

28 May 2022 - New rules on misleading commercial practices at the age of digital transformation

Following Order no. [2021-1247](#) of 29 September 2021 on the legal conformity warranty for goods, digital content and digital services, it is Order no. [2021-1734](#) of 22 December 2021 that needs to be looked at by all traders involved in the manufacture, supply, distribution and sale of goods with digital elements to French consumers.

Indeed, this Order transposes EU Directive [2019/2161](#) of 24 November 2019 as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules (the “Omnibus Directive”).

According to the [report](#) submitted to the French President on this new Order, this transposition results from the “need to modernise the legal scope of consumer protection by taking into account the double requirement pertaining to strengthening the effectiveness of the existing rules in light of the increasing risk of infringements at the European level and adapting these rules to digital transformation”.

Its provisions will come into force on **28 May 2022** and will fall under the jurisdiction of the Directorate General for Competition, Consumer Affairs and Fraud Control (DGCCRF).

The amendments triggered by this Order deserve attention in light of its declared political ambition, the new definitions included and the penalties that exist.

1. NEW DEFINITIONS

The modernisation first of all entails the modification of the preliminary Article of the French Consumer Code.

Article 1 of the Order provides for the integration of new definitions such as “online marketplace”, “online marketplace operator” and “commercial practice”, as follows:

Online marketplace: “a service using software, including a website, part of a website or an application, operated by or on behalf of a trader which allows consumers to conclude distance contracts with other traders or consumers”

Online marketplace operator: “any trader providing an online marketplace to consumers, within the meaning of 2° of I of Article L 111-7”

Commercial practice: “any action, omission, behaviour, procedure or commercial communication, including advertising and

marketing, from a trader, directly related to the promotion, sale or supply of a good, service or pertaining to rights and obligations”.

2. NEW PRACTICES DEFINED AS MISLEADING COMMERCIAL PRACTICES

As explained in the abovementioned report, the Order indicates that the following constitutes material information that must be given to the consumer ahead of the purchase:

“the capacity of the co-contracting party (trader or non-trader) of the consumer on an online marketplace;

the main parameters determining the ranking of products presented to the consumer on an online interface;

the elements enabling to establish whether and how the trader ensures that the published reviews originate from consumers who have actually used or purchased the product”.

Not mentioning this information constitutes a misleading commercial practice by omission.

Furthermore, the following types of behaviour, specific to the digital industry, are added as misleading commercial practices:

“the listing or ranking online of a product without indicating the existence of a capital link between the offeror and the marketplace operator;

the resale to consumers of tickets for events by using automated means to circumvent any limit or prohibition from reselling these tickets;

the statement that reviews of a product are submitted by consumers who have actually used or purchased the product whereas the necessary measures to check such have not been taken;

the submission of false consumer reviews or the modification of consumer reviews”.

Lastly, Article 2 of the Order specifically relates to the manner of announcing price reductions to consumers without such constituting a misleading commercial practice. The trader must indicate the price that was applicable prior to the reduction, bearing in mind that this prior price “means the lowest price applied by the trader for all consumers during a period of 30 days prior to the application of the price reduction”.

3. NEW PENALTIES

The Order’s goal to obtain new legal effectiveness is particularly reflected by the implementation of several dissuasive penalties.

The central point of this topic is mentioned in the Report submitted to the President. It provides for the implementation of “effective, proportionate and dissuasive penalties for widespread cross-border infringements”.

The following penalties, underlined in the Report submitted to the French President mentioned above, are noteworthy:

Breach by the trader of its legal obligation to inform on the existence and terms of the legal conformity warranties, the potential commercial warranties and the after-sales services, if any: the fine goes from 3,000 Euros to 15,000 Euros for an individual and from 15,000 Euros to 75,000 Euros for a legal entity.

Use by the trader of a clause deemed unfair: civil fine of 15,000 Euros for an individual and 75,000 Euros for a legal entity. Article 5 of the Order adds: “This amount may be increased, proportionately to the benefits obtained from the practices at stake, to 4% of the annual average turnover, calculated over the last three annual turnovers known on the date of the decision. In the absence of available information to calculate the fine on the ground of the turnover, its amount may be increased to two million Euros”.

Use by the trader of a “black” clause, namely clauses deemed to be unfair in an irrefutable manner and hence prohibited: the fine goes from 3,000 Euros to 15,000 Euros for an individual and from 15,000 Euros to 75,000 Euros for a legal entity.

“Breach of the prohibition, for a trader, from carrying out unsolicited visits to a consumer’s home to sell products or provide services when the latter has clearly and unambiguously declared not wanting such visits”: a one-year prison sentence and a fine of 150,000 Euros for an individual and a fine of up to five times more for a legal entity.

Breach by the trader of the rules governing the conclusion and performance of distance contracts and off-premises contracts: the fine goes from 3,000 Euros to 15,000 Euros for an individual and from 15,000 Euros to 75,000 Euros for a legal entity.

Absence of communication of the model withdrawal form provided for by Article L. 221-9 of the French Consumer Code or the communication of a form that does not comply with the provisions of point 7° of Article L. 221-5 of the same Code: two-year prison sentence and a fine of 150,000 Euros for an individual and a fine of up to five times more for a legal entity.

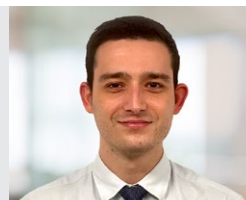
Several penalties, and this is new, may be brought to “4% of the annual average turnover, calculated over the last three annual turnovers known on the date of the events” in the case of a “widespread infringement or widespread infringement with a Union dimension” that required cooperation between the market surveillance authorities of several Member States of the European Union (Article 9 of the Order).

Conclusion

Traders in the digital sector, but also more generally, traders offering digital elements with their products, must be aware of the proliferation of regulations impacting them, in particular since September 2020 with nearly a dozen instruments targeting them directly. The Order described in this article is among them, with multiple and serious penalties. While the DGCCRF usually gives time to traders to adapt and first proves to be lenient, it will not hesitate to apply the texts strictly. Traders hence need to be prepared and urgently review their terms and conditions, labelling, websites and any information provided to consumers to adjust them and make them compliant.



Sylvie Gallage-Alwis
PARTNER
sylvie.gallage-alwis@signaturelitigation.com



Gauthier Doléac
TRAINEE
gauthier.doleac@signaturelitigation.com

LONDON
Signature Litigation LLP
138 Fetter Lane
London EC4A 1BT
+44 (0)20 3818 3500

PARIS
Signature Litigation AARPI
49/51 avenue George V
75008 Paris
+33 (0)1 70 75 58 00

GIBRALTAR
Signature Litigation
7 Governor’s Street
Gibraltar GX11 1AA
+350 200 10 900

EMAIL
info@signaturelitigation.com

28 mai 2022 - Nouvelles règles relatives aux pratiques commerciales trompeuses à l'ère de la transformation numérique

Après l'Ordonnance n° [2021-1247](#) du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques, c'est l'Ordonnance n° [2021-1734](#) du 22 décembre 2021 qui doit susciter toute l'attention des professionnels impliqués dans la fabrication, fourniture, distribution et vente de biens comportant un élément numérique aux consommateurs français.

Cette Ordonnance transpose en effet la Directive [2019/2161](#) du 24 novembre 2019, relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs (la « Directive Omnibus »).

Selon le [rapport](#) remis au Président de la République concernant cette nouvelle Ordonnance, cette transposition répond à un « souci de modernisation du cadre juridique de la protection des consommateurs tenant compte de la double nécessité de renforcer l'effectivité des règles existantes face au risque croissant d'infractions à l'échelle européenne et d'adapter celles-ci à la transformation numérique ».

Ses dispositions entreront en vigueur le **28 mai 2022** et entreront dans le champ de compétence de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF).

Les modifications que cette ordonnance entraîne méritent amplement que l'on s'y attarde au regard de l'ambition politique affichée, des nouvelles définitions apportées et des sanctions prévues.

1. De nouvelles définitions

Cette modernisation passe en premier lieu par une modification de l'article liminaire du Code de la Consommation.

L'article 1er de l'Ordonnance prévoit l'intégration de nouvelles définitions telles que « place de marché en ligne », « opérateur de place de marché en ligne » et enfin de « pratique commerciale » comme suit :

Place de marché en ligne : « un service utilisant un logiciel, y compris un site internet, une partie de site internet ou une application, exploité par un professionnel ou pour son compte, qui permet aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec d'autres professionnels ou consommateurs »

Opérateur de place de marché en ligne : « tout professionnel qui fournit une place de marché en ligne aux consommateurs, au sens du 2° du 1 de l'article L. 111-7 »

Pratique commerciale : « 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 bien, d'un service ou portant sur des droits et obligations »

2. De nouvelles pratiques définies comme des pratiques commerciales trompeuses

Comme expliqué dans le rapport précité, l'Ordonnance indique que constituent des informations substantielles qui doivent impérativement être transmises au consommateur en amont de son achat :

« la qualité du cocontractant (professionnel ou non) du consommateur sur une place de marché en ligne ;

les principaux paramètres qui déterminent le classement des produits présentés au consommateur sur une interface en ligne ;

les éléments permettant d'établir si et comment le professionnel garantit que les avis publiés émanent de consommateurs ayant effectivement utilisé ou acheté le produit ».

Ne pas mentionner ces informations équivaut à une pratique commerciale trompeuse par omission.

Par ailleurs, sont ajoutées comme pratiques commerciales trompeuses les comportements suivants spécifiques au numérique :

« le référencement ou au classement en ligne d'un produit sans indiquer l'existence d'un lien capitalistique entre l'offreur et l'opérateur de place de marché ;

la revente à des consommateurs de billets pour des manifestations par l'utilisation d'un moyen automatisé permettant de contourner la limitation ou l'interdiction de revente de ces billets ;

l'affirmation attestant que des avis sur un produit sont diffusés par des consommateurs qui ont effectivement utilisé ou acheté le produit alors que les mesures nécessaires pour le vérifier n'ont pas été prises ;

la diffusion de faux avis de consommateurs ou à la modification d'avis de consommateurs ».

Enfin, l'article 2 de l'Ordonnance porte spécifiquement sur la manière d'annoncer les réductions de prix aux consommateurs sans que cela ne constitue une pratique commerciale trompeuse. Le professionnel doit indiquer le prix antérieur à l'application de la réduction, sachant que 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 ».

3. De nouvelles sanctions

La volonté d'une nouvelle effectivité juridique développée par l'Ordonnance se traduit tout particulièrement par la mise en œuvre de plusieurs sanctions au caractère dissuasif.

Le point central de ce sujet est évoqué dans le Rapport remis au Président. Celui-ci prévoit la mise en place d'un « régime de sanctions dites effectives, proportionnées et dissuasives pour les infractions transfrontalières de grande ampleur ».

On peut ainsi noter les sanctions suivantes mises en exergues dans le rapport au Président de la République précité :

Manquement du professionnel à son obligation légale d'information sur l'existence et les modalités des garanties légales de conformité, des éventuelles garanties commerciales et le cas échéant du service après-vente : l'amende passe de 3.000 euros à 15.000 euros pour une personne physique et de 15.000 euros à 75.000 euros pour une personne morale.

Utilisation par le professionnel d'une clause reconnue abusive : Amende civile d'un montant de 15.000 euros pour une personne physique et 75.000 euros pour une personne morale. L'article 5 de l'Ordonnance ajoute : « Ce montant peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés des pratiques en cause, à 4 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date de la décision. A défaut d'information disponible pour calculer l'amende sur le fondement du chiffre d'affaires, son montant peut être porté à deux millions d'euros ».

Utilisation par le professionnel d'une clauses « noires », c'est-à-dire des clauses réputées présumées abusives de manière irréfragables et donc interdites : l'amende passe de 3.000 euros à 15.000 euros pour une personne physique et de 15.000 euros à 75.000 euros pour une personne morale.

« Violation de l'interdiction, pour un professionnel, de se livrer à toute visite non sollicitée au domicile d'un consommateur en vue de vendre des produits ou de fournir des services lorsque le consommateur a manifesté de manière claire et non ambiguë ne pas vouloir faire l'objet d'une telle visite » : un an d'emprisonnement et d'une amende de 150.000 euros pour une personne physique et d'une amende jusqu'à cinq fois supérieure pour une personne morale.

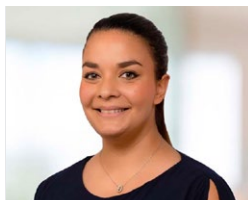
Manquement du professionnel aux règles de formation et d'exécution des contrats conclus à distance et hors établissement : l'amende passe de 3.000 euros à 15.000 euros pour une personne physique et de 15.000 euros à 75.000 euros pour une personne morale.

Absence de remise du formulaire type de rétractation prévu par l'article L. 221-9 du Code de la Consommation ou la fourniture d'un formulaire non conforme aux dispositions du 7° de l'article L. 221-5 du même code : peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 150.000 euros pour une personne physique et d'une amende jusqu'à cinq fois supérieure pour une personne morale.

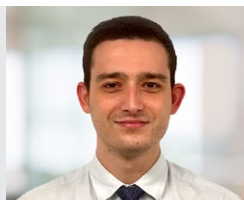
De façon plus novatrice, plusieurs sanctions pourront être portées à « 4 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits » en cas d'« infraction de grande ampleur ou de grande ampleur à l'échelle de l'Union européenne » ayant nécessité la coopération entre les autorités de surveillance du marché de plusieurs Etats Membres de l'Union européenne (article 9 de l'Ordonnance).

Conclusion

Les professionnels du numérique mais plus largement tous les professionnels proposant une dimension numérique avec leurs produits doivent prendre conscience du foisonnement de réglementations les impactant, en particulier depuis septembre 2020 avec presque une dizaine de textes les visant directement. L'Ordonnance décrite ci-dessus en fait partie, avec des sanctions multiples et lourdes qui sont prévues. Si la DGCCRF a pour habitude de laisser un temps d'adaptation aux professionnels et de faire dans un premier temps preuve de pédagogie, elle n'hésitera pas à appliquer les textes de façon stricte. Il convient donc de se préparer et de revoir de façon urgente les CGV, étiquetages, sites internet et toute information fournie aux consommateurs pour les adapter à tous ces nouveaux textes.



Sylvie Gallage-Alwis
PARTNER
sylvie.gallage-alwis@signaturelitigation.com



Gauthier Doléac
TRAINEE
gauthier.doleac@signaturelitigation.com

PARIS
Signature Litigation AARPI
49/51 avenue George V
75008 Paris
+33 (0)1 70 75 58 00

LONDON
Signature Litigation LLP
138 Fetter Lane
London EC4A 1BT
+44 (0)20 3818 3500

GIBRALTAR
Signature Litigation
7 Governor's Street
Gibraltar GX11 1AA
+350 200 10 900

EMAIL
info@signaturelitigation.com