

COUR D'APPEL DE MONS
PREMIERE CHAMBRE

Répertoire numéro : 4218

Rôle général numéro : 2011/RG/302

EN CAUSE DE :

La société anonyme **AGENCE DE MARKETING APPLIQUE**, en abrégé A.M.A., dont le siège social est sis à 7700 MOUSCRON, Drève Gustave Fache, 1, «Europole», inscrite à la Banque-Carrefour des Entreprises sous le numéro 0866.619.675, agissant poursuites et diligences de son président du conseil d'administration en exercice, domicilié en cette qualité audit siège,

appelante,

représentée à l'audience par Maître VRIELYNCK Jean-Paul, avocat dont le cabinet est sis à 1180 BRUXELLES, avenue De Fré, 269/4, et par Maître DEUR Nicolas, avocat en FRANCE à 06045 NICE, cedex 1, Boulevard Dubouchage, 2, ses conseils,

CONTRE :

Le Directeur général de la **DIRECTION GENERALE DU CONTROLE ET DE LA MEDIATION DU SERVICE PUBLIC FEDERAL ECONOMIE, PME CLASSES MOYENNES & ENERGIE**, dont les bureaux sont sis à 1000 BRUXELLES, Boulevard du Roi Albert II, 16, faisant élection de domicile au cabinet de son conseil,

intimé,

représenté à l'audience par Maître BALATE Eric, avocat dont le cabinet est sis à 7000 MONS, Rue du Gouvernement, 50, son conseil.

* * * * *

La cour, après avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

Vu, régulièrement produites, les pièces de la procédure prescrites par la loi, notamment :

- la requête d'appel déposée au greffe de la cour d'appel de céans le 30 mars 2011 ;

- la copie, certifiée conforme, de l'ordonnance dont appel, prononcée contradictoirement le 16 mars 2011 par Monsieur le président du tribunal de

Copie non signée adressée pour
information aux parties en vertu
de l'article 701 C.J.
Exempt des droits de greffe
Art. 260/2 C.E. du 15.7.70

Le

15 NOV. 2011

2011/RG/302 - 1/16

commerce de Tournai, siégeant comme en référé, sous le n°A/10/0549 du rôle général, décision signifiée par exploit du 18 avril 2011,

- les conclusions et les dossiers des parties ;
- la requête en réouverture des débats déposée au greffe de la cour le 21 octobre 2011 ;

L'appel, limité aux dispositions de l'ordonnance entreprise qui statuent sur la demande principale, régulier en la forme et interjeté dans le délai légal, est recevable ;

Il n'y a pas lieu, comme le demande l'appelante, de rouvrir les débats, les éléments qu'elle invoque à l'appui de sa demande ne constituant pas une pièce ou un fait nouveau et capital au sens de l'article 772 du Code judiciaire ;

Les faits pertinents de la cause et les antécédents de la procédure.

La SA AGENCE DE MARKETING APPLIQUE, ci-après AMA, exerce en France, en Grande-Bretagne et en Allemagne une activité de vente par correspondance de compléments alimentaires et de produits cosmétiques à base de plantes, sous la marque «VITAL BEAUTY» et, sous la marque «SWISS HOME SHOPPING», de produits de confort ;

La promotion de ses activités de vente par correspondance de ses produits est assurée exclusivement par une publicité commerciale de type marketing direct, consistant à envoyer à des clients potentiels, avec le catalogue de produits, un bulletin personnalisé de participation gratuite à une loterie, dont les lots, prix en valeur euros attractifs, ont fait l'objet d'un pré-tirage au sort ;

Le Directeur général de la Direction générale du contrôle et de la médiation du service public économie, PME classes moyennes & énergie, ci-après l'autorité belge, est l'autorité belge compétente désignée en application du règlement CE n°2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004, relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs ;

Il a été requis d'agir contre AMA,

- par l'autorité britannique compétente, l'OFT (référence UK-2008.09.17-001),
- par l'autorité française compétente, la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la répression des fraudes, ci-après la DGCCRF, (référence FR-2009.06.05.001),

lesquelles reprochaient à celle-ci une violation de la Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil, ci-après qualifiée «Directive sur les pratiques commerciales déloyales», transposée

- en France par la Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (JORF n° 003/4/01/2008),
- au Royaume-Uni, par The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, 8 mai 2008, 2008, n°1277,

Plus spécialement,

- l'OFT, invoquait la violation des articles 5, 6 et 7, de la susdite Directive, ainsi que de la pratique 31 de son annexe I, outre la législation nationale,
- la DGCCRF, celle de l'article 6 et de la pratique 19 de son annexe I, outre la législation nationale;

Après un échange de courriers et une mise en demeure, le 2 décembre 2009, à AMA de mettre un terme à ses messages diffusés sur le territoire tant britannique que français, sous les enseignes «Vital Beauty» et «Swiss Home Shopping», qualifiées de trompeuses et déloyales, l'autorité belge a diligemment contre AMA une action en cessation des messages publicitaires dont la présentation et le libellé varient, mais qui ont des effets néfastes sur le comportement des consommateurs français et britannique, dès lors qu'ils font *de manière constante*, croire au consommateur qui en est le destinataire :

- 1) qu'il est, *avec certitude*, le grand gagnant d'un chèque de plusieurs milliers d'euros,
- 2) que, s'il souhaite recevoir le chèque (*dont il est le gagnant*), il doit répondre au mailing *dans les plus brefs délais*,
- 3) que, s'il veut la garantie de recevoir le chèque rapidement (voire le recevoir tout simplement), il convient qu'il passe une commande,

et que seule la lecture des conditions générales, en petits caractères, fait apparaître qu'aucun achat n'est nécessaire, qu'une date limite de participation au concours est fixée et un pré-tirage au sort a été organisé, au cours duquel le gagnant du premier prix a été choisi par un jury indépendant ;

La décision entreprise

Par ordonnance du 16 mars 2011, Monsieur le Président du tribunal de commerce de Tournai, siégeant comme en référé, a :

- Dit pour droit que les publicités de AMA qu'elle diffusait sur le territoire tant britannique et français, sous les enseignes VITAL BEAUTY et SWISS HOME SHOPPING étaient illicites en ce qu'elles contenaient une contradiction évidente entre d'une part l'annonce de ce que le destinataire du courrier était le gagnant du premier prix d'une loterie, d'un montant élevé tant en euros qu'en livres sterling, et que la passation d'une commande dans le catalogue joint au courrier était obligatoire ou était susceptible d'accélérer le processus de réception du gain alors que le gain n'était qu'un bon de 2 € à valoir exclusivement sur l'achat de produits de ladite société, et était déloyale et trompeuse en ce qu'elle obligeait le consommateur à faire une démarche onéreuse pour obtenir des informations quant

à la certitude qu'il avait gagné éventuellement ladite somme et en ce qu'elle s'abstenait d'attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable alors qu'elle annonçait qu'un concours avait été organisé, toutes ces publicités étant contraires aux articles 5, 6, 7 et aux pratiques 19 et 31 de l'annexe 1 de la Directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la Directive 84/450/CEE du Conseil et des Directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement Européen et du Conseil et le Règlement (CE), n°2006/2004 du Parlement Européen et du Conseil, tels que transposés en droit britannique et en droit français par respectivement «The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008» et par la loi 2008-3 du 03 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs et la loi 2008-776 du 04 août 2008 sur la modernisation de l'économie et partant à la loi du 06 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur ;

- Ordonné la cessation de ces pratiques dans les 48 heures de la signification du «jugement» ;

- Ordonné, en outre, par tout mail ou tout courrier dûment constaté, tant sur le territoire britannique que français, qu'une astreinte de 2.500 € serait due par AMA avec un maximum d'un million d'euros ;

- Ordonné la publication du résumé du «jugement» tant en français qu'en anglais, dans deux journaux britanniques à tirage national et deux journaux français à tirage national aux choix de AMA dont les frais restent à charge exclusive de celle-ci ;

Le fondement de l'appel

1.

AMA fait grief au premier juge d'avoir ordonné la cessation de l'envoi des messages qu'elle diffuse auprès des consommateurs français et britanniques, en faisant une application directe de la directive du 11 mai 2005 ;

Elle fait valoir avec pertinence qu'une directive, contrairement à un règlement, n'est pas applicable directement dans l'ordre juridique interne d'un Etat membre européen et que, pour l'être et acquérir un statut normatif, elle doit préalablement être transposée en droit national ;

A bon droit, elle fait valoir qu'en application de l'article 6.1 du Règlement CE n°864-2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 (ou Règlement de Rome II) aux termes duquel «*La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être*», l'examen des pratiques commerciales développées par AMA au Royaume-Uni doit se faire au regard du Consumer Protection From Unfair Trading Regulations 2008 et en France, des

articles L 120-1 et suivants et L 121-36 du Code de la Consommation (loi du 4 août 2008) ;

Le libellé du dispositif de l'ordonnance entreprise fait certes référence aux articles 5, 6, 7 et aux pratiques 19 et 31 de l'annexe 1 de la Directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la Directive 84/450/CEE du Conseil et des Directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement Européen et du Conseil et le Règlement (CE), n°2006/2004 du Parlement Européen et du Conseil, mais précise *telles* que ces dispositions ont été *transposées en droit britannique et en droit français* par respectivement «The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008» et par la loi 2008-3 du 03 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs et la loi 2008-776 du 04 août 2008 de modernisation de l'économie française, intégrée au Code de la consommation sous les articles L.120-1 et suivants;

Il est, dès lors, inexact de prétendre que le premier juge a fait une application directe de la directive ;

Par contre, c'est à tort qu'il s'est référé à la loi du 06 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, inapplicable au litige, dès lors que les pratiques commerciales «incriminées» dans le présent litige ont été mises en œuvre sur le territoire de la France et de la Grande-Bretagne et pas sur le territoire de la Belgique; en outre, la spécialité des demandes d'entraide impose d'examiner les publipostages incriminés spécifiquement au regard de chacune d'elles ;

2.

Pour apprécier le caractère trompeur ou déloyal des messages publicitaires mis en cause, il y a lieu de

- vérifier si la pratique invoquée correspond à la définition de la pratique commerciale de la disposition légale nationale visée reprenant l'article 2, d) de la Directive 2005/29/CE,
- dans l'affirmative, vérifier s'il s'agit d'une des pratiques considérées automatiquement comme déloyales en toutes circonstances et donc interdites en soi : l'article 5, 5, de la directive, en effet, précise que la liste de ces pratiques, reprise à l'annexe I, s'applique dans tous les Etats membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la Directive 2005/29/CE elle-même (considérant n°17),
- à défaut d'être en présence d'une pratique commerciale réputée déloyale, examiner si l'on est en présence d'une pratique commerciale trompeuse (action trompeuse ou omission trompeuse) au sens des dispositions légales nationales équivalentes aux articles 6 et 7 de la directive, dès lors que les pratiques commerciales trompeuses sont généralement considérées comme déloyales, par les législations nationales qui reprennent le prescrit de l'article 5, 4., de la Directive 2005/29/CE,

- enfin, si la pratique commerciale n'est pas trompeuse, pour la demande d'entraide émanant de l'OFT, analyser si elle est déloyale au sens de la disposition légale nationale correspondant à l'article 5, 2. et 3., de la Directive 2005/29/CE, soit contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qui altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport aux produits, du consommateur moyen qu'elle touche et auquel elle s'adresse,
- si tel n'est pas non plus le cas, conclure que la pratique commerciale examinée est loyale et donc valable ;

(En ce sens, voy. C. DELFORGE, «Les pratiques déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs, in *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, CUP, VOL. 125, Liège, Anthemis, 2011, p.10, n°6 ; H. JACQUEMIN, «La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur», J.T., 2010, p. 548, n°12) ;

3. A-t-on affaire à une pratique commerciale ?

L'article 2, d) de la directive 2005/29/CE définit la pratique commerciale comme «toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs» ;

Cette définition a été reprise par l'article 2, (1), du The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 ;

La législation française ne contient pas de définition de la pratique commerciale ;

Dans ce contexte, AMA prétend que les jeux qu'elle organise ne présentent pas de lien direct avec la promotion, la vente ou la fourniture de ses produits ; elle soutient qu'ils visent, non pas à faire la promotion directe de ses produits, mais à susciter la curiosité de la clientèle afin qu'elle se détourne des sociétés concurrentes adoptant un mode de communication plus conventionnel et que les jeux seraient indépendants de la sollicitation commerciale puisque les personnes qui reçoivent ses messages publicitaires peuvent jouer sans commander ; il s'agirait uniquement d'un procédé de marketing destiné à capter l'attention de la clientèle, mais en aucune façon à la convaincre de prendre une décision commerciale, le fait de passer une commande n'augmentant d'ailleurs pas les chances de gagner ;

L'autorité belge conteste cette analyse en se fondant sur la pièce 83 du dossier de pièces de AMA qui précise : «*This mailing is an advertisement aimed at promoting Vital beauty products (...)*» (le publipostage est une publicité visant à promouvoir les produits Vital Beauty - traduction libre), ainsi que sur la pièce 11 de son dossier libellée de la façon suivante :

«*En collant la vignette Choix N°1, vous recevrez dans un très court délai le Chèque 1er Prix que vous avez définitivement gagné. Vous voyez, il n'y a rien de*

plus simple. Mais attention, vous devez agir très vite car votre réponse est soumise à des délais réglementaires stricts. Pour ne prendre aucun risque, je vous invite à passer une commande sous 9 jours. (la cour souligne) ; Oui, en passant commande, vous bénéficiez d'avantages qui vous garantissent, c'est certain, le strict respect de la procédure que je tiens à vous rappeler ci-dessous pour qu'il n'y ait aucune ambiguïté (...)» ;

La Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à préciser le sens à donner à la notion de « pratique commerciale » :

«À cet égard, il y a lieu de relever que l'article 2, sous d), de la directive 2005/29 définit, en utilisant une formulation particulièrement large, la notion de pratique commerciale comme «toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs.

Or, force est de constater que des campagnes promotionnelles, telles que celle en cause au principal, subordonnant la participation gratuite du consommateur à une loterie à l'achat d'une certaine quantité de biens ou de services, s'inscrivent clairement dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opérateur et visent directement à la promotion et à l'écoulement des ventes de celui-ci. Il s'ensuit qu'elles constituent bien des pratiques commerciales au sens de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29 et relèvent, en conséquence, du champ d'application de celle-ci» (C.J.C.E., (Grande chambre), 9 novembre 2010, (Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag), C 540/08, §§ 17-18 ; C.J.C.E., (1ère Christelle HENNETON.), 14 janvier 2010, (Plus Warenhandelsgesellschaft), C-304/08, §§ 36-37) ;

Certes, AMA ne subordonne pas la participation au concours à l'achat d'un produit ;

Toutefois, comme le relève la Cour de justice de l'Union européenne, il convient d'avoir une définition large de la notion de pratique commerciale ;

Les publipostages litigieux constituent des pratiques commerciales, l'opération de marketing (la loterie) étant en rapport direct avec la promotion des produits de AMA ;

Si les jeux sont indépendants de l'achat de produits de AMA, ils visent clairement à intéresser les consommateurs à ces produits et à les inciter à l'achat ;

Il ressort d'ailleurs des pièces invoquées par le Directeur général mais aussi de l'exemple 2 cité en page 4 de ses conclusions («*En passant une commande vous avez l'assurance de recevoir votre Chèque Confirmé dans votre colis d'ici quelques jours*») que, même si AMA soutient le contraire, elle donne à penser que la passation d'une commande contribue à accélérer l'octroi d'un prix, même s'il ne s'agit pas du gros lot, sous réserve de ce qui sera dit ci-dessous de la confusion entretenue à ce propos ;

Elle écrit d'ailleurs que passer une commande permet de «profiter **GRATUITEMENT** du *Traitement Automatique*» du dossier du client, formule qui incite, dans une société où le profit et la technique sont synonymes de valeurs, à faire naître l'impression d'une situation plus favorable ; tel est d'autant plus le cas si l'on a égard au fait que, en l'absence de commande, le destinataire peut demander l'envoi différé (souligné par la cour) de son chèque garanti après la clôture du jeu, ce qui induit par contre une notion de retard ;

4. S'agit-il de pratiques commerciales réputées interdites ?

Il est acquis que les loteries liées à l'achat d'un bien ne sont pas en soi illégales, même si elles constituent pour une partie des consommateurs le mobile déterminant qui peut les avoir incités à acheter (CJCE 14 janvier 2010 ; CJCE 9 novembre 2010) ;

L'annexe I de la directive 2005/29/CE prévoit une liste de 31 pratiques réputées déloyales en toutes circonstances. Cette annexe a été transposée, en droit français, dans les articles L121-1-1 et L122-11-1 du Code de la consommation français et, en droit britannique, dans l'annexe 1 (Schedule 1) du «The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008» ;

En l'espèce, seules les pratiques n°19 et 31 de l'annexe I de la directive 2005/29/CE, dans leur transposition par le droit britannique ou français, sont en cause ;

La DGCCRF a ainsi reproché à AMA d'avoir affirmé, dans le cadre d'un publipostage, qu'un concours était organisé ou qu'un prix pouvait être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable, ce qui est interdit par l'article L121-1-1, 18°, du Code de la consommation français, qui est la transposition de la pratique interdite n°19 ;

L'OFT, de son côté, a reproché à AMA d'avoir méconnu la pratique n°31 de l'annexe 1 (Schedule 1) du The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, en ayant donné la fausse impression que le consommateur avait déjà gagné, gagnerait ou gagnerait en accomplissant tel acte un prix ou un autre avantage équivalent, alors que, en fait, soit il n'existait pas de prix ou autre avantage équivalent, *soit l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande du prix ou autre avantage équivalent était subordonnée à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût* ;

a. *Concernant l'article L121-1-1, 18°, du Code de la consommation français*

L'article L121-1-1, 18°, du Code de la consommation français énonce que sont réputées trompeuses les pratiques commerciales qui ont pour objet «d'affirmer, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable» ;

Ce qu'interdit cette disposition, et partant, la pratique n°19 de l'annexe I de la directive 2005/29/CE, qu'elle transpose, c'est de faire croire aux consommateurs qu'un concours est organisé et que des prix seront distribués alors qu'en réalité il n'en est rien. En revanche, ces dispositions ne réputent pas comme une pratique

déloyale trompeuse le fait pour une entreprise de donner au consommateur une fausse impression que ce dernier est, avec certitude, le grand gagnant d'un prix alors qu'il subsiste un aléa pour l'obtenir ;

Tant la DGCCRF que le premier juge semblent confondre la croyance d'avoir gagné à un concours et le fait de ne pas attribuer les prix d'un concours que l'on a effectivement gagné ;

Il n'est pas démontré qu'AMA ne délivrerait pas les prix auxquels les personnes gagnantes ont droit ;

Ce grief n'est donc pas fondé.

b. Concernant la pratique n°31 de l'annexe 1 (Schedule 1) du The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008

L'intimé, faisant sien l'argument de l'OFT et, à sa suite, le premier juge, estiment que la pratique de la société AMA est en contradiction avec cette pratique, en ce qu'elle donne au consommateur la fausse impression qu'il est, avec certitude, le grand gagnant d'un chèque de plusieurs milliers d'euros, alors qu'en réalité, il ne recevra pas ce chèque de manière certaine, dès lors qu'il existe un aléa, à savoir le tirage au sort ;

Aux termes de la pratique n°31 de l'annexe 1 (Schedule 1) du The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, une pratique commerciale est considérée comme déloyale lorsqu'elle crée 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 ;

Il n'est pas prouvé que la société AMA ne distribue pas les prix des concours qu'elle organise ;

Le consommateur est obligé d'adresser un courrier, en y apposant un timbre, à la société AMA pour recevoir le prix ;

L'intimé en déduit que le consommateur doit verser de l'argent – par le biais de l'achat du timbre – pour obtenir le prix qu'il a gagné, ce qui est interdit par la deuxième hypothèse de la pratique n°31 ;

La société AMA ne conteste pas que le consommateur soit tenu d'affranchir l'enveloppe en réponse, mais précise que ce coût est remboursé au consommateur s'il en fait la demande, comme le stipule expressément le règlement des jeux organisés par la société AMA remis au consommateur ;

La question qui se pose à la Cour est de déterminer si, comme l'a dit le premier juge, le consommateur supporte un «coût» au sens de la pratique n°31 lorsqu'il doit payer un timbre pour recevoir son prix ;

Même si le consommateur est tenu d'acheter un timbre pour affranchir son enveloppe réponse et donc participer au concours, il supporte ce coût uniquement parce qu'il l'accepte, dès lors qu'il a la possibilité de le récupérer auprès de la société AMA s'il en fait expressément la demande ;

Il s'en déduit que le consommateur ne doit verser aucune somme d'argent ni supporter aucun coût pour obtenir son prix ;

Il n'y a dès lors pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, comme le propose l'intimé ;

Surabondamment, comme l'a décidé la High Court of Justice de Londres, l'achat d'un timbre poste constitue une dépense dérisoire dont le produit ne bénéficie pas à l'annonceur, de sorte que l'on n'est pas en présence d'une pratique prohibée par la pratique 31 susvisée ; (High Court of Justice, Chancery Division Companies Court (London), 2 février 2011, *OFT v Purely Creative Ltd*, § 47) ;

Ce grief n'est pas fondé non plus ;

5. A-t-on affaire à une pratique commerciale trompeuse ?

Dans la mesure où la pratique commerciale de la SA AMA ne peut être réputée déloyale, il s'impose d'examiner si elle peut être considérée comme trompeuse (action trompeuse ou omission trompeuse), comme le soutiennent tant l'OFT que la DGCCRF des publipostages adressés par la SA AMA en faisant valoir que, lorsque la gratuité de l'obtention d'un lot n'est pas signalée de façon claire et suffisante, le consommateur pourrait être amené à commander des produits auprès de la SA AMA ;

Le consommateur serait alors trompé quant à la nature des produits puisqu'il croit que ceux-ci conditionnent l'obtention du lot ;

En outre, il serait trompeur d'adresser un courrier au consommateur lui faisant croire qu'il est l'heureux gagnant d'un premier prix d'une loterie et que la passation d'une commande dans le catalogue joint au courrier accélèrera le processus de réception du gain, alors qu'en réalité, une lecture attentive des conditions générales écrites en petits caractères au dos d'un des documents indique que, sauf pour le premier prix, le lot gagné n'est qu'un bon de deux euros à valoir exclusivement sur l'achat de produits de la société AMA et que le fait de renvoyer le formulaire en ce qui concerne le premier prix ne constitue qu'une simple participation à un pré-tirage ;

L'information donnée au consommateur serait donc fautive au sens de l'article 6, 1., de la directive 2005/29/CE ;

Par ailleurs, il pourrait également être reproché à la SA AMA des omissions trompeuses, dès lors que les indications portant sur la nature du tirage au sort ou les explications portant sur la nature du «chèque certifié» ne sont incluses qu'en caractères minuscules parmi les règles de participation, et ne figurent pas dans le corps du mailing écrit en grands caractères ;

Le premier juge, adoptant cette thèse, a dit que les publipostages de la société AMA constituaient bien des actions trompeuses au sens des articles 6 et 7 de la directive 2005/29/CE ;

La société AMA le conteste, en faisant valoir outre qu'elle a déjà 'spontanément' en coopérant avec un organisme spécialisé au Royaume-Uni (le CAP), apporté de nombreuses modifications «afin de souligner avec plus de force et de clarté le caractère aléatoire de l'attribution des prix principaux mis en jeu», que les articles 6 et 7 de la directive 2005/29/CE concernent les produits et non les jeux promotionnels les accompagnant et que, partant, il ne serait pas démontré que les informations contenues dans les catalogues de produits de la société AMA y contreviendraient ;

Le contenu des articles 6 et 7 de la directive 2005/29/CE a été transposé en droit britannique aux articles 5 et 6 du The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 et en droit français, à l'article L121-1 du Code de la consommation français ;

Tant en droit français qu'en droit britannique, une action est trompeuse si

- elle contient des informations fausses, et est donc mensongère,
- ou
- d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes,
- et
- qu'elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ;

Pour déterminer si une publicité est susceptible d'être trompeuse, il faut donc se placer du point de vue de la perception qu'en a le public ;

AMA fait à ce propos en vain grief à l'OFT de n'avoir pas produit les plaintes qu'elle a reçues pour prétendre à la violation de ses droits de défense, dès lors que l'intimé ne les exploite pas ;

La cour aura égard à l'attestation de M. FREEMAN pour ce qu'elle est, soit une déclaration sur l'honneur d'un fonctionnaire relatant que l'OFT a reçu, depuis le mois de septembre 2008, 120 plaintes et questions à propos de AMA, sans aucun détail quant à leur contenu ;

A les lires très attentivement et complètement, les publipostages de AMA ne contiennent pas d'informations fausses ;

Il n'est en effet pas démontré que le consommateur destinataire qui a rentré son document dans les délais requis ne reçoit pas le prix qu'il a gagné. En outre, même si les messages peuvent apparaître comme ambigus puisqu'une lecture rapide pourrait laisser croire au consommateur moyen qu'il a gagné un gros lot, il ne s'agit pas d'une information mensongère puisqu'il est précisé, certes en plus petits caractères, en quoi consiste le gain et que le gros lot doit encore faire l'objet d'un tirage au sort ;

Ces publipostages sont à tout le moins de nature à induire en erreur le consommateur sur la portée/l'étendue des engagements de l'annonceur/du professionnel (comme le prévoient l'article L121-1, I, 2°, e), du Code de la consommation français et l'article 5, (4), (c) du The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, en ce que le consommateur moyen, compte tenu de la présentation générale du publipostage, peut raisonnablement croire que AMA s'engage à lui donner un chèque d'un montant conséquent alors qu'en réalité, tel ne sera qu'exceptionnellement le cas, le montant du gain étant, sauf pour 'le grand gagnant', dérisoire. Ils tendent en outre à l'inciter à penser que, s'il commande, le traitement de son dossier (et de son gain) sera automatique et plus sûr ;

Les éléments suivants contribuent à cette impression globale trompeuse, même pour des consommateurs familiarisés avec les loteries publicitaires et raisonnablement attentifs :

- *les formulations utilisées, telles*

- «C'EST CERTIFIE ET OFFICIEL : VOUS AVEZ GAGNE* 'Nom du destinataire'... vous pouvez dès aujourd'hui réclamer LA SOMME TRES IMPORTANTE DE 10 000 LIVRES PAYABLE PAR CHEQUE»,
- «le chèque de 10 000 LIVRES vous sera vraiment envoyé à votre adresse postale par courrier recommandé dans les 48 heures, conformément aux conditions générales»,
- «Par conséquent, je certifie formellement que le prix indiqué de 10000 DIX MILLE LIVRES sera attribué à 'Nom du destinataire'»,
- «'Nom du destinataire', vous serez vraiment l'unique destinataire de la somme fabuleuse de 10 000 LIVRES qui vous sera remise par chèque en signant, datant et renvoyant les bons documents requis vous déclarant Grand Gagnant',
- «'Nom du destinataire' vous devez nous renvoyer vos documents dans le délai réglementaire, faute de quoi NOUS NE POUVONS VOUS ENVOYER VOTRE GAIN»,
- plus récemment (pièce 6e de Me BALATE)... «if you have received these documents, then you are indeed the GRAND WINNER of the Grand Prize Cheque (for over 20.000 LIVRES). In this case, simply follow the instructions to receive it”, (Si vous avez reçu ces documents, c'est que vous êtes le GRAND GAGNANT du chèque Grand Prix (pour plus de 20.000 livres). Dans ce cas, suivez simplement les instructions pour le recevoir – traduction libre) ;

- *les termes* mêmes employés comme «GAGNANT», «GAGNANT EN ATTENTE», «BULLETIN DE PAIEMENT ET DE PRIX», «APPROBATION DE LA DIRECTION», «PRIX GARANTI Sous le contrôle d'un juge indépendant», «chèque certifié gagné», «SVP, CONSERVEZ CE DOCUMENT COMME PREUVE»...

- *le design et la mise en page, par exemple :*

- le bon de commande et le bon de participation ou ordre de réclamation nominatif en France se trouvant sur la même feuille ;
- la mise en page de la mention «Winner», «certified cheque» (Gagnant, chèque certifié – traduction libre) avec en dessous «more than 20000 livres» (plus de 20.000 livres – traduction libre) en gras, tous trois encadrés sur fond blanc et, hors cadre, sur fonds gris dans un caractère différent, beaucoup moins visibles, les réserves ; les couleurs utilisées et la taille relative de certaines formules rédactionnelles, précédant ou accompagnant d'autres plus voyantes et/ou percutantes ;
- l'utilisation de très petites lettres pour les réserves,
- l'absence d'espaces et de ponctuations dans certains cas entre les phrases du règlement de jeu ; les mentions «prize already allocated» (prix toujours remis – traduction libre) et, plus bas «Also, value of Grand Prize Cheque in play» (Ainsi, la valeur du chèque Grand prix en jeu – traduction libre), tendant à gommer, voire à opérer une confusion entre le chèque certifié, qui est un bon de réduction, dont le montant n'est pas mentionné en page d'accueil et le grand prix (pièce 6 e de Me BALATE) ; il en va de même dans les publipostages dénoncés par l'autorité requérante française (pièce 11, annexe 1 de son dossier) ;

L'ajout des mentions «sous réserve de la vérification de vos droits potentiels» et «conformément au règlement», dans un petit caractère, n'est pas suffisant pour faire disparaître l'impression résultant de la phrase, écrite dans une police beaucoup plus grande et en gras, immédiatement entre les deux, «je m'engage à vous adresser sous pli scellé en toute sécurité, le chèque de 19.200,00€ à votre bénéficiaire», encore renforcée par l'adjonction d'un «certificat de GAIN, avec la mention GAGNANT CONFIRME et CHEQUE 1ER PRIX, lequel prix n'est jamais clairement identifié ;

AMA tire en vain argument de ce que le prix principal est qualifié dans ses publicités de 'chèque bancaire', pour soutenir qu'il ne peut y avoir de confusion avec les prix annexes, prenant la forme de chèque de réduction désignés par les vocables 'chèque validé' ou 'chèque garanti', dont tous les destinataires des messages bénéficient en participant au jeu ; l'utilisation du mot chèque suffit à créer la confusion ;

L'analyse du publipostage récent déposé le 31/12/2010 (pièce 82 du dossier de l'appelante) lequel sauf une exception (le feuillet intitulé descriptif du Gain Majeur, libellé de manière à faire penser que le destinataire peut prétendre audit Gain Majeur), fait référence à un seul chèque, le lot du grand gagnant et, de

manière marginale, à 3 cadeaux «soins du corps» en cas de commande supérieure à 39€ seulement, confirme que tout y est mis en place pour tromper le destinataire en lui donnant à penser qu'il est le gagnant du gros lot et qu'il est de son intérêt de commander pour l'obtenir rapidement ;

L'enveloppe mentionne à 4 reprises le terme chèque bancaire et par deux fois le montant de 48.000€, montant qui figure à 5 reprises sur le document intitulé relevé personnel (page 1/4 de l'envoi de AMA), de même que le vocable «chèque bancaire» ; la page 2/4, intitulée «comment remplir les documents» contient à nouveau deux fois ce vocable et à une reprise la mention «chèque de 48.000,00€» ; la page 3/4 «lettre de confirmation» contient à nouveau, en caractères gras, trois fois le montant de 48.000,00€, avec à deux reprises, jointe, la mention «chèque bancaire» ;

L'envoi contient encore un document comportant deux volets,
- le premier, à l'en-tête «document d'acceptation -valant bon de participation distinct- (ces derniers mots en plus petits caractères, dans une police plus serrée), qui fait encore référence par deux fois à un gain majeur et au montant de 48.000,00€, comporte cinq cases à cocher, les 4 premières présentées de manière similaire, *donnant à penser qu'elles forment un tout* (la réclamation du gain, l'accord de principe sur une commande, la confirmation des coordonnées et de la prise de connaissance du règlement complet du jeu), avant la signature et la date, en-dessous, dans une autre mise en page, la mention sibylline «non, je ne commande pas aujourd'hui. Je me reporte à l'article 4.2 du règlement» ;
- le second surmonté d'un encart «pour plus de sécurité, renvoyez-nous la page entière si vous le souhaitez» est un bon de commande ;

Sont encore joints un chèque spécimen de 48.000,00€ portant les mentions suivantes «chère X, ce chèque est à vous ! Vous allez le recevoir à votre ordre, par pli recommandé avec A.R. à votre adresse personnelle, à X . Toutes mes félicitations !» précédé de la mention en caractères plus serrés «après vérification de vos droits potentiels» ; il y est encore précisé «SPECIMEN. Ceci n'est pas un chèque, vous recevrez un Chèque bancaire de ce montant, sous réserve que vous nous retourniez dans les délais le document portant le N° désigné Grand Gagnant par l'Huissier de Justice.» ;

Les précisions et restrictions figurant au règlement officiel du jeu, sont occultées par l'impression générale qui se dégage de la partie de la publicité, beaucoup plus attractive qui tend à convaincre le destinataire que le prix est gagné et qu'il est à tout le moins utile de placer une commande et les mentions accrocheuses, nombreuses et répétées figurant par ailleurs dans les documents transmis au consommateur ;

C'est, partant, à bon droit que l'intimé a sollicité la cessation de la diffusion des publipostages litigieux, trompeurs et déloyaux au regard des dispositions légales qui y sont applicables, sur les territoires français et britanniques ;

Le dispositif de l'ordonnance entreprise, qui avait à tort retenu l'ensemble des griefs invoqués par les autorités requérantes, devra être modifié, compte tenu des motifs ci-dessus ;

6.

AMA critique encore le délai de cessation, le montant de l'astreinte et la mesure de publication ; elle demande, subsidiairement, à être autorisée à apporter des aménagements à ses publicités, en faisant valoir que sa démarche marketing n'est pas en soi illicite ;

Les aménagements qu'elle propose ne sont pas suffisants ;

Ils ne permettront pas d'éviter la confusion créée par les publicités litigieuses, telles qu'elles sont actuellement conçues ;

Il n'est cependant pas exclu d'envisager qu'AMA procède à des adaptations plus structurelles et/ou pertinentes ; il se justifie dès lors de lui accorder un délai raisonnable de 3 mois pour mettre fin à l'infraction constatée ;

L'astreinte prononcée est excessive ; elle sera adéquatement réduite à 100€ par publicité envoyée, avec le montant maximal fixé par le premier juge ;

La mesure de publication d'un résumé du présent arrêt qui est sollicitée n'apparaît pas indispensable pour contribuer à la cessation de cette infraction ;

Pour la clarté du dispositif du présent arrêt, l'ordonnance entreprise sera mis à néant, sauf en ce qu'elle a reçu la demande et a statué sur les dépens ;

L'appel étant partiellement fondé, les dépens des parties afférents à l'instance d'appel seront compensés ;

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant contradictoirement, dans les limites de sa saisine,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire,

Dit n'y avoir lieu à réouverture des débats,

Dit que, en tout état de cause, la demande de suspension de la mesure de publication, dans l'attente de la décision de la cour sur le fond du litige, est devenue sans objet ;

Reçoit l'appel,

Met à néant l'ordonnance entreprise, sauf en ce qu'elle a reçu la demande et a statué sur les dépens,

Dit pour droit que les publicités de l'appelante, qu'elle diffuse tant sur le territoire britannique que sur le territoire français, sous les enseignes VITAL BEAUTY et SWISS HOME SHOPPING sont illicites au regard des articles 5 et 6 du The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 et de l'article L121-1 du Code de la consommation français, en ce que elles sont susceptibles de faire naître l'impression trompeuse que

- le destinataire du courrier est le gagnant du premier prix, important, de la loterie qu'elle organise, alors qu'il n'y a qu'une chance sur le nombre de numéros pré-tirés qu'il le soit,
- la passation d'une commande est susceptible d'avoir une influence positive sur le processus de paiement du gros lot,

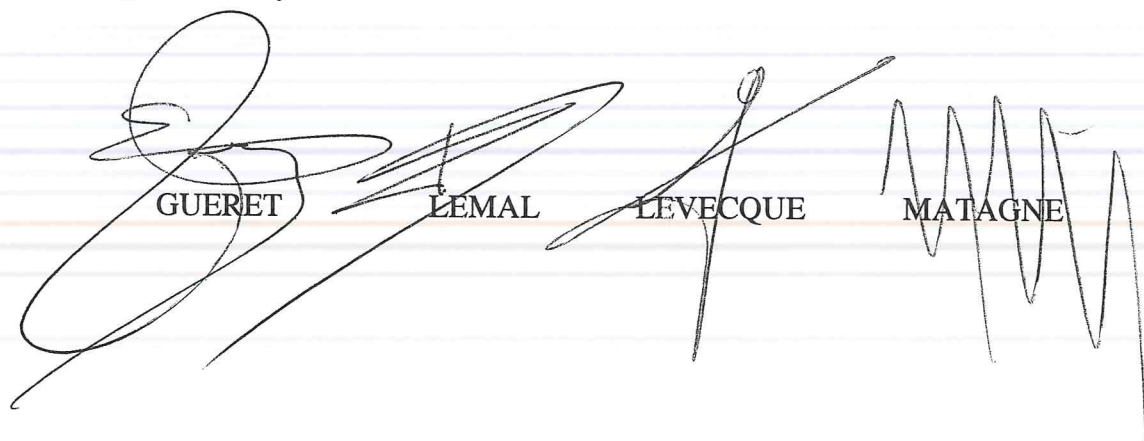
Ordonne la cessation de ces pratiques dans les 3 mois du prononcé du présent arrêt,

Prononce une astreinte de 100 € par infraction constatée postérieurement à la signification du présent arrêt et de l'expiration du délai de 3 mois ci-dessus précisé, avec un maximum de un million d'euros,

Déboute l'intimé du surplus ;

Compense les dépens exposés par les parties en instance d'appel ;

Ainsi jugé par la cour d'appel de Mons, première chambre, où siégeaient : Madame Monique LEVECQUE, conseiller faisant fonction de président, Monsieur Jean MATAGNE, conseiller, Monsieur Michel LEMAL, conseiller, et prononcé en audience publique civile du QUATORZE NOVEMBRE DEUX MILLE ONZE par Madame le conseiller Monique LEVECQUE avec l'assistance du greffier Eddy GUERET.


GUERET LEMAL LEVECQUE MATAGNE