



Grall & Associés
AVOCATS

Membre d'Antitrust Alliance

Antitrust
Alliance

La Lettre du Cabinet

Février 2010

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

FLASH CONCURRENCE N° 4

Ventes liées et pratiques commerciales déloyales en France : les suites de l'arrêt de la CJCE du 23 avril 2009

L'arrêt du 26 novembre 2009 « UFC Que Choisir c/ Darty »

par Jean-Christophe Grall et Eléonore Camilleri

L'arrêt¹ du 23 avril 2009 de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) n'a pas fini de faire des vagues en droit national des promotions des ventes et, en particulier, des ventes liées, jumelées ou subordonnées².

Rappelons que dans cette affaire, la CJCE a jugé contraire à la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, la réglementation nationale belge qui prohibe par principe toutes « offres conjointes ». La raison en est que, selon la CJCE, ladite directive, qui procède à une « harmonisation complète » de la matière, contient une annexe I établissant une liste exhaustive de 31 pratiques commerciales qui sont réputées déloyales en toutes circonstances et qui constituent les seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées

comme interdites sans faire l'objet d'une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de la même directive, lesquels énoncent les critères permettant de déterminer si une pratique présente un caractère déloyal ou non³. [Cf. Flash concurrence MG Avocats n°2 du mois d'avril 2009 et son actualisation du mois de juin 2009]

Or, à l'instar de la loi belge, le Code français de la consommation prohibe de façon générale les offres conjointes, son article L.122-1 disposant en effet que :

« 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 ».

¹ Aff. C-261/07 et C-299-07, VTM-VAB NV c/ Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma Magazines Belgium NV.

² Dans le présent article, nous parlerons indifféremment de ventes jumelées, subordonnées ou liées.

³ Rappelons que cette directive a été transposée en droit français aux articles L.120-1 et suivants du Code de la consommation.

Se posait, dès lors, la question de la conformité au droit communautaire de cette disposition interdisant les ventes liées en tant que telles, mais également de certaines autres réglementations françaises prohibant de façon générale telle ou telle pratique promotionnelle, dans la mesure où il résulte de l'arrêt du 23 avril 2009 de la CJCE que toute pratique pouvant être qualifiée de « *pratique commerciale* » au sens de la directive du 11 mai 2005 ne peut être interdite *per se* que si elle est expressément visée dans l'annexe I de ladite directive.

Les juridictions nationales n'ont pas tardé à se prononcer sur la question de l'interdiction des ventes liées, à commencer par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire dite « *Orange Sport* », qui opposait France Telecom et sa filiale Orange à Free et SFR, lesquels reprochaient à l'opérateur historique de contraindre les personnes désireuses de profiter de la chaîne Orange Sport à contracter un abonnement « *Triple play* », ce qui aurait constitué une violation de l'article L.122-1 précité et, partant, un acte de concurrence déloyale.

Dans son arrêt du 14 mai 2009, la Cour d'appel de Paris, après avoir cité l'arrêt de la CJCE et observé que l'offre subordonnée ne figurait pas parmi les pratiques énumérées à l'annexe I de la directive du 11 mai 2005, a considéré que l'article L.122-1 du Code de la consommation, qui pose un principe d'interdiction des ventes subordonnées, se heurtait au régime institué par la directive. La Cour a, en conséquence, estimé qu'il lui revenait d'en écarter l'application et d'évaluer le caractère déloyal des offres subordonnées compte tenu des circonstances de l'espèce et au regard des critères posés aux articles 5 à 9 de la directive.

Le 26 novembre dernier, la Cour d'appel de Paris a eu, à nouveau, l'occasion de se prononcer sur l'applicabilité de l'article L.122-1 précité, dans une affaire opposant l'UFC Que Choisir à la société Darty et relative, cette fois, à la vente d'ordinateurs

avec des logiciels (et en particulier du système d'exploitation Windows XP) préinstallés. [Sur cette même question mais en matière d'antitrust, voir les célèbres procès actuellement pendants entre le géant Microsoft et la Commission Européenne]

Cette décision intervient à la suite de l'assignation devant le Tribunal de Grande Instance de Paris, par l'UFC Que Choisir, de la société Darty afin que cette dernière soit enjointe :

- de cesser de vendre des ordinateurs avec des logiciels préinstallés, sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels, moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, sur le fondement de l'article L.122-1 du Code de la consommation interdisant les ventes liées et de l'article L.121-1 du même code sur les pratiques commerciales trompeuses ;
- d'indiquer le prix des logiciels préinstallés qu'elle expose à la vente, conformément à l'article 7 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix, qui prévoit que « *Les produits vendus par lots doivent comporter un écriteau mentionnant le prix et la composition du lot ainsi que le prix de chaque produit composant le lot* ».

Le Tribunal de Grande Instance de Paris avait considéré, dans un jugement du 24 juin 2008, que Darty avait bien pratiqué des « *ventes liées* » au sens de l'article L.122-1 du Code de la consommation, en vendant des ordinateurs préalablement équipés du système d'exploitation de Microsoft, Windows XP, ainsi que d'autres logiciels. Toutefois, le Tribunal avait considéré que cette pratique était justifiée par un motif légitime, à savoir en l'occurrence l'intérêt des consommateurs, lesquels préféreraient en grande majorité un ordinateur pré-équipés à un ordinateur « *nu* ».

Le Tribunal en avait conclu que la société Darty ne contrevenait pas aux dispositions de l'article L.122-1 précité en vendant des ordinateurs pré-équipés, mais qu'elle avait, en revanche, l'obligation de mentionner le prix de chaque produit composant le lot, conformément à l'article 7 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix.

La Cour d'appel de Paris réaffirme que Darty n'est pas tenu de vendre des ordinateurs « nus », c'est-à-dire non pré-installés, mais ce, sans se fonder, contrairement au Tribunal, sur le motif légitime – en l'occurrence l'intérêt des consommateurs – pouvant justifier la vente liée.

En effet, la Cour, qui reprend exactement le même raisonnement que dans son arrêt du 14 mai 2009, écarte purement et simplement l'application des dispositions de l'article L.122-1 du Code de la consommation au motif qu'elles seraient non-conformes au droit communautaire et, en particulier, à la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales. La Cour entreprend ensuite de déterminer si, en l'occurrence, la vente liée pratiquée par Darty constitue ou non une pratique commerciale déloyale au sens de ladite directive. C'est ainsi qu'au terme d'une analyse très motivée, la Cour estime que cette pratique n'est pas déloyale.

Sans grande surprise, cet arrêt confirme donc la position que la Cour d'appel de Paris avait d'ores et déjà dégagée dans l'affaire « Orange Foot » en mai dernier, s'agissant de l'article L.122-1 du Code de la consommation.

Le véritable apport de l'affaire « *UFC Que Choisir / Darty* » concerne en réalité l'application de l'article 7 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix, qui pose une obligation d'afficher de façon distincte le prix de chaque produit composant le lot, soit en l'espèce de l'ordinateur « nu », d'une part, et de chaque logiciel pré-installé, d'autre part.

A cet égard, **la société Darty avait soulevé, entre autres, l'incompatibilité des dispositions de l'article 7 dudit arrêté avec la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales.**

Toutefois, la Cour d'appel de Paris se garde bien de s'aventurer sur ce terrain, en relevant l'impossibilité pour Darty de connaître et donc de fournir les prix respectifs de l'ordinateur « nu » et de chacun des logiciels du fait « *de la structure de l'offre des fabricants* » et du secret des affaires.

La Cour en conclut : « *qu'ainsi, Darty ne peut sans prendre le risque de délivrer une information inexacte, indiquer le prix des logiciels* » et qu'en conséquence, les demandes de l'UFC Que Choisir présentées sur le fondement de l'arrêté du 3 décembre 1987 ne peuvent être accueillies, « *sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la compatibilité de l'article 7 de l'arrêté avec la norme communautaire* ».

Ce "tour de passe-passe" met en évidence la situation inconfortable dans laquelle se trouvent aujourd'hui les juridictions françaises, lesquelles sont ainsi appelées, suite à l'arrêt de la CJCE du 23 avril 2009 et compte tenu de l'absence d'une réforme consécutive du droit français de la promotion des ventes – contrairement à l'évolution, corrélative à l'arrêt de la CJCE, de la législation belge – à se prononcer sur la conformité de certaines dispositions françaises en vigueur à la directive communautaire du 11 mai 2005.

Une telle situation pourrait être à l'origine d'une certaine insécurité juridique pour les opérateurs économiques – et en particulier les organisateurs d'opérations promotionnelles – dès lors que les différentes juridictions amenées à se prononcer pourraient adopter des positions différentes ou, à tout le moins, non parfaitement homogènes.

A cet égard, on peut relever que si le Tribunal de Grande Instance de Bobigny a suivi, le 15 mai 2009, dans une affaire op-

posant l'UFC Que Choisir à la société Auchan France, un raisonnement similaire à celui de la Cour d'appel de Paris en refusant d'appliquer l'article L.122-1 du Code de la consommation⁴, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre s'en est, quant-à-lui, démarqué dans un jugement du 30 octobre 2009.

En effet, dans cette affaire opposant l'UFC Que Choisir à la société Hewlett Packard France s'agissant là encore de la vente liée d'ordinateurs et de logiciels, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre opte pour une démarche différente de celle de la Cour d'appel de Paris en décidant d'appliquer l'article L.122-1 précité mais interprété à la lumière de la directive du 11 mai 2005 :

« L'article L.122-1 ne sera pas déclaré radicalement inapplicable comme clairement contraire au droit communautaire : il sera considéré comme pouvant être soumis à l'épreuve du principe d'appréciation conforme du fait de son ambivalence, la notion de motif légitime appréciable au cas par cas étant suffisamment fluide pour permettre de sanctionner au regard des critères posés aux articles 5 à 9 de la directive en cause, une offre conjointe déloyale »⁵.

Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre n'adopte donc pas la position de la Cour d'appel de Paris et suit un raisonnement tout compte fait assez classique, en appliquant l'article L.122-1 du Code de la consommation pour finalement conclure qu'il s'agit d'un cas d'« exemption » prévu expressément par ledit article, estimant que

⁴ S'agissant encore de la vente d'ordinateurs vendus avec des logiciels pré-installés, le Tribunal a, par un jugement en date du 15 mai 2009, débouté l'UFC Que Choisir au motif que sa « demande formulée en raison de la violation de l'article L. 122-1 du Code de la consommation ne saurait aboutir en raison du caractère contraire des dispositions édictées par ce texte au regard de la directive 2005/49 » (TGI de Bobigny, 15 mai 2009, UFC Que Choisir c/ Auchan France).

⁵ TGI de Nanterre, 30 octobre 2009, UFC Que Choisir c/ HP France.

la vente liée est, en l'occurrence, réalisée dans l'intérêt du consommateur.

Afin d'éviter une certaine « cacophonie » entre les différentes juridictions, une clarification législative du droit de la promotion des ventes en France serait la bienvenue en termes de sécurité juridique que peuvent attendre légitimement les entreprises.



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 des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2010 :** 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** depuis le 2 mars 2009 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;
 - ☞ **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 et de la réforme actuelle du règlement 2790/1999 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et 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 101 et 102 du TFUE [**ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;**
 - ☞ **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 **Chatel 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.].
 - ☞ **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs :** responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.
- * * *
- ☞ **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 2010, 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**