

De l'assouplissement du régime des offres liées à l'avènement d'un droit du marché ?

Muriel Chagny, Professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, codirecteur du Laboratoire DANTE

L'essentiel

L'interprétation conforme de l'article L. 122-1 du code de la consommation, à la lumière de la directive du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, conduit à un assouplissement du régime juridique des offres liées. Elle consacre également un rapprochement bienvenu du droit de la consommation et du droit de la concurrence qui incite à envisager des influences croisées entre ces deux disciplines. Cette convergence invite aussi, plus fondamentalement, à constater l'avènement d'un droit du marché, destiné à régir l'activité des opérateurs sur les différents marchés et dont les règles peuvent être invoquées par les consommateurs comme par les concurrents.

Deux lois ⁽¹⁾ ont été nécessaires pour intégrer - tardivement qui plus est - dans le code de la consommation ⁽²⁾, la directive n° 2005/29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs (ci-après la directive) ⁽³⁾. Malgré cela, le droit français de la consommation apparaît fragilisé, à la lecture de la récente jurisprudence communautaire ⁽⁴⁾ et française. C'est peut-être qu'une bonne transposition ne doit pas se limiter à une mise en harmonie formelle des règles et suppose aussi un changement de la perspective dans laquelle elles s'inscrivent.

L'affaire, très médiatisée, sur laquelle la cour d'appel de Paris s'est prononcée le 14 mai 2009 ⁽⁵⁾, illustre une fois de plus comment la lutte pour la conquête de la clientèle, stimulant l'imagination créatrice des entreprises, se déplace parfois sur le terrain judiciaire afin d'y dénoncer comme déloyales les pratiques d'un concurrent.

L'une des techniques utilisées en mercatique consiste à subordonner la vente d'un produit ou d'une prestation de services à l'achat d'autres produits ou à la prestation d'un autre service. Désigné sous des appellations aussi diverses qu'offres subordonnées, jumelées, liées et autre couplage, ce procédé, s'il n'est pas nouveau, trouve actuellement un terrain d'élection dans le secteur des nouvelles technologies, qu'il s'agisse de la pré-installation des logiciels et systèmes d'exploitation sur les ordinateurs ⁽⁶⁾ ou des offres multiservices (dites *triple play*) développées en matière de téléphonie, internet et télévision. C'est à propos d'une telle offre que s'est noué, en dernier lieu, le contentieux opposant des fournisseurs d'accès à internet à l'opérateur historique des télécommunications. Ce dernier, ayant obtenu au prix fort des droits exclusifs sur la retransmission de matchs du championnat de France de Ligue 1 afin de les diffuser sur sa chaîne dédiée au sport, avait réservé l'accès à cette offre audiovisuelle attractive pour les nombreux passionnés de football à ses seuls abonnés au service d'internet haut débit dans le cadre d'une offre multiservices. Saisi par certains concurrents, le tribunal de commerce de Paris y a vu une vente subordonnée au consommateur interdite par l'article L. 122-1 du code de la consommation et constitutive d'une faute de concurrence déloyale au détriment de ses concurrents ⁽⁷⁾. Une injonction a donc été délivrée afin de faire cesser cette pratique, en même temps qu'un expert judiciaire était désigné aux fins d'évaluer le préjudice causé aux entreprises demanderesse. Moins de trois mois après, et alors qu'était intervenu, entre-temps, un arrêt préjudiciel de la Cour de justice concernant les offres conjointes ⁽⁸⁾, ce jugement est infirmé par la cour d'appel de Paris ⁽⁹⁾.

L'arrêt a été frappé d'un pourvoi en cassation. Au-delà des intérêts particuliers en présence, cette affaire semble importante en ce qu'elle révèle un double décalage du droit français par rapport au droit communautaire. De façon immédiate, elle souligne la nécessité d'un assouplissement du régime français des offres liées aux consommateurs (I). De façon médiate, et sans doute beaucoup plus essentielle, l'approche liée des deux corps de règles (concurrence et consommation), utilisée dans la décision, apparaît comme un indice supplémentaire de l'avènement d'un droit du marché (II).

I - L'assouplissement du régime juridique des offres liées

L'assouplissement jurisprudentiel du traitement réservé aux offres liées par le droit français de la consommation trouve son origine dans le choix, effectué par le droit communautaire, d'un régime juridique uniforme pour les besoins du marché unique (A). Ce régime uniforme repose sur une convergence bienvenue du droit de la consommation et du droit de la concurrence (B).

A - Une uniformité justifiée dans le marché unique

La solution adoptée par la cour d'appel de Paris s'inscrit dans le prolongement de la décision rendue par la Cour de justice, le 23 avril 2009, à propos de la législation belge. Elle repose sur le mécanisme d'interprétation conforme de la règle nationale prohibant les ventes liées au consommateur, à la lumière de la directive sur les pratiques commerciales déloyales portant harmonisation totale.

Bien que rendu à propos de la législation belge, l'arrêt préjudiciel en interprétation du 23 avril 2009 s'impose, bien au-delà de la seule juridiction ayant saisi la Cour de justice, à l'ensemble des juridictions des différents Etats membres. En l'occurrence, la cour d'appel de Paris s'estime suffisamment éclairée et s'abstient par conséquent de soumettre, à son tour, la moindre question préjudicielle au juge communautaire.

Ainsi, après s'être attachée à vérifier que les ventes liées, constituant des pratiques commerciales au sens de l'article 2 d) de la directive - formulé de façon très compréhensive -, entrent bien dans le champ d'application de cette dernière, la cour d'appel reprend en substance le raisonnement suivi par le juge communautaire (10).

Selon ce dernier, la directive « doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, (...) 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 » (11). Pour parvenir à cette conclusion, l'arrêt du 23 avril 2009 a retenu que la directive poursuit un objectif d'uniformisation des droits nationaux et porte en conséquence harmonisation complète (12).

Il est vrai que, même s'il se contente d'évoquer le rapprochement des dispositions nationales, l'article 1er de la directive fait état d'un objectif consistant à « contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et [à] assurer un niveau élevé de protection des consommateurs ». L'ordre dans lequel ce double objectif est énoncé n'est pas neutre, comme le confirment plusieurs considérants particulièrement clairs. Ainsi est-il notamment indiqué que « les législations des Etats membres en matière de pratiques commerciales déloyales présentent des différences marquées, qui peuvent entraîner des distorsions sensibles de concurrence et faire obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur » (13). Il est également souligné qu'il importe d'établir, « à l'échelon communautaire, des règles uniformes qui assurent un niveau élevé de protection des consommateurs » (14). En présence d'une directive d'harmonisation totale, les Etats membres n'ont qu'une marge de manoeuvre des plus réduites : non seulement interdiction leur est faite d'« adopter des mesures plus restrictives, même aux fins d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs », mais encore de conserver, postérieurement à la transposition, des règles plus strictes préexistantes (15).

Dès lors, l'article L. 122-1 du code de la consommation, aux termes duquel « il est interdit

(...) 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 », se trouvait-il sur la sellette.

Epousant le raisonnement suivi par la Cour de justice à propos de la disposition belge, la cour d'appel de Paris ne peut que constater la contrariété à la directive de la règle française de consommation. Alors que les offres liées ne sont pas mentionnées dans la liste exhaustive des 31 pratiques réputées déloyales « en toutes circonstances » par la directive en son annexe I (16), - seules à pouvoir être considérées comme déloyales sans une évaluation au cas par cas (17)-, l'article L. 122-1 du code de la consommation édicte quant à lui une prohibition générale et préventive, sans considération des circonstances concrètes. La nature de cette règle n'est pas remise en cause par les exceptions - limitées et prédéfinies - apportées par la jurisprudence à l'interdiction mécanique instituée par la lettre du texte.

Il incombe alors au juge national de procéder à l'interprétation conforme de l'article L. 122-1 en interprétant celui-ci à la lumière de la directive du 11 mai 2005. Ce mécanisme d'origine jurisprudentielle, consacré en considération du principe de primauté du droit communautaire sur le droit national et à partir de l'article 10 du traité CE, permet, en cas de transposition tardive ou erronée d'une directive, de garantir le résultat prévu par celle-ci et, partant, sa pleine effectivité dans les rapports entre particuliers. Il peut être mis en oeuvre, à compter de la date d'entrée en vigueur de la directive, aussi bien à l'égard des règles adoptées aux fins de transposition qu'à l'égard de dispositions antérieures, comme en l'espèce.

La vérification *in concreto* du caractère éventuellement déloyal d'une pratique relevant de l'office du juge national, la Cour d'appel de Paris apprécie l'offre liée litigieuse au regard des dispositions de la directive.

A cette fin, elle commence par rappeler les deux critères cumulatifs permettant de caractériser, selon l'article 5 § 2 une pratique commerciale déloyale. Toutefois, elle examine ensuite l'offre contestée, non pas en se référant à ceux-ci, mais uniquement à partir des deux catégories envisagées « en particulier » par la directive, à savoir les pratiques « trompeuses » et « agressives » (18), considérant ainsi que cette typologie absorbe la notion générale de pratiques déloyales.

Les circonstances de l'espèce conduisent la Cour à écarter rapidement la qualification de pratique trompeuse en tant qu'elle serait susceptible d'induire en erreur un consommateur moyen au sens des articles 6 ou 7 de la directive.

En revanche, elle s'attarde davantage dans l'analyse conduite au regard de l'autre qualification envisagée aux articles 8 et 9 de la directive pour conclure *in fine* à l'absence de pratique agressive. Aux termes de l'article 8 de la directive, une telle qualification suppose, d'une part, le recours au harcèlement, à la contrainte ou à une influence injustifiée et, d'autre part, que la pratique « altère ou est susceptible d'altérer de manière significative (...) la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard d'un produit et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ». C'est principalement à partir d'une observation de la configuration du marché et, en particulier, de l'attitude des fournisseurs d'accès internet que l'arrêt écarte les deux critères cumulativement requis. « Dans le cadre de la concurrence qu'ils se livrent », l'ensemble des opérateurs du marché - parmi lesquels l'auteur de la pratique contestée - « s'efforcent d'enrichir le contenu de leurs offres pour les rendre plus attractives, par (...) l'acquisition de droits exclusifs sur les contenus audiovisuels », retient la Cour. Elle ajoute alors que c'est précisément « en considération des services qui y sont associés et partant des capacités de différenciation (...) par rapport aux offres concurrentes » que le consommateur moyen sélectionne l'abonnement ADSL auquel il souscrit.

Par où l'on pressent déjà, à travers cette appréciation teintée de considérations concurrentielles, que l'interprétation conforme de l'article L. 122-1 du code de la consommation conduit à un assouplissement, non seulement juridiquement fondé au regard du droit communautaire, mais aussi opportun en ce qu'il consacre un rapprochement bienvenu

du droit de la consommation et du droit de la concurrence.

B - Une convergence bienvenue du droit de la concurrence et du droit de la consommation
Les pratiques d'offres liées sont appréhendées, non seulement en droit de la consommation lorsqu'elles sont mises en oeuvre à l'égard des consommateurs, mais encore en droit de la concurrence, indépendamment des clients concernés (professionnels ou consommateurs), de sorte que la convergence d'approche, nouvellement consacrée par l'arrêt du 14 mai 2009, apparaît des plus opportunes.

Si le droit français de la concurrence fulminait originellement deux interdictions aussi radicales l'une que l'autre (19), l'article L. 122-1 du code de la consommation a été conservé tandis que son jumeau du code de commerce ne survivait pas à la loi n° 96-588 du 1er juillet 1996.

Etant susceptible de restreindre la concurrence sur le marché, la pratique de vente liée n'est pas pour autant en odeur de sainteté concurrentielle. Du côté communautaire, sans employer l'expression, les articles 81 e) et 82 d) stigmatisent, parmi les illustrations d'ententes et d'abus de position dominante, le fait de « subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ». Quant à l'interdiction française des abus de domination, elle mentionne les ventes liées parmi la liste d'exemples énumérés à l'article L. 420-2 du code de commerce.

Si le besoin d'instituer, parallèlement au droit de la concurrence, une protection spécifique au profit des consommateurs, particulièrement exposés aux méfaits potentiels des pratiques de ventes liées, peut être admis (20), le contenu même de l'article L. 122-1 du code de la consommation a fait l'objet de critiques aussi vives que justifiées (21). Telle qu'elle est formulée, la règle de consommation est porteuse d'une condamnation mécanique qui, même atténuée au prix de contorsions jurisprudentielles allant au-delà de la lettre du texte (22), se démarque nettement de l'approche retenue par les autorités de la concurrence, au fil de leur pratique décisionnelle, principalement en matière d'abus de position dominante.

Sans revenir en détail sur cette évolution (23), il importe de signaler que les pratiques d'offres subordonnées, un temps exposées, lorsqu'elles étaient le fait d'un opérateur dominant, à une condamnation quasi automatique (24) contestée par la doctrine économique (25), sont désormais appréciées selon une analyse plus nuancée, connue en droit de la concurrence sous le nom de règle de raison. Ainsi, les autorités de concurrence française comme communautaire admettent que « de telles pratiques ne sont pas en soi illicites, les effets potentiellement anticoncurrentiels pouvant être contrebalancés par des gains d'efficacité transmis de manière positive aux consommateurs », étant précisé qu'il appartient à l'entreprise poursuivie d'en rapporter la preuve (26).

Du fait de la relecture de l'article L. 122-1 du code de la consommation, effectuée à la lumière de la directive, la règle de consommation se rapproche de la règle de concurrence dont la mise en oeuvre requiert une vérification de l'atteinte réelle ou potentielle au jeu de la concurrence sur le marché. Lorsqu'elle s'adresse au consommateur, la pratique d'offre liée fait dorénavant l'objet d'une appréciation concrète, conduite sur le marché, à partir d'une analyse du comportement de l'entreprise et de l'impact avéré ou potentiel de celui-ci sur le consommateur.

Cet abandon, sous la contrainte communautaire, de l'interdiction mécanique au profit d'une appréciation *in concreto* pragmatique apparaît favorable à la liberté des opérateurs et, partant, à l'innovation (27). Cette rénovation de la règle de consommation apparaît d'autant plus opportune qu'elle permet de tenir compte de la diversité des pratiques d'offres liées, susceptibles d'avoir un impact différent sur la situation des consommateurs, ainsi que, très logiquement, de la configuration du marché dans laquelle la pratique de marché prend place. Elle restreint ainsi significativement le risque de condamner des ventes liées alors même qu'elles seraient un vecteur de progrès économique.

Cette convergence nouvelle conduit à s'interroger sur d'éventuelles influences croisées entre les deux disciplines contrôlant les pratiques de ventes liées : droit de la concurrence et droit de la consommation.

On pourrait se demander, s'agissant notamment de la présente affaire, dans quelle mesure le raisonnement suivi pour mettre en oeuvre l'article L. 122-1 du code de la consommation pourrait se retrouver dans une analyse conduite sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, on se gardera bien, en l'état des procédures en cours devant l'Autorité de concurrence, de toute tentative de prédiction, pour se contenter de signaler un avis récent de l'autorité spécialisée, dont celle-ci prend cependant soin de préciser qu'il ne vaut pas qualification des comportements au contentieux [\(28\)](#).

En revanche, il est permis de penser, bien au-delà du dossier soumis à la cour d'appel de Paris, que les raffinements de l'analyse concurrentielle, développés notamment à partir des enseignements économiques, pourraient être mis à profit par le droit de la consommation. Ainsi, l'exigence de produits ou services distincts est nécessaire à l'existence d'une pratique d'offres liées en droit de la concurrence comme en droit de la consommation ; elle devrait être comprise de la même façon dans un cas comme dans l'autre. Or, les analyses et méthodes de preuve adoptées en droit de la concurrence [\(29\)](#) peuvent fournir un certain nombre d'indications susceptibles d'être utilisées par le juge appelé à appliquer la règle de consommation [\(30\)](#). De même, au regard de la diversité des offres liées, l'appréciation de l'impact d'une pratique donnée sur la situation des consommateurs peut gagner à s'inspirer d'enseignements économiques déjà sollicités par le droit de la concurrence [\(31\)](#).

Par ailleurs, à partir du moment où une offre liée au consommateur est appréciée, non plus mécaniquement, mais au regard de son incidence concrète sur la situation du consommateur, la question se pose de savoir si, de même qu'en droit de la concurrence, l'atteinte avérée ou potentielle doit être significative ou encore si des moyens de défense peuvent être invoqués par l'entreprise poursuivie. Cela étant, de telles interrogations ne concernent pas uniquement les ventes liées, mais aussi, plus largement, d'autres pratiques commerciales déloyales, pareillement visées par la directive du 11 mai 2005. Elles incitent dès lors à considérer que le droit communautaire, facteur d'harmonisation voire d'uniformisation des droits nationaux, peut également avoir un rôle constructif au sein même de l'ordre juridique interne : il contribue à réconcilier, dans une approche complémentaire et au sein d'un même ensemble, le droit de la concurrence et le droit de la consommation.

II - L'avènement d'un droit du marché

Dans l'arrêt du 14 mai 2009, la cour d'appel de Paris était uniquement appelée à examiner des pratiques d'offres liées au regard de l'article L. 122-1 du code de la consommation ; faute de constater une violation de cette disposition, elle n'a pas eu à prendre position sur la question de savoir dans quelle mesure un concurrent peut se prévaloir d'une règle de consommation. Pourtant, en procédant, avec quelque audace, à une lecture médiate de la décision, au-delà de ce que la cour d'appel a eu à trancher, il semble possible, d'une part, d'en inférer la consécration, sur le plan substantiel, d'un droit rénové des pratiques commerciales déloyales, branche du droit du marché (A), et, d'autre part, d'admettre, d'un point de vue procédural, que ces règles puissent être mises en oeuvre par les concurrents comme par les consommateurs (B).

A - La consécration substantielle d'un droit du marché à partir des règles relatives aux pratiques déloyales

La rénovation du droit français de la consommation sous l'impact du droit communautaire, dont témoigne, dans le cas des offres liées, l'arrêt du 14 mai 2009, peut avoir une portée plus étendue, ceci dans deux directions. Cette extension est susceptible de concerner, à la fois, les dispositions en cause et la convergence d'appréciation effectuée à partir des règles de concurrence et de consommation, à tel point que pourrait apparaître un nouveau droit des pratiques déloyales, branche d'un droit du marché.

Dans la mesure où, loin de se cantonner à quelques pratiques données, la directive du 11 mai 2005 appréhende, dès l'instant où elle est déloyale au sens de son article 5, « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale (...), de la part d'un professionnel en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un [bien ou service] aux consommateurs » (32), d'autres règles du droit français de la consommation sont susceptibles de faire l'objet d'une interprétation conforme, à la lumière du texte communautaire. Celle-ci conduit, comme l'a fait la cour d'appel de Paris, le 14 mai 2009, à vérifier, dans un premier temps, la mention du comportement correspondant sur la liste limitative des pratiques réputées déloyales et, à défaut, à soumettre, dans un second temps, la pratique à un examen concret à partir du double critère de déloyauté énoncé par la directive.

En effet, la méthode de transposition retenue par le législateur français a consisté à ajouter de nouvelles dispositions sans se livrer, parallèlement, à un travail d'échenillage ou de réécriture des dispositions préexistantes. Elle a manifestement laissé subsister au sein du code de la consommation des règles contraires aux prescriptions de la directive d'harmonisation totale. On peut gager que les praticiens du droit de la consommation ne manqueront pas de contester la conformité au droit communautaire de certaines d'entre elles, telle celle concernant la vente avec prime (33).

En revanche, le législateur français ne devrait pas se voir reprocher d'avoir choisi, lors de la transposition, de déclarer certaines dispositions « applicables aux pratiques qui visent les professionnels » (34). La directive concerne exclusivement, selon son intitulé même, « les pratiques commerciales déloyales des entreprises *vis-à-vis des consommateurs* » (35). Dépourvue de toute emprise contraignante sur les droits nationaux applicables aux pratiques attentatoires aux seuls intérêts des professionnels et des concurrents, elle laisse tout loisir, en la matière, aux Etats membres, y compris celui « de réglementer [c]es pratiques, conformément à la législation communautaire » (36). Cela étant, et en dehors même du choix d'élargir le champ d'application des dispositions communautaires, une incidence communautaire n'est pas à exclure pour le futur. Celle-ci peut prendre son origine, soit dans l'élaboration, par la Commission, d'« une proposition législative couvrant ces autres formes de concurrence déloyale » (hypothèse envisagée dans la directive (37)), soit dans l'influence exercée, en retour, *via* une sorte de « prêté-rendu », par la règle de consommation sur la règle de concurrence déloyale.

La convergence d'appréciation, déjà relevée à propos des offres liées, pourrait par ailleurs être accentuée. Il n'est pas douteux que toute pratique, entrant dans le champ d'application de la directive, doit se voir apprécier, dès lors qu'elle n'est pas réputée déloyale, à partir de deux critères cumulatifs énoncés à l'article 5 § 2. Ceux-ci tiennent, pour l'un, au fait que le comportement « est contraire aux exigences de la diligence professionnelle » et, pour l'autre, au résultat potentiel ou avéré de la pratique qui « altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit ». Ils sont par ailleurs déclinés, selon la même structuration, pour les deux catégories de pratiques trompeuses et agressives (38).

En outre, il est possible de discerner une autre manifestation de convergence en raison de la coexistence, en droit de la concurrence comme en droit de la consommation, d'un principe d'appréciation concrète en fonction de la situation de marché donnée et d'une exception sous la forme de pratiques réputées contrevenir à la règle de marché (restrictions flagrantes de concurrence dans un cas, pratique réputée déloyale dans l'autre).

En s'inspirant de la théorie du seuil de sensibilité, consacrée par la jurisprudence, en droit de la concurrence, pour restreindre les condamnations aux pratiques pourvues d'un impact significatif sur le jeu de la concurrence, on pourrait raisonner d'une façon similaire en droit de la consommation et, partant, s'abstenir de condamner des pratiques produisant des conséquences mineures sur la situation du consommateur. S'il est vrai qu'une telle exigence ne figure pas explicitement dans les dispositions de la directive, elle semble autorisée par l'un de ses considérants, selon lequel, « conformément au principe de proportionnalité, la présente directive protège les consommateurs des conséquences de ces pratiques commerciales

déloyales dès lors qu'elles sont substantielles, tout en reconnaissant que, dans certains cas, ces conséquences sont négligeables » (39). En outre, une approche de ce type serait propice à la liberté des opérateurs sur le marché et, partant, en cohérence avec la conception à laquelle se rattache la directive sur les pratiques commerciales (40).

Cette faveur pour la liberté d'entreprendre pourrait également inciter à reconnaître, à l'entreprise poursuivie au titre de « pratiques réputées déloyales en toutes circonstances » (41), la possibilité, aussi ténue soit-elle, de combattre cette présomption de déloyauté, à l'imitation de la faculté offerte, en droit de la concurrence, aux auteurs de pratiques considérées comme des restrictions flagrantes de concurrence. Une telle interprétation suppose cependant d'admettre que la précision apportée par la directive (« en toutes circonstances ») est uniquement destinée à écarter la nécessité d'une appréciation concrète et ne confère pas à la présomption un caractère irréfragable, ce qui est loin d'être acquis.

Quoi qu'il en soit, et comme l'avait relevé très tôt un commentateur, la directive sur les pratiques commerciales déloyales « fait sans doute mieux ressentir le lien étroit qui existe entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence, la déloyauté dans les pratiques commerciales à l'égard des consommateurs faussant les lois du marché » (42).

Rien d'étonnant dès lors à ce que les dispositions qui en sont issues ou sont interprétées conformément à ce texte se prêtent particulièrement à l'« approche juridique globale des nombreux mécanismes et règles qui concernent le marché », prônée par les défenseurs d'un droit du marché (43). Droit de la concurrence et droit de la consommation étant destinés à régir une même réalité - l'activité des opérateurs sur les différents marchés -, ils ont vocation à être décloisonnés et à se fondre au sein d'un ensemble unitaire de règles complémentaires, articulées de façon cohérente (44). Cette unité se répercute logiquement au stade de la mise en oeuvre des règles composant le droit du marché.

B - La mise en oeuvre procédurale du droit du marché par les concurrents et les consommateurs

Dans son arrêt du 14 mai 2009, la cour d'appel de Paris, n'ayant pas admis la violation de la règle de consommation, n'a pas eu, par conséquent, à se prononcer sur la question de savoir si un concurrent est recevable à invoquer celle-ci. Certains doutes ont cependant été exprimés quant à l'opportunité d'autoriser une entreprise concurrente à se prévaloir d'une disposition du droit de la consommation, au motif que ce serait « faire jouer au code de la consommation un rôle qui n'est pas le sien », ou encore que « l'article L. 122-1 n'est pas un instrument de régulation des rapports concurrentiels mais un outil de protection de consommateurs vulnérables (ou supposés tels) » (45).

Pourtant, il est permis de penser que tout opérateur sur le marché, concurrent comme consommateur, doit se voir reconnaître le droit d'invoquer la violation de toute règle de marché, quelle qu'elle soit. Si nul ne conteste que le consommateur, bénéficiaire ultime de la compétition, a la faculté de dénoncer le non-respect du droit de la concurrence, les concurrents doivent pouvoir faire valoir la violation du droit de la consommation, laquelle altère le fonctionnement du marché à leur détriment. En réalité, le droit de la consommation ne protège pas uniquement le consommateur, son destinataire direct, mais également le bon fonctionnement du marché, de sorte qu'un concurrent, se conformant aux règles de consommation, doit pouvoir contester judiciairement les agissements de ses rivaux qui ne les respectent pas. En outre, concevoir largement le cercle des titulaires de l'action présente l'avantage d'augmenter les chances, sinon d'éradiquer, du moins de limiter les mauvais comportements sur le marché. Cela est tout particulièrement vrai lorsque la formulation de la règle, comme dans le cas de la directive du 11 mai 2005, peut conduire à condamner des comportements qui ne l'auraient pas été en droit français traditionnel de la consommation.

La directive du 11 mai 2005 soutient d'ailleurs fortement une telle conception. Ce texte souligne, à deux reprises, qu'en protégeant les consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises, il « protège aussi indirectement les entreprises légitimes contre les concurrents qui ne suivent pas les règles du jeu fixées par la présente

directive, garantissant ainsi une concurrence loyale » (46), et encore que les pratiques commerciales déloyales « port[e]nt atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs et, par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes » (47).

Cette conception est, par ailleurs, conforme à la conception française de l'action en concurrence déloyale fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil. Ainsi, des spécialistes du droit de la concurrence expliquent-ils, décisions de jurisprudence à l'appui, que le non-respect d'une règle de droit visant spécialement des procédés commerciaux place ceux qui la violent « dans une situation anormalement favorable » et constitue un acte de concurrence déloyale vis-à-vis des concurrents qui s'y conforment et n'utilisent pas les mêmes méthodes (48). Ils ajoutent à ce propos qu'« il n'y a pas (...) à distinguer selon la finalité de la règle » et que « la concurrence déloyale est réalisée, que la disposition méconnue relève du droit de la concurrence ou de celui du droit de la consommation » (49). Ce point de vue est également soutenu par des spécialistes du droit de la consommation qui, tel M. Calais-Auloy, considèrent que « l'inobservation, par un professionnel, d'une loi consumériste lèse non seulement les intérêts des consommateurs mais encore ceux des concurrents qui respectent la loi », et qu'en conséquence « il y a bien concurrence déloyale au sens large » (50).

La réconciliation du droit de la concurrence et du droit de la consommation - au sein du droit du marché, ainsi que le suggèrent MM. Lucas de Leyssac et Parléani (51) - était en germe dans la doctrine, bien avant que le droit communautaire ne l'impose au législateur et au juge

...

Mots clés :

CONSOMMATION * Protection des consommateurs * Pratique commerciale déloyale * Vente liée * Droit de la concurrence * Droit de la consommation

(1) L. n° 2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs et n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

(2) Art. L. 120-1 et s. c. consom.

(3) JOUE L 149, 11 juin 2005, p. 22. V. G. Raymond, Incidences possibles de la transposition de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation, CCC 2006, étude 1.

(4) CJCE 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299/07, *VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma Magazines Belgium NV*, CCC 2009, comm. 183, note G. Raymond ; D. 2009. AJ. 1273, obs. E. Petit ; P. Wilhelm et L. Ferchiche, Le sort des ventes subordonnées et des ventes avec primes en droit français de la consommation, après l'arrêt de la CJCE du 23 avril 2009, CCC juill. 2009, étude 8 ; RTD com. 2009. 607 (46), obs. B. Bouloc.

(5) Paris 14 mai 2009, n° 09/03660, *SA France Télécom c/ SAS Free*, CCE 2009, comm. 68, note P. Stoffel-Munck ; D. 2009. AJ. 1475, obs. E. Petit ; D. Bosco, L'affaire *Orange Sports* : brèves remarques sur ses aspects concurrentiels, CCC 2009, comm. 201.

(6) V. à ce propos, TGI Bobigny 15 mai 2009, *UFC Que Choisir c/ Auchan*, n° 06/1481.

(7) T. com. Paris 23 févr. 2009, RG 2008078679, *Concurrences 2/2009*. 193, obs. O. Berg et J.-P. Tran-Thiet.

(8) CJCE 23 avr. 2009, préc., concernant les pratiques d'offres conjointes aux consommateurs sanctionnées par l'art. 54 de la loi belge du 14 juill. 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs.

- (9) Paris 14 mai 2009, préc.
- (10) CJCE 23 avr. 2009, préc, pt 51 s.
- (11) CJCE 23 avr. 2009, préc.
- (12) *Ibid.*, pt 51 et 52.
- (13) Dir. 11 mai 2005, préc., consid. 3.
- (14) *Ibid.*, consid. 5.
- (15) CJCE 23 avr. 2009, préc., pt 52.
- (16) Dir. 11 mai 2005, préc., art. 5 § 5.
- (17) *Ibid.*, consid. 17.
- (18) *Ibid.*, art. 5 § 4.
- (19) V. art. 38, 2°, L. 21 oct. 1940, et art. 37, 1° c), Ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945.
- (20) En ce sens, C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché*, PUF, coll. Thémis, 2002, spéc. p. 510, qui relèvent une atteinte particulièrement forte à la transparence.
- (21) V. not. C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *op. cit.*, p. 512-513, qui dénoncent sa « brutalité maladroite » et proposent une nouvelle définition ; P. Stoffel-Munck, *L'infraction de vente liée à la dérive... Observations sur les malfaçons du droit de la consommation*, JCP G 29 juin 2009, Etude 84. p. 44 ; *adde*, J.-P. Feldman, *Le consommateur est-il pieds et poings liés à son logiciel ?*, CCC juin 2009, alerte 39.
- (22) C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché*, *op. cit.*, p. 513, qui évoquent des solutions « juridiquement mal fondées ».
- (23) Pour une étude complète, V. L. Idot, *Les ventes liées après les affaires Microsoft et GE/Honeywell*, *Concurrences* n° 2-2005. 31. V. TPICE 17 sept. 2007, aff. T-201/04, *Microsoft c/ Commission*, CCC 2007, comm. 279, obs. D. Bosco ; D. 2007. Chron. 2884 , par C. Prieto, et 2008. Pan. 2194, obs. D. Ferrier ; Europe 2007, comm. 314, note L. Idot ; *Concurrences* n° 4-2007. 78, obs. C. Prieto ; RTD com. 2007. 715 , obs. F. Pollaud-Dulian.
- (24) CJCE 2 mars 1994, aff. C-53/92, *Hilti AG*, RTD com. 1994. 614 , obs. C. Bolze ; 14 nov. 1996, aff. C-333/94, *Tetra Pak International*.
- (25) L. Idot, article préc., n° 33 et 34.
- (26) Cons. conc., n° 08-D-10, 7 mai 2008, *Pratiques mises en oeuvre par les sociétés France Télécom et France Télévisions dans le secteur de la télévision de rattrapage*, pt 120 ; Comm. CE, « Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives dans l'entreprise dominante », commun. du 9 févr. 2009, pt 47 à 58.
- (27) Rapp. C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *op. cit.*, p. 510 ; *adde*, concl. av. gén. V. Trstenjak, présentées le 21 oct. 2008, aff. jtes C-261/07 et C-299/07, préc., n° 81, soulignant que la directive procède d' « une conception (...) qui favorise la liberté d'entreprendre des opérateurs ».
- (28) Aut. conc., avis 09-A-42 du 7 juill. 2009, sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services, pt 56. Sur cet avis, V. D. 2009. AJ. 1816 , obs. E. Chevrier ; J.-P. Feldman, Carton

orange pour l'Autorité de la concurrence ! Sur l'avis n° 09-A-42 du 7 juillet 2009, D. 2009. Point de vue 2114 📄.

(29) V. not. Comm. CE, commun. du 9 févr. 2009, préc., spéc. n° 51.

(30) Rappr. P. Stoffel-Munck, art. préc., plaidant pour une approche fonctionnelle de l'unité du produit en fonction du marché.

(31) Pour un panorama, V. L. Idot, art. préc., n° 7 s.

(32) Dir. 11 mai 2005, préc., art. 2.

(33) Art. L. 121-35 c. consom. V. en ce sens, P. Wilhelm et L. Ferchiche, article préc., CCC juill. 2009, étude 8, spéc. n° 14 s.

(34) Art. L. 121-1, III, et L. 121-1-1 *in fine* c. consom. ; *contra* P. Wilhelm et L. Ferchiche, art. préc., n° 26.

(35) Souligné par nos soins.

(36) Dir. 11 mai 2005, préc., consid. 6.

(37) *Ibid.*, consid. 8.

(38) *Ibid.*, art. 6, 7 et 8.

(39) *Ibid.*, consid. 6.

(40) Concl. av. gén. Trstenjak, préc.

(41) Dir. 11 mai 2005, préc., art. 5 § 5 et annexe I.

(42) G. Raymond, art. préc., CCC 2006, étude 1, p. 5.

(43) C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, Droit du marché, *op. cit.*, p. 1.

(44) *Ibid.*, p. 3 et 7.

(45) D. Bosco, comm. préc., CCC 2009. comm. 201.

(46) Dir. 11 mai 2005, préc., consid. 8.

(47) *Ibid.*, consid. 6.

(48) J. Azéma, Le droit français de la concurrence, PUF, coll. Thémis, 1989, spéc. n° 153, p. 111 ; *adde*, P. Godé, note sous Paris 16 janv. 1980, D. 1981. Jur. 564 ; rappr. Y. Serra, Droit français de la concurrence, PUF, coll. Connaissance du droit, 1993, p. 49.

(49) J. Azéma, Le droit français de la concurrence, *op. et loc.cit.*

(50) J. Calais-Auloy, Concurrence déloyale et protection des consommateurs, Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Y. Serra, Dalloz, 2006, p. 60.

(51) C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, Droit du marché, préc.

