

## FLASH CONCURRENCE

**Arrêt du 23 avril 2009, affaires jointes C-261/07 et 299/07**

**La CJCE précise la portée de l'harmonisation complète effectuée par la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs :**

**Un petit pas pour la CJCE, mais un pas de géant pour les organisateurs d'opérations promotionnelles et l'évolution du droit de la promotion des ventes !**

*Par Jean-Christophe Grall et Eléonore Camilleri*

Par un arrêt d'ores et déjà très médiatisé du 23 avril 2009, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) vient préciser, à l'occasion de deux questions préjudicielles portant sur la réglementation belge interdisant les « *offres conjointes* », que **les États membres ne sont pas autorisés à maintenir ou introduire dans leurs législations des dispositions plus strictes ou plus souples que celles posées par la directive 2005/29/CE**, celle-ci réalisant une « *harmonisation complète* » au niveau communautaire de la matière relative aux pratiques commerciales déloyales.

La CJCE juge ainsi contraires à la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales<sup>1</sup>, les règle-

mentations nationales, telle la loi belge, qui prohibent toutes « *offres conjointes* ».

**Véritable bombe à retardement, cet arrêt pourrait avoir pour conséquence de remettre profondément en cause la réglementation française prohibant de façon générale, sauf exceptions, certaines pratiques promotionnelles telles que les ventes avec prime et ventes jumelées.**

\*\*\*

Ce n'est pas une mais deux affaires, lesquelles ont été jointes par la suite<sup>2</sup>, qui ont donné lieu au retentissant arrêt du 23 avril 2009 de la CJCE.

<sup>1</sup> 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 et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règle-

ment (CE) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil.

<sup>2</sup> Par ordonnance du président de la Cour du 29 août 2007, les affaires C-261/07 et C-299/07 ont été jointes aux fins des procédures écrite et orale ainsi que de l'arrêt.

Dans la première, une filiale belge du groupe Total distribuait du carburant dans ses stations-service, et offrait aux consommateurs détenteurs d'une carte Total Club trois semaines gratuites d'assistance au dépannage, pour chaque plein d'au moins 25 litres pour une voiture ou d'au moins 10 litres pour un cyclomoteur. S'offusquant de cette pratique, VTB, une société de dépannage, a demandé au juge national d'ordonner sa cessation en ce qu'elle constituait, notamment, une offre conjointe interdite par l'article 54 de la loi belge du 14 juillet 1991 qui prévoit que :

*« Il y a offre conjointe au sens du présent article, lorsque l'acquisition, gratuite ou non, de produits, de services, de tous autres avantages, ou de titres permettant de les acquérir, est liée à l'acquisition d'autres produits ou services, même identiques.*

*Sauf les exceptions précisées ci-après, toute offre conjointe au consommateur effectuée par un vendeur est interdite. Est également interdite toute offre conjointe au consommateur effectuée par plusieurs vendeurs agissant dans une unité d'intention ».*

Le second litige opposait la société Galatea, exploitante d'un magasin de lingerie en Belgique, à la société Sanoma, éditrice de l'hebdomadaire Flair dont l'un des numéros était accompagné d'un carnet donnant droit à une remise de 15 à 25 % sur des produits vendus dans certains magasins de lingerie. La société Galatea avait introduit une action en cessation, en faisant valoir que Sanoma avait violé la même disposition de législation belge.

Le Tribunal de commerce d'Anvers, saisi de ces deux affaires, a donc interrogé la Cour de justice sur le point de savoir si la directive devait être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que la législation belge, qui, sauf certaines exceptions, et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, établit un principe général d'interdiction des offres conjointes faites par un vendeur à un consommateur.

Afin de répondre à cette question, la Cour suit un raisonnement méthodique en plusieurs étapes sur lesquelles il convient de revenir :

- 1) Les offres conjointes sont des « pratiques commerciales » au sens de la directive de 2005 :

À titre liminaire, la Cour entreprend de déterminer si les offres conjointes, objet de l'interdiction litigieuse, constituent des pratiques commerciales au sens de la directive et sont, dès lors, soumises aux prescriptions édictées par cette dernière.

À cet égard, la Cour relève que l'article 2, sous d), de la directive 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 ».

Il est intéressant de relever que les gouvernements belge et français qui étaient intervenus pour émettre des observations, avaient tenté de faire valoir que les offres conjointes n'étaient pas des « pratiques commerciales » et qu'elles échappaient donc au champ d'application de la directive.

Le gouvernement français avait ajouté que, si la directive oblige les États membres à interdire les pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs, cela n'empêche toutefois pas ces États, afin de mieux protéger le consommateur, de prohiber d'autres pratiques, telles que les offres conjointes, indépendamment de leur caractère déloyal au sens de la directive.

La Cour confirme toutefois, en reprenant les conclusions de l'avocat général<sup>3</sup>, que les offres conjointes « constituent des actes commerciaux s'inscrivant clairement dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opé-

<sup>3</sup> Points 69 et 70 des conclusions de Madame l'avocat général Verica Trstenjak, présentées le 21 octobre 2008.

rateur et visant directement à la promotion et à l'écoulement des ventes de celui-ci » et qu'elles constituent donc bien des « pratiques commerciales » au sens de la directive.

2) La directive du 11 mai 2005 procède à une harmonisation complète de la matière relative aux pratiques déloyales :

Il convient de rappeler que l'on distingue habituellement deux types de directives :

- d'une part, les directives communautaires qui se focalisent sur des points essentiels et ne visent qu'à une harmonisation « minimale », au-delà ou en dehors de laquelle les États membres restent libres de se montrer plus draconiens,
- d'autre part, celles qui effectuent une harmonisation dite « complète » ou « maximale », en établissant des règles détaillées et en empêchant les États membres de maintenir et d'adopter des règles nationales qui contiennent un niveau de protection du consommateur plus ou moins élevé.

S'agissant de la directive 2005/29 du 11 mai 2005, plusieurs éléments convergeaient vers une qualification d'harmonisation maximale.

En effet et ainsi que l'avait relevé l'avocat général dans ses conclusions, le onzième considérant de la directive précise que le rapprochement des dispositions nationales assuré par la directive doit créer « un niveau commun élevé de protection des consommateurs ». Le douzième considérant énonce quant à lui que « les consommateurs et les professionnels pourront ainsi s'appuyer sur un cadre réglementaire unique fondé sur un concept juridique clairement défini réglémentant tous les aspects des pratiques commerciales déloyales au sein de l'Union européenne ».

En outre, les quatorzième et quinzième considérants précisent expressément que la directive tend à une harmonisation « complète » ou « totale ».

Enfin et surtout, l'article 4 de la directive 2005/29 prévoit que : « les États membres ne restreignent ni la libre prestation de services ni la libre circulation des marchandises pour des raisons relevant du domaine dans lequel cette directive vise au rapprochement des dispositions en vigueur ». Autrement dit, la directive n'a pas pour seul objectif de protéger le consommateur européen, elle vise également à contribuer au bon fonctionnement du marché communautaire.

C'est donc assez logiquement que la Cour constate que la directive 2005/29, procède à « **une harmonisation complète de la matière relative aux pratiques déloyales** » et qu'en conséquence, **les États membres ne peuvent « adopter des mesures plus restrictives que celles définies par la directive, même aux fins d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs » !**

3) Les offres conjointes ne sont pas énumérées dans la liste noire contenue dans l'annexe I de la directive et il ne peut donc être établi une présomption d'illégalité en ce qui les concerne :

La Cour se penche ensuite sur la marge de manœuvre laissée aux États membres par la directive.

A cet égard, la CJCE observe que la directive du 11 mai 2005 contient une annexe I établissant une liste exhaustive de trente et une pratiques commerciales qui sont réputées déloyales en toutes circonstances. La Cour précise qu'il s'agit des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans faire l'objet d'une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de la directive, lesquels énoncent les critères permettant de déterminer si une pratique présente un caractère déloyal ou non.

**Relevant alors que les offres conjointes ne font pas partie de cette « liste noire » de pratiques systématiquement interdites, la Cour en déduit qu'il ne peut être établi une présomption d'illégalité en ce qui les concerne.**

Autrement dit, la Cour considère qu'il ne peut y avoir d'interdiction générale de ces offres, lesquelles ne pourraient être sanctionnées que s'il est vérifié, au regard du contexte factuel de chaque espèce, qu'elles ont un caractère déloyal, ce qui résulte du contenu et de l'économie générale des dispositions de la directive.

La Cour estime ainsi qu'« *en établissant une présomption d'illégalité des offres conjointes, une réglementation nationale telle que celle en cause au principal (la loi belge) ne répond pas aux exigences posées par la directive* ».

La Cour précise par ailleurs que cette constatation n'est pas remise en cause par le fait que la législation belge prévoit un certain nombre d'exceptions à cette prohibition.

Eu égard à ces considérations, la Cour en conclut que : « **la directive doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause dans les litiges au principal, qui, sauf certaines exceptions et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur** ».

\* \* \*

Il résulte de l'arrêt du 23 avril 2009 que la législation belge relative aux offres conjointes est contraire au droit communautaire et que l'état Belge devra revoir et donc adapter en profondeur ses dispositions légales applicables à la protection des consommateurs.

Cette conséquence directe de la décision de la CJCE ne constitue cependant que l'arbre qui cache la forêt.

Reste en effet à s'interroger sérieusement sur les répercussions que pourrait avoir la solution retenue par l'arrêt de la CJCE sur les réglementations domestiques propres à chaque Etat membre, en particulier la France, posant des interdictions générales et préventives de certaines formes de promotion des ventes.

La première disposition française menacée venant à l'esprit est bien évidemment l'article L.122-1 du Code de la consommation qui, à l'instar de la loi belge, prohibe les ventes liées ou jumelées et autres ventes subordonnées, en ces termes :

« *Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit* ».

A ce titre, il est fort probable que France Telecom et la Ligue de Football Professionnel se prévaudront de la solution dégagée par l'arrêt de la CJCE lors de l'audience du 30 avril prochain de la Cour d'appel de Paris, dans la brûlante affaire qui les oppose à Free et SFR, lesquels reprochent à l'opérateur historique de contraindre les personnes désireuses de profiter du service « *Orange Sport* » à contracter un abonnement « *Triple play* », ce qui constituerait une violation de l'article L.122-1 précité<sup>4</sup>.

En tout état de cause, la réglementation relative aux ventes liées pourrait ne pas être la seule à subir les conséquences évidentes induites par l'arrêt du 23 avril 2009 de la CJCE.

En effet, il résulte de cette décision que toute pratique pouvant être qualifiée de « pratique commerciale » au sens de la directive ne peut être interdite *per se* que si elle est expressément visée dans l'annexe I de ladite directive.

Ainsi, dans la mesure où une pratique ne figure pas sur cette « *liste noire* », elle ne pourrait être présumée illégale en tant que telle, mais seulement si elle devait s'avérer

<sup>4</sup> Cette audience intervient dans le cadre de l'appel du jugement du 23 février 2009 par lequel le Tribunal de commerce de Paris a enjoint à la société France Telecom de cesser de subordonner l'abonnement à Orange Foot à la souscription d'un abonnement internet haut débit Orange.

déloyale au sens de la directive, en prenant en compte les circonstances spécifiques du cas d'espèce.

Force est de constater que **la vente avec prime**, qui constitue sans aucun doute une « *pratique commerciale* », ne fait pas partie des trente et une pratiques énumérées par l'annexe I de la directive. De là à en déduire que l'interdiction contenue dans l'article L.121-35 du Code de la consommation est contraire au droit communautaire, il n'y a qu'un pas que l'on pourrait facilement franchir et que certains franchiront demain.

On peut également s'interroger sur une éventuelle remise en question de l'article L.121-36 du Code de la consommation relatif aux **loteries publicitaires par voie d'écrit**, lesquelles pourraient bien être qualifiées de « *pratiques commerciales* » au sens de la directive. Toutefois, la trente et unième pratique visée par l'annexe I de la directive comme étant réputée déloyale pourrait correspondre à certaines loteries.

Par ailleurs, qu'en est-il de l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur ayant récemment abrogé et remplacé l'arrêté 77-105/P ?

Certes, cette réglementation a davantage pour objectif de régir la façon de présenter les annonces de prix que de les interdire, mais il n'en demeure pas moins que les annonces ne respectant pas ses préceptes sont sanctionnées en tant que telles.

En conclusion et eu égard à la notion de « *pratique commerciale* » définie de façon extrêmement large par la directive, les impacts de l'arrêt du 23 avril 2009 pourraient s'avérer considérables et ce, immédiatement !

La CJCE ne viendrait-elle pas de signer indirectement l'arrêt de mort de toute une série d'interdictions posées par la législation française ?

La question est posée et les débats peuvent s'ouvrir !

## Quelques informations :

**Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :**

- ☞ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation du plan d'affaires annuel 2009 :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;
- ☞ **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**
- ☞ **Au contrôle des concentrations**
  - Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]
  - Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** installée le 13 janvier 2009 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification dans le cadre de la LME du 4 août 2008 et de l'ordonnance du 13 novembre 2008, etc.] ;

- ☞ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**
- ☞ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du règlement 1/2003 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et indirectement des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;
- ☞ **A la définition des pratiques anti-concurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 81 et 82 TCE **[ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence après les décisions Jouet du 20 décembre 2007, Sanitaire - Chauffage et parfums des 9 et 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence, etc.] ;**
- ☞ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 ;
- ☞ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- ☞ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ;**

- ☞ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chattel du 3 janvier 2008** et de la LME du 4 août 2008 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].

\* \* \*

- ☞ **Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;**
- ☞ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2009, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;**
- ☞ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

\* \* \*

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur  
notre site [www.mgavocats.fr](http://www.mgavocats.fr)**