L'encadrement de la promotion des denrées alimentaires par la loi EGAlim

Les difficultés économiques des producteurs de denrées alimentaires et leur situation de faiblesse vis-à-vis des distributeurs ont donné lieu à une large discussion dans le cadre des États généraux de l'alimentation. Conformément à ce qui a été envisagé à cette occasion, une loi a été portée par le gouvernement et votée le 30 octobre 2018 avec pour but notamment d'empêcher la mise en œuvre d'opérations promotionnelles trop importantes dans le secteur des denrées alimentaires, l'objectif étant que les prix ne soient pas excessivement tirés vers le bas, ce qui serait in fine au détriment des producteurs. Il n'est pas certain que la loi qui a été adoptée et dont l'application sera particulièrement complexe réponde à cet objectif.

I - Les textes La loi no 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, dite « loi EGAlim », a été adoptée après des débats assez animés.

Deux courants s'opposaient au Parlement : celui qui souhaitait ne voter qu'une loi cadre permettant au gouvernement de réglementer par ordonnance et celui qui souhaitait que la situation soit intégralement réglée par la loi elle-même. C'est le premier courant qui l'a emporté et la loi du 30 octobre 2018 stipule : « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans un délai de quatre mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi et ressortissant au Code de commerce nécessaire pour prévoir sur une durée de deux ans...d'encadrer en valeur et en volume les opérations promotionnelles financées par le distributeur ou le fournisseur portant sur la vente au consommateur de denrées alimentaires et de produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie, et de définir les sanctions administratives permettant d'assurer l'effectivité de ces dispositions* ». 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 porte dans son article 3 : « *I. - Les dispositions du présent article s'appliquent aux avantages promotionnels, immédiats ou différés, ayant pour effet de réduire le prix de vente au consommateur de denrées alimentaires ou de produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie. - Les avantages promotionnels, le cas échéant cumulés, mentionnés au I, accordés au consommateur pour un produit déterminé, ne sont pas supérieurs à 34 % du prix de vente au consommateur ou à une augmentation de la quantité vendue équivalente. III. - Ces avantages promotionnels, qu'ils soient accordés par le fournisseur ou par le distributeur, portent sur des produits ne représentant pas plus de 25 % : 1° Du chiffre d'affaires prévisionnel fixé par la convention prévue à l'article L. 441-7 du code de commerce ; 2° Du volume prévisionnel prévu par un contrat portant sur la conception et la production de produits alimentaires selon des modalités*

*répondant aux besoins particuliers de l'acheteur ;3° 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. Pour l'application des dispositions du présent III, la convention mentionnée au 1° et le contrat mentionné au 2° fixent respectivement un chiffre d'affaires prévisionnel et un volume prévisionnel.- Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux produits périssables et menacés d'altération rapide, à condition que l'avantage promotionnel ne fasse l'objet d'aucune publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente.- Tout manquement aux obligations du présent article par le fournisseur ou le distributeur est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € ou la moitié des dépenses de publicité effectuées au titre de l'avantage promotionnel pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 470-2 du code de commerce. Le maximum de l'amende encourue 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. »***II - Le droit européen**La conformité de la nouvelle réglementation à la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales est extrêmement contestable.

Nous savons qu'un État membre ne peut adopter une réglementation relative à des pratiques commerciales (notamment aux promotions) pour prévoir de façon générale une interdiction ou des conditions restrictives dès lors que les pratiques concernées ne font pas l'objet des trente-et-unes pratiques réputées déloyales par la directive, pratiques qui ont été reprises dans le code de la consommation aux articles L. 121-4 et L. 121-7.

C'est ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que ne sont pas conformes au droit européen les réglementations nationales qui :

- interdisent les loteries avec obligation d'achat (CJUE 14 janv. 2010, aff. C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV/Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*, D. 2010. 258, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 790, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD eur. 2010. 695, chron. C. Aubert de Vincelles) ;
- limitent les opérations de ventes avec primes (CJUE 9 nov. 2010, aff. C-540/08, D. 2010. 2829 ; 2011. 974, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD eur. 2011. 630, obs. C. Aubert de Vincelles) ;
- fixent des conditions obligatoires pour les offres de réduction de prix, notamment par l'indication de modalités spécifiques relatives à la fixation d'un prix de référence (CJUE 8 sept. 2015, aff. C-13/15, D. 2016. 617, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; AJCA 2015. 479, obs. C. Pecnard).

Il est difficile de comprendre comment cette réglementation, qui fixe des montants maximum autorisés pour les réductions de prix sur les denrées alimentaires (et les produits d'alimentation pour animaux) pourrait être conforme au texte de la directive et à la jurisprudence de la Cour de justice auxquels elle s'oppose directement.

Si le considérant 9 de la directive prévoit pour les États membres la possibilité d'y déroger, c'est uniquement « pour des motifs de protection de la santé et de la sécurité des consommateurs...les services financiers et les biens immobiliers », ce qui ne concerne pas le présent texte.

Par ailleurs, l'article 4, d) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoit que l'agriculture est un domaine qui fait l'objet d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres, ce qui signifie, en vertu de l'article 2, 2°, du TFUE, que les États membres exercent leurs compétences dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne.

Or, en matière d'agriculture, l'article 38 du TFUE prévoit que l'Union européenne définit et met en œuvre une politique commune de l'agriculture. L'article 39, b) précise que la politique agricole a notamment pour but « d'assurer un niveau de vie équitable à la population agricole, notamment par le relèvement du revenu individuel de ceux qui travaillent dans l'agriculture ».

Ainsi, il semblerait que le domaine de l'agriculture, et plus particulièrement la préservation des intérêts économiques des producteurs, ne soit pas un motif permettant aux États membres de déroger au droit de l'Union, qui prime sur le droit national.**III - La nécessité d'une vente à prix réduit à des consommateurs**À supposer qu'elle soit applicable, l'ordonnance du 12 décembre 2018 prévoit que les avantages promotionnels accordés aux consommateurs pour un produit déterminé :

- ne doivent pas excéder 34 % du prix de vente au consommateur ou une augmentation équivalente de la quantité vendue ;
- ne peuvent non plus représenter plus de 25 % du chiffre d'affaires réalisé sur l'année dans le cadre des contrats passés entre les industriels et les distributeurs.

Il est évidemment essentiel de définir ce qu'il convient d'entendre par « avantage promotionnel ». Cette notion a évolué. Dans un projet antérieur communiqué par l'administration, l'ordonnance aurait visé les « avantages promotionnels, de toute nature, immédiats ou différés, portant sur la vente aux consommateurs de denrées alimentaires ou des produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie ».

Dans la version définitive, il s'agit des « avantages promotionnels immédiats ou différés ayant pour effet de réduire le prix de vente aux consommateurs de denrées alimentaires... ».

La différence est importante puisqu'outre la suppression des termes « de toute nature », ne sont plus visés que les avantages ayant pour effet de réduire le prix de vente aux consommateurs des denrées alimentaires (l'analyse est bien entendu également valable pour les aliments destinés aux animaux de compagnie). C'est sensiblement moins que les avantages de toute nature portant sur la vente aux consommateurs desdites denrées alimentaires et nombre de promotions seront exclues du champ d'application de ce texte.

S'agissant du seuil en volume de 25 %, il s'agit de limiter les volumes de produits promus de façon globale. Il porte sur le chiffre d'affaires prévisionnel devant être fixé par la convention unique signée entre les producteurs et les distributeurs. Ce chiffre d'affaires prévisionnel est désormais prévu comme une mention obligatoire de la convention unique visée par l'article L. 441-7 du code de

commerce. **IV - Les conséquences pratiques de la mise en œuvre de la réglementation** Il est manifeste que les offres sur les prix sont concernées par la réglementation. - Il s'agit des offres de réduction qui sont valables immédiatement pour l'achat d'un produit ou des offres de remboursement qui interviennent de manière différée. Si le montant de ces offres est inférieur à 34 % du prix payé par les consommateurs, l'infraction – à la supposer conforme au droit européen – sera constituée. Ceci qui peut paraître simple peut s'avérer sensiblement plus complexe en pratique.

Lorsque la réduction annoncée est en pourcentage du prix payé par le consommateur (x % remboursé sur l'achat du produit Y), la situation sera en effet assez simple.

Lorsqu'en revanche, la réduction sera en valeur absolue (x € remboursé sur l'achat d'un produit Y), il conviendra de constater au cas par cas le prix payé par le consommateur pour bénéficier de l'offre, pour l'apprécier proportionnellement au montant de la réduction qui, selon les prix de vente librement fixés par les distributeurs, pourra varier d'un point de vente à l'autre et constituer en fonction de ce prix une infraction ou non.

La question se complique lorsque l'on imagine la technique très développée du cagnottage. - On sait que les distributeurs mettent tous en œuvre ces mécaniques de fidélisation de leur clientèle qui consiste à la faire bénéficier d'avantages en fonction des achats qu'elle effectue. Ainsi, en fonction du montant global payé lors de chaque passage en caisse, de la nature des produits achetés, de la date des achats..., le consommateur se verra-t-il crédité de montants qu'il pourra ensuite utiliser pour l'achat d'autres produits.

Parmi les achats initialement effectués (que l'on appellera les achats sources), certains porteront sur des denrées alimentaires. Entreront-ils pour autant dans le champ de l'ordonnance du 12 décembre ?

La question se pose dans la mesure où le texte vise les avantages promotionnels « ayant pour effet de réduire le prix de vente au consommateur de denrées alimentaires » alors que les achats sources ne bénéficieront d'aucune réduction et seront payés à leur prix facial.

Quant à la réduction qui pourra être obtenue sur des achats ultérieurs, devra-t-elle être considérée comme un avantage promotionnel au sens de la réglementation ? Et si oui, s'appliquera-t-elle à toute denrée alimentaire qui sera achetée dans un second temps par le consommateur alors que ces denrées n'ont pas été identifiées initialement et qu'elles pourront provenir d'un industriel n'ayant mis en œuvre aucune opération promotionnelle ?

De façon plus générale, se pose la question de l'identification des produits alors même que le texte vise les avantages promotionnels accordés au consommateur « pour un produit déterminé ».

Peut-on admettre que l'infraction soit constituée du seul fait de l'achat initial d'un premier panier puis de l'achat ultérieur d'un deuxième panier comportant des denrées alimentaires ? Pourra-t-on alors imputer les réductions initialement obtenues (pour des denrées alimentaires ou non) à l'achat ultérieur de denrées alimentaires quand bien même celles-ci se trouveraient achetées simultanément à d'autres produits n'entrant pas dans cette définition ? Et dans cette hypothèse,

pourra-t-on réduire au choix le prix de telle ou telle denrée se trouvant dans le panier ? Il semble que ceci soit tout à fait impossible au regard du principe de légalité des délits et des peines. Ce qui paraît en tout cas certain c'est que sont exclus de la réglementation les jeux promotionnels et les ventes avec primes. - En effet, compte tenu de la rédaction définitive de l'ordonnance du 12 décembre 2018, ces mécaniques ne peuvent être sanctionnées puisqu'elles n'auront en aucune façon « pour effet de réduire le prix de vente au consommateur de denrées alimentaires ». Ceci ressort de l'évidence pour ce qui concerne les jeux promotionnels : si un consommateur, grâce à l'achat d'un produit, peut participer à un jeu et tenter de gagner l'une des dotations proposées, ceci n'a pas pour effet de réduire le prix du produit qui lui aura permis de participer. Il en sera de même le plus souvent pour ce qui concerne les primes : si pour l'achat d'un produit, un consommateur reçoit un produit différent, le prix du premier produit n'en est pas réduit pour autant. La situation sera simplement différente dans l'hypothèse où la prime portera sur un produit identique au produit principal qui aura dû être acheté par le consommateur.

V - Les sanctions Le mécanisme retenu est celui des sanctions administratives, c'est-à-dire de sanctions qui seront prononcées en l'occurrence par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) en application de l'article L. 470-2 du code de commerce et dont les décisions pourront le cas échéant être soumises à recours devant les juridictions administratives. Ce processus, qui s'inscrit dans la tendance générale de la déjudiciarisation des infractions, peut sembler préoccupant dans la mesure où le juge civil, normalement gardien des libertés individuelles, se trouve ainsi dessaisi au profit du juge administratif.

Les sanctions seront au maximum de 75 000 € pour une personne physique ou 375 000 € (ou la moitié des dépenses de publicité effectuées au titre de l'avantage promotionnel) pour une personne morale.

Le maximum de l'amende pourra être 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 sera devenue définitive. On voit que si la volonté qui a présidé à l'adoption de cette réglementation répond à un besoin réel, il n'est pas certain que le texte lui-même, dont l'application est à la fois contestable et extrêmement complexe, puisse permettre de répondre de manière satisfaisante à l'objectif initial. Voir la présentation de la circulaire d'application de l'ordonnance 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, dite EGALim.

Auteur(s) :

Eric ANDRIEU - Avocat au Barreau de Paris

Fabien HONORAT - Avocat à la cour Cabinet Pechenard et associés