

La conformité européenne de l'interdiction des ventes avec prime et des ventes liées remise en cause

Etienne Petit

La directive n° 2005/29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales s'oppose à l'instauration ou au maintien d'une réglementation nationale qui pose le principe d'une interdiction générale des « offres conjointes » destinées aux consommateurs. Voilà rapidement résumée la décision rendue par la Cour de justice des Communautés européennes le 23 avril 2009 à propos de l'interdiction posée par la loi belge. Or, puisque cette interdiction est très proche de l'interdiction des ventes avec prime et des ventes par lots retenue par le droit français, et dans la mesure où les deux réglementations sont construites selon le même modèle - un principe général d'interdiction assorti d'exceptions limitativement énumérées -, modèle précisément condamné par la CJCE, cette décision pose la question de la conformité de la réglementation française des ventes avec prime et des ventes par lots, et apporte, dans le même temps, tous les éléments d'une réponse assurément négative.

A l'origine de l'affaire, deux opérations promotionnelles : la première consistait, pour la société Total Belgium, à offrir aux consommateurs détenteurs de la carte Total-Club, trois semaines de service d'aide au dépannage pour l'achat d'au moins 25 litres de carburant pour une voiture, 10 litres pour un vélomoteur. La seconde était le fait d'une société éditrice de magazines qui avait proposé dans une revue un carnet de 47 pages contenant des bons de réduction de 15 à 25 % à valoir sur différents produits de lingerie. Deux formes d'offres conjointes illicites au regard du droit belge, deux types de ventes avec prime au regard du droit français.

Saisie de deux recours en interprétation préjudicielle, la CJCE apporte d'importantes précisions concernant la portée de la directive n° 2005/29 du 11 mai 2005, avec l'interprétation donnée de la notion de « pratique commerciale », et la nature de l'harmonisation ainsi opérée.

**La notion de « pratique commerciale ».** Définie par l'article 2, sous d) de la directive, « en utilisant une formulation particulièrement large », relève la Cour, la notion recouvre « 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 ». Les « offres conjointes », en ce qu'elles s'inscrivent clairement « dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opérateur [en] visant directement à la promotion et à l'écoulement des ventes de celui-ci », constituent bien des pratiques commerciales au sens de ce texte. Entrent donc dans le champ des pratiques commerciales, non seulement la publicité, mais aussi toutes les techniques de promotion des ventes.

**La nature de l'harmonisation opérée par la directive n° 2005/29.** La directive, dont les dispositions devaient être transposées au plus tard le 12 juin 2007 pour une application avant le 13 décembre 2007, a procédé à une harmonisation complète des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales. Il s'agit d'une « réglementation exhaustive et maximale au niveau communautaire » (conclusions de l'avocat général, pt 76) qui prive les Etats membres de la possibilité d'adopter ou de maintenir des mesures plus restrictives que celles qu'elle définit, même si leur but est d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs. L'appréciation du caractère déloyal d'une pratique commerciale ne peut donc plus se faire qu'au regard des critères et des principes retenus par la directive.

Deux situations sont à distinguer :

- soit la pratique litigieuse correspond à l'une des 31 pratiques réputées déloyales en toutes circonstances dont la liste exhaustive figure à l'Annexe I de la directive, et elle est frappée d'une interdiction de principe. C'est essentiellement le cas, sous différentes formes, des publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur le consommateur ;

- soit elle ne correspond à aucune des 31 pratiques condamnées et, dans ce cas, son caractère déloyal doit être apprécié au regard des critères posés la directive en respectant l'ordre suivant : d'abord, en considération des articles 6 et 7 ou 8 et 9 qui définissent respectivement les pratiques commerciales trompeuses (par action ou par omission) et les pratiques commerciales agressives ; ensuite, et seulement si la pratique en cause n'entre pas dans le champ d'application des articles qui précèdent, au regard de l'article 5, 2°, de la directive qui donne la définition générale de la pratique commerciale déloyale.

**L'interdiction d'interdire.** Désormais, seules peuvent être interdites de manière générale et préventive les pratiques commerciales par nature déloyale dont la liste a été dressée. Aucune autre pratique ne peut être présumée illégale, quand bien même la prohibition serait assortie d'exceptions. Dans le cas particulier de la loi belge sur les offres conjointes, l'interdiction de principe « aboutit finalement à transformer l'économie délibérément libérale du droit de la concurrence déloyale telle qu'elle est conçue par la directive n° 2005/29 en son contraire, en ce qu'elle élève l'interdiction au rang de principe et fait de la liberté d'entreprise l'exception » (conclusions de l'avocat général, pt 85).

Mais c'est pourtant une conception héritée d'une économie plus dirigée que libérale qui marque aujourd'hui encore des pans entiers de notre réglementation de la promotion des ventes. L'architecture est comparable à celle condamnée par la CJCE avec un principe d'interdiction générale assorti d'exceptions : c'est le cas, en particulier, des ventes avec prime (art. L. 121-35 c. consom.) et des ventes subordonnées ( art. L. 122-1), mais aussi des loteries commerciales (L. 31 mai 1836, art. 1er). Pour ne citer qu'elles, trois techniques promotionnelles qui ne figurent pas dans la liste de l'annexe I de la directive et dont l'interdiction, par le droit français, est directement remise en cause par la décision de la Cour.

Après la libéralisation récente des promotions de déstockage intervenue à l'initiative des pouvoirs publics (E. Petit, Le nouveau droit des promotions de déstockage, D. 2009. Act. lég. 358 ) , ce sont donc aujourd'hui les murs porteurs de notre réglementation de la promotion des ventes qui se trouvent fragilisés. En effet, s'agissant d'un arrêt d'interprétation, les règles dégagées le 23 avril 2009 pourront être directement reprises dans d'autres affaires par d'autres juridictions, y compris à l'occasion de contentieux nés et constitués avant cette date (Rép. communautaire, F. Picod et J. Rideau, v° Renvoi préjudiciel, n° 229 s.). De fait, si le risque demeure d'être poursuivi pour avoir mis en oeuvre une promotion contraire à la réglementation nationale, en accordant, par exemple, un objet prime dont la valeur dépasse les limites fixées par l'article R. 121-8 du code de la consommation ou en conditionnant, dans le cadre d'une vente liée, l'accès à une chaîne de sport à la souscription d'une offre ADSL, le risque d'être condamné est sensiblement réduit.

**Mots clés :**

CONSOMMATION \* Protection des consommateurs \* Offre de vente conjointe \* Droit communautaire \* Interdiction