perte (SRP) des produits alimentaires revendus en l'état et à encadrer les promotions portant sur toutes les denrées alimentaires. C'est chose faite avec l'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 publiée au *Journal Officiel* du 13 décembre. Le même jour était publié l'avis n° 18-A-14 du 23 nov. 2018 de l'Autorité de la concurrence concernant le projet d'ordonnance, un avis aussi documenté que critique.

## Champ d'application du dispositif

L'encadrement en valeur et en volume des promotions concerne toutes les denrées alimentaires destinées aux consommateurs, ainsi que les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie. Il vise donc toutes les substances ou produits transformés ou non destinés à être ingérés par l'homme ou l'animal de compagnie, y compris les boissons. Une exception toutefois : les produits périssables et menacés d'altération rapide ne sont pas concernés, à condition que l'avantage promotionnel ne fasse l'objet d'aucune publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente.

Le relèvement du seuil de revente à perte a une portée plus limitée puisqu'il ne vise que les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie « revendus en l'état » au consommateur. L'expression désigne les produits n'ayant subi aucune transformation (essentiellement des fruits et légumes), peut être aussi les produits alimentaires frais ayant été faiblement transformés (par exemple, le lait, le beurre, les fromages, la viande, le poisson, les pâtes) si l'on suit l'approche retenue par l'Autorité de la concurrence.

Les dispositions de l'ordonnance sont applicables sur le seul territoire de la France métropolitaine. Elles ne s'appliquent pas dans les collectivités de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique, de La Réunion et de Mayotte, ni dans les collectivités de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon.

## Première mesure : le relèvement du seuil de revente à perte

En réalité, il s'agit davantage de l'instauration de l'obligation, pour le revendeur des produits, de pratiquer une marge minimale en affectant au prix d'achat effectif du produit en question un coefficient au moins égal à 1,10, que d'un relèvement du seuil de revente à perte.

Dans son avis, l'Autorité de la concurrence se montre extrêmement réservée quant aux chances d'atteindre l'objectif recherché – améliorer la situation des fournisseurs – et elle souligne l'effet

inflationniste de cette mesure : si l'estimation du « surpris » direct sur deux ans est chiffrée entre 782 millions d'euros par l'ANIA et 1 642 millions d'euros pour le Gouvernement, l'Autorité de la Concurrence l'estime pour sa part entre 0,6 à 4,5 milliards d'euros, soit 10 à 78 € par an et par ménage.

Rappelons que le non-respect du seuil de revente à perte est puni d'une amende de 375 000 € pour une personne morale et que le montant de l'amende peut être porté à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif.

## Deuxième mesure : l'encadrement des promotions

L'ordonnance du 12 décembre 2018 met en place un double encadrement avec une limite en valeur et une limite en volume des promotions portant sur des denrées alimentaires destinées aux consommateurs, ainsi que les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie.

### Les promotions concernées

Le champ d'application du dispositif est large puisqu'il vise tous les avantages promotionnels, immédiats ou différés, le cas échéant cumulés, financés par le distributeur ou le fournisseur, ayant pour effet soit de réduire le prix de vente au consommateur, soit d'augmenter la quantité vendue équivalente (un produit acheté, un produit offert).

Cela vise les réductions de prix immédiates ou différées, mais aussi vraisemblablement les systèmes de fidélisation ou de cagnottage mis en place par les distributeurs. Si l'Autorité de la concurrence souligne les divergences d'interprétations sur ce dernier point (point 138), les débats parlementaires laissent peu de doutes sur l'intention du législateur de donner au texte une portée très large. La question du cagnottage devra néanmoins être tranchée. Les partisans de l'exclusion restent mobilisés : en se fondant sur la version définitive de l'ordonnance, qui précise que les avantages doivent avoir « pour effet de réduire le prix de vente au consommateur », précision qui ne figurait pas dans le premier projet d'ordonnance qui avait circulé en septembre dernier, ils estiment que le cagnottage ne devrait pas être concerné car la technique n'a pas d'incidence sur le prix payé en caisse par le consommateur. Et par la suite, lorsque le consommateur utilise l'avantage crédité sur sa carte, il serait impossible de l'affecter aux seuls produits alimentaires visés par le dispositif (Yves Puget, Loi Egalim : vif débat juridique autour du cagnottage, LSA 3 janv. 2019).

Mais quid également des promotions proposant une déduction ou un remboursement dont le bénéficiaire ou le montant sont affectés d'un élément aléatoire, ou encore des bons d'achat ?

En revanche, une certitude : seuls les avantages ayant pour effet de réduire le prix payé par le consommateur sont visés, ce qui conduit à exclure les promotions telles que les primes ou les loteries promotionnelles.

### Un plafonnement en valeur, première limitation

Les avantages promotionnels, le cas échéant cumulés, accordés au consommateur pour un produit déterminé, ne peuvent plus excéder 34 % du prix de vente au consommateur d'un produit déterminé ou une augmentation de la quantité vendue équivalente. Le « Deux produits achetés, le troisième offert » reste autorisé, mais le « Un produit acheté, un offert » devient interdit. La notion de « prix de vente au consommateur » correspond au prix de référence pratiqué par le distributeur avant la promotion, un prix de référence effectivement pratiqué présentant toutes les caractéristiques d'un prix de référence loyal.

### Un plafonnement en volume, seconde limitation

Qu'ils soient accordés par le fournisseur ou par le distributeur, les avantages promotionnels ne peuvent porter que sur des produits représentant au maximum 25 % :

- soit du chiffre d'affaires prévisionnel fixé par la convention unique (C. com., art. L. 441-7),
- soit du volume prévisionnel prévu par un contrat de fabrication de produits sous marque de distributeur (MDD) ;
- soit des engagements de volume portant sur des produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture.

Là encore, comme l'a notamment souligné l'Autorité de la concurrence, de nombreuses incertitudes existent quant aux éléments prévisionnels sur lesquels le plafond peut être calculé, qu'il s'agisse du chiffre d'affaires ou des volumes prévisionnels : Comment apprécier les volumes prévisionnels ? Par catégorie de produits, par marque, par fournisseur, etc. ? Quelle assiette de calcul prendre en compte lorsque plusieurs fournisseurs approvisionnent le distributeur pour une même référence ? Comment contrôler a posteriori l'encadrement en volume et les écarts entre le prévisionnel et le réalisé ?

## Les sanctions encourues

Tout manquement au dispositif d'encadrement commis par un fournisseur ou un distributeur est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 375 000 € pour une personne morale, amende dont le montant peut être porté à la moitié des dépenses de publicité effectuées au titre de l'avantage promotionnel. Ce maximum est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

## Entrée en vigueur des différentes dispositions

Le dispositif d'encadrement est entré en vigueur par étapes :

- le 2 novembre 2018 pour l'interdiction d'employer le terme « gratuit »,
- le 1<sup>er</sup> janvier 2019 pour l'encadrement en valeur des promotions,
- le 1<sup>er</sup> février 2019 pour le relèvement du seuil de revente à perte (D. n° 2018-1304, 28 déc. 2018).

Quant à l'encadrement en volume des promotions, il s'applique à toute convention unique conclue avant le 13 décembre 2018, dès lors que cette convention devait, en application de l'article L. 441-7, al. 5 du Code de commerce, être conclue avant le 1<sup>er</sup> mars 2019 et à tout contrat de fabrication sous marque distributeur conclu avant ce même 13 décembre et toujours en cours d'exécution à cette date.

## En conclusion

Il suffit de lire l'Avis de l'Autorité de la concurrence pour conforter ses premières impressions : un dispositif aussi complexe qu'approximatif dont la portée et le contenu posent de nombreuses questions préjudiciables à la sécurité juridique des opérateurs et dont les effets risquent d'être très éloignés des objectifs poursuivis.

Espérons que le « document pédagogique » que la DGCCRF devrait publier apportera des éclaircissements (*Relèvement du seuil de revente à perte et encadrement des promotions sur les produits alimentaires*, BRDA 2019, n° 1, p. 26).

Mais en quelques lignes (point 23), l'Autorité de la concurrence a sans doute mis le doigt sur une question essentielle évoquée nulle part ailleurs : celle de la conformité du dispositif d'encadrement avec le droit de l'Union européenne (point 23) et, plus précisément, avec la Directive Pratiques commerciale déloyale du 11 mai 2005. Rappelant que la Cour de justice a censuré les interdictions de la revente à perte belge et espagnole formulées dans les termes similaires à la nôtre, l'Autorité semble prendre position : « si l'emplacement de l'article L. 442-2 dans le Code de commerce dans la partie consacrée aux pratiques restrictives de concurrence atteste que cette interdiction a été mise en place pour protéger le commerce, il n'en reste pas moins que ce texte a une portée consumériste dès lors qu'il est censé protéger les consommateurs contre la technique potentiellement trompeuse du prix d'appel ».

En effet, dès lors qu'une loi vise au moins pour partie à protéger les consommateurs, elle entre dans le champ de l'harmonisation complète et maximale réalisée par la directive PCD (CJCE, 23 avr. 2009). Il n'est plus possible d'interdire une « pratique commerciale » – le fait pour un commerçant de réduire ses prix ou de revendre à perte un produit afin d'attirer des clients est une pratique commerciale (CJUE, 7 mars 2013 et 19 oct. 2017) – si cette pratique ne fait pas partie des 31 pratiques réputées déloyales de l'Annexe 1 de la directive. Or, ces deux pratiques n'en font pas partie. A suivre.