

« L'invitation à l'achat » : attention, danger

juin 2011



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, février 2012

Contact : epetit@modelo.fr

Dans un arrêt du 12 mai 2011, la CJUE précise les contours de la notion "d'invitation à l'achat" et les modalités de mise en œuvre du régime renforcé d'information du consommateur qui y est attaché. Un arrêt dont les implications sont extrêmement concrètes pour toutes les entreprises invitées à revoir le contenu de la plupart de leurs publicités destinées aux consommateurs.

L'invitation à l'achat nous vient de la « directive pratiques commerciales déloyales » de mai 2005. L'expression désigne « la communication commerciale indiquant les caractéristiques du produit et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat ». Il s'agit d'une forme particulière de publicité à laquelle est attachée une obligation renforcée d'information puisque plusieurs informations réputées « substantielles » doivent dans ce cas être fournies : caractéristiques principales du produit, adresse et identité du professionnel, prix TTC et frais de livraison, modalités de paiement et de livraison, traitement des réclamations, etc. Dans le cas contraire, l'annonce est réputée trompeuse, donc déloyale, et sanctionnée par les lourdes sanctions prévues par le code (37 500 € d'amende, 2 ans d'emprisonnement, etc.).

Même si elle ne concerne que les publicités destinées aux consommateurs (BtoC), en raison de sa portée et des obligations concrètes qu'elle implique, l'invitation à l'achat est devenue une institution centrale du droit de la promotion, voire du droit de la consommation dans son ensemble. Une notion nouvelle, passée relativement inaperçue lors de son introduction dans notre droit en 2008, alors que ses implications sont pourtant extrêmement concrètes pour toutes les entreprises invitées à revoir le contenu d'une partie de leurs publicités. Une véritable invitation à changer ses pratiques... A cet égard, l'arrêt rendu par la Cour de Justice de l'Union Européenne le 12 mai dernier, premier du genre, est particulièrement instructif.

A l'origine de l'affaire, une publicité diffusée par *Ving Sverige*, entreprise suédoise commercialisant notamment des voyages à forfait sur Internet. La publicité litigieuse, publiée en 2008 dans un quotidien suédois, concernait des voyages à destination de New York. On pouvait y lire, en gros caractères, « New York à partir de 7 820 couronnes » et, en dessous, en caractères plus petits, « Vols à partir d'Arlanda avec British Airways et 2 nuits à l'hôtel Bedford – Prix par personne en chambre double, taxes d'aéroport comprises. Nuit supplémentaire à partir de 1 320 couronnes. Concerne des voyages sélectionnés sep-déc. Nombre de places limité », puis, tout en bas, la mention « *Vingflex.se* » suivie d'un numéro de téléphone. Pour le Médiateur chargé de la défense des consommateurs, cette publicité constituait une invitation à l'achat trompeuse par omission, dans la mesure où les informations sur les caractéristiques principales du voyage et son prix étaient jugées insuffisantes. Saisi du litige, les juges ont formé un recours préjudiciel en interprétation devant la Cour de justice. Les sept questions posées à cette occasion portent sur deux grandes préoccupations : la qualification, d'une part : la publicité de Ving constitue-elle une invitation à l'achat ? ; le régime juridique, d'autre part : comment mettre en œuvre l'obligation d'information renforcée du destinataire du message ?

1. La qualification d'invitation à l'achat

D'après la définition retenue par la directive PCD – définition partiellement transposée dans notre code -, deux conditions cumulatives doivent être réunies pour qualifier une publicité d'invitation à l'achat : il faut qu'elle indique les *caractéristiques* du produit et son *prix*. La mention de ces deux informations dépend *du moyen utilisé*, c'est-à-dire du support, et elle a une finalité : permettre au consommateur de *se décider à faire un achat*.

En défense, Ving militait pour une interprétation stricte de ces conditions. Suivant la démonstration de son Avocat général, la Cour consacre, au contraire, une interprétation libérale, « seule conforme avec un des objectifs de cette directive qui consiste à assurer un niveau élevé de protection du consommateur ».

L'invitation à l'achat suppose-t-elle l'existence d'un moyen concret d'acheter le produit ?

Non. Il n'est pas nécessaire que la communication commerciale comporte un moyen concret d'achat (un bon de commande, par exemple) ou qu'elle apparaisse à proximité ou à l'occasion d'un tel moyen (un numéro de téléphone, un renvoi vers un site internet, par exemple). L'expression « *et permettant ainsi au consommateur de faire un achat* » utilisée dans la définition de l'invitation à l'achat n'est pas un critère supplémentaire de qualification, mais illustre seulement une conséquence : disposant de suffisamment d'informations sur le produit, son prix et le vendeur, le consommateur est en mesure de se décider à acheter.

Une représentation verbale ou visuelle du produit suffit-elle à caractériser une invitation à l'achat ?

Oui. La définition donnée par la directive n'évoque que les caractéristiques du produit en tenant compte des possibilités offertes par le support utilisé. Pour la Cour, ce dernier point est essentiel puisqu'on ne peut exiger le même degré de précision dans la description pour tous les supports. Une simple représentation verbale ou visuelle peut permettre au consommateur d'apprécier les caractéristiques du produit et, partant, le décider à l'acquiescer. C'est également vrai lorsque la représentation désigne un produit offert en plusieurs variantes : dans

ce cas, l'indication d'un prix de départ (« *New York à partir de 7 820 couronnes* », en l'espèce) induit que le produit existe en d'autres variantes. Donc, une représentation verbale ou visuelle n'exclut pas *a priori* la qualification d'invitation à l'achat. Il appartient au juge de déterminer, au cas par cas, en fonction de la nature, des caractéristiques du produit et du support utilisé, si le consommateur est en mesure de se décider à acheter, c'est-à-dire qu'il dispose d'informations suffisantes pour identifier et distinguer le produit.

L'indication d'un seul prix de départ suffit-elle à caractériser l'existence d'une invitation à l'achat ?

Il s'agit ici d'une question de qualification, distincte de celle de savoir si le prix de départ indiqué peut avoir un caractère trompeur (question abordée plus loin). La réponse est là encore positive. Pour une raison d'opportunité et d'effet utile, déjà : si tel n'était pas le cas, il suffirait aux professionnels d'indiquer un prix de départ pour que leurs communications ne soient jamais qualifiées d'invitations à l'achat, s'affranchissant par là-même de leur obligation d'information renforcée. Parce qu'il n'est pas toujours possible d'indiquer le prix final de produits complexes ou composites, surtout, compte tenu du support de communication retenu : l'indication d'un prix plancher indique alors au consommateur que le produit est disponible en plusieurs variantes à un prix supérieur au prix de départ mentionné. Donc, l'indication d'un seul prix de départ n'exclut pas *a priori* la qualification d'invitation à l'achat. Il appartient une fois de plus au juge de déterminer, au cas par cas, en fonction de la nature, des caractéristiques du produit et du support utilisé, si le consommateur dispose d'informations suffisantes pour identifier et distinguer le produit en vue de prendre une décision commerciale.

2. Le régime de l'invitation à l'achat : une obligation d'information renforcée

Les sixième et septième questions posées à la Cour portaient sur les modalités de mise en œuvre de l'obligation d'information renforcée en cas de diffusion d'une invitation à l'achat. En effet, comme nous l'avons rappelé, à partir du moment où la publicité est qualifiée d'invitation à l'achat, doivent y figurer plusieurs informations réputées *substantielles* : caractéristiques principales du produit, adresse et identité du professionnel, prix, etc..

Ces informations sont reprises à l'article L. 121-1, II du Code de la consommation qui transpose maladroitement l'article 7 de la directive. En effet, non seulement la version française est moins détaillée que la version d'origine, à laquelle il est préférable de se référer, mais en plus elle comporte deux omissions importantes : d'une part, le tempérament introductif de l'article 7, 4, qui précise que les informations qui suivent sont substantielles « *dès lors qu'elles ne ressortent pas déjà du contexte* », n'a pas été transposé. Un raccourci ennuyeux en pratique puisque si ces informations ressortent déjà clairement du contexte, la mention supplémentaire des caractéristiques principales du produit devient superflue ; d'autre part, le point 5 de l'article 7 de la directive faisant référence aux informations complémentaires prévues par d'autres textes communautaires, dont la liste non exhaustive est dressée à l'annexe II de la directive de 2005, n'a pas été repris. Ces informations sont pourtant elles aussi réputées essentielles.

Peut-on n'indiquer que certaines des caractéristiques principales du produit et renvoyer, pour le reste, vers un site internet ?

Oui. Il est possible de ne mentionner que certaines caractéristiques principales du produit lorsque l'indication des autres caractéristiques principales n'est pas nécessaire (compte tenu du contexte ou du produit concerné) ou impossible (compte tenu du moyen de communication utilisé), dès lors que le professionnel renvoie pour le surplus à son site internet ou à un autre moyen comparable et que ce renvoi permette effectivement au consommateur d'accéder aux informations complémentaires. La portée de cette interprétation dépasse le simple cadre de la question en ce qu'elle intéresse la notion centrale de « *caractéristiques principales* » et l'étendue de l'obligation. Cette notion, qui dépend donc de trois facteurs (le contexte de la communication, la nature du produit et le moyen de communication utilisé), s'apprécie au cas par cas, en fonction d'une constante : le consommateur destinataire du message doit toujours être en mesure de prendre une décision en toute connaissance de cause. Dans le cas contraire, l'omission de l'information substantielle rend la publicité trompeuse. La portée de l'obligation d'information ne doit donc pas être appréciée de manière abstraite, en considération, notamment, des propriétés intrinsèques de tel ou tel produit¹, mais au contraire *in concreto*, en fonction du contexte, du produit et du support. Elle n'impose ni une description exhaustive de toutes les caractéristiques du produit, ni la mention exhaustive, dans tous les cas, de toutes ses caractéristiques principales.

Peut-on n'indiquer que le seul prix de départ ?

Oui, mais sous conditions. Deux enseignements importants : déjà, la seule indication d'un prix de départ n'est pas, en soi, trompeuse ; ensuite, même si l'atténuation de l'obligation d'information tenant au support utilisé ou au produit proposé, prévue pour les caractéristiques principales du produit, n'est pas expressément reprise à propos du prix, elle s'applique aussi ici en application de l'article 7, 3 dont la portée est générale. L'obligation d'indiquer, lorsque le prix ne peut pas être calculé à l'avance, son mode de calcul ainsi que les coûts supplémentaires pouvant être mis à la charge du consommateur², n'est donc pas absolue. Lorsque l'indication de ces mentions supplémentaires de substitution n'est pas nécessaire (compte tenu du contexte ou du produit concerné) ou impossible (compte tenu du moyen de communication utilisé), et à condition que le professionnel renvoie pour le reste à son site internet ou à un autre moyen comparable qui permette effectivement au consommateur de connaître le prix final, l'invitation à l'achat est régulière. Et là encore, il s'agit d'une appréciation au cas par cas.

¹ Comme le fait l'article L. 111-1 du Code de la consommation à propos de la notion proche de « *caractéristiques essentielles du bien ou service* ».

² Art. 7, 4 c).

Après plusieurs arrêts ayant révélé la place centrale réservée aux dispositions de la directive PCD, en mettant à mal plusieurs interdictions nationales jugées non conformes (interdiction des ventes liées et des ventes avec prime³, interdiction des loteries promotionnelles avec obligation d'achat⁴) avant d'entraîner une réécriture critiquable de quelques dispositions du Code de la consommation⁵, cet arrêt du 12 mai 2011 est le premier, sans doute d'une longue série, à apporter une contribution positive et prospective à l'élaboration de ce nouveau droit des pratiques déloyales. Le ton est donné : une interprétation large de la notion, mais une mise en œuvre réaliste du régime, en conservant à l'esprit l'équilibre voulu par la directive entre la protection des consommateurs et le besoin de sécurité juridique des entreprises. La nécessité affirmée de défendre une interprétation autonome et uniforme dans l'ordre juridique, aussi, en interprétant les dispositions du texte au regard du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la directive.

Et si l'on garde à l'esprit qu'une réglementation exhaustive et maximale au niveau communautaire a été instaurée par la directive PCD, devant permettre aux entreprises de faire la promotion de leurs produits et de les vendre aux 450 millions de consommateurs de l'UE « *de la même manière qu'à leurs clients de proximité* »⁶, sans avoir à se préoccuper des particularismes locaux, les questions en suspens sont légion. Ainsi, par exemple, quelle est la place laissée aux dispositions nationales qui, comme c'est le cas en France, pour l'ameublement, les pierres précieuses ou les chaussures, par exemple, imposent des normes de présentation des produits et réglementent les termes employés ? La directive réserve aux Etats membres la possibilité de préciser dans leur droit national les principales caractéristiques de produits particuliers⁷. Mais est-ce compatible avec la réalité de l'harmonisation recherchée ? Confrontée à une difficulté de même nature, la Cour de Paris a préféré écarter l'application de l'article 7 de l'arrêté du 3 décembre 1987 exigeant que le prix de chacun des produits composant un lot composé de produits différents, sans juger nécessaire de s'interroger sur la compatibilité de cette obligation nationale à la norme communautaire⁸. Des incertitudes à lever et une certitude : les occasions de reparler de la directive PCD seront nombreuses.

³ CJCE, 23 avr. 2009, n° C-261/07, Rec. Dalloz 2009, p. 1273, obs. E. Petit, RTD com. 2009. 607, obs. B. Bouloc ; CJUE, 10 mars 2010, n° C-522/08.

⁴ CJUE, 14 janv. 2010, n° C-304/08 ; CJUE, 9 nov. 2010, n° C-540/08.

⁵ E. Petit, Promotion des ventes : une loi de simplification pour tout compliquer !, Petites Affiches, 23 mai 2011, p. 4.

⁶ Guide d'interprétation du 3 déc. 2009, Direction générale Santé & protection des consommateurs.

⁷ Considérant n° 14.

⁸ CA Paris, 26 nov. 2009, RG n° 08/12771, *aff. Darty*.