

**Le droit des promotions commerciales : vers la fin de la prohibition des ventes subordonnées, des ventes avec prime et des loteries ?**

Se fondant sur une directive communautaire du 11 mai 2005, plusieurs arrêts récents de la CJCE ainsi qu'un arrêt de la cour d'appel de Paris laissent présager un bouleversement des législations nationales régulant les pratiques commerciales à destination des consommateurs.

En droit français, ce sont les dispositions du Code de la consommation prohibant les ventes subordonnées, les ventes avec prime et les loteries qui sont directement visées.

Ces arrêts se fondent tous sur une directive communautaire de 2005 (Directive 2005/29/CE relative aux **pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs** dans le marché intérieur) visant à éliminer les entraves au fonctionnement du marché intérieur que constituent les législations nationales sur les pratiques commerciales déloyales, tout en assurant un niveau commun élevé de protection des consommateurs.

Cette directive a pour objet une **harmonisation totale des législations nationales** en la matière. Ainsi, une pratique commerciale est qualifiée de déloyale, et donc prohibée, **si elle est à la fois :**

- **contraire aux exigences de la diligence professionnelle, et**
- **si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse.**

L'appréciation du caractère déloyal doit se faire au cas par cas, en prenant en compte ces deux critères.

La directive établit également une liste noire de 31 pratiques commerciales qui seront, en toutes circonstances, considérées comme déloyales, sans évaluation au cas par cas.

**Dans la mesure où cette directive tend à l'harmonisation totale des règles applicables aux pratiques commerciales déloyales, les législations nationales imposant aux entreprises le respect de règles plus strictes que celles prévues par la directive en matière de protection des consommateurs s'exposent à la censure du juge communautaire.**

La loi belge sur les offres conjointes a ainsi été jugée incompatible avec la directive dans un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) du 23 avril 2009<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Affaires conjointes C-261/07 et C-299/07 VTB-VTA NV contre Total Belgium NV et Galatea BVBA contre Sanoma Magazines Belgium NV.

Le droit belge prohibait les offres conjointes **de manière générale et préventive indépendamment de toute vérification de leur caractère déloyal au regard des critères de la directive.**

Dans un arrêt plus récent, c'est le droit allemand des loteries promotionnelles qui a été invalidé par la CJCE, en se fondant sur le même raisonnement. La directive de 2005 s'oppose en effet « à une réglementation nationale (...) qui prévoit une interdiction de principe sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, des pratiques commerciales faisant dépendre la participation des consommateurs à un concours ou à un jeu promotionnel de l'acquisition d'un bien ou d'un service »<sup>2</sup>.

Le droit français, notamment le Code de la consommation, présente des interdictions générales comparables à celles récemment censurées par la CJCE. Il est donc probable que de telles dispositions se trouvent invalidées à l'avenir par le juge communautaire ou par le juge national, chargé lui aussi d'assurer l'application effective du droit communautaire.

C'est précisément ce qu'a fait **la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 14 mai 2009<sup>3</sup>.**

En l'espèce, estimant que France Telecom et Orange commettaient des actes de concurrence déloyale en subordonnant l'abonnement à la chaîne de télévision Orange foot à la souscription d'un abonnement à internet haut débit Orange, Free et Neuf Cegetel avaient assigné France Telecom, et le tribunal de commerce avait fait droit à leurs demandes.

Toutefois, **la Cour d'appel de Paris a estimé que l'article L. 122-1 du Code de la consommation, prohibant de manière générale et préventive les ventes subordonnées, se heurtait au régime institué par la directive**, et a jugé qu'il lui appartenait d'apprécier le caractère loyal ou non de la pratique commerciale visée *« eu égard aux circonstances de l'espèce et en particulier du point de vue de son influence sur le comportement économique du consommateur moyen, conformément aux principes de la directive »*.

Or, en l'espèce, la Cour d'appel a considéré que, compte tenu de la structure de l'offre, le consommateur qui s'apprête à souscrire un abonnement ADSL se détermine, précisément, en considération des services qui y sont associés par rapport aux offres concurrentes. L'offre litigieuse n'altérerait donc pas de façon significative la liberté de choix du consommateur et il ne pouvait être reproché à France Telecom d'avoir enfreint l'art. L.122-1 du Code de la consommation.

Par conséquent, c'est l'ensemble du droit français des promotions qui est remis en question. En effet, figurent dans notre droit plusieurs dispositions prohibant ou réglementant certaines pratiques promotionnelles.

---

<sup>2</sup> Affaire C-304/08

<sup>3</sup> Cour d'appel de Paris, Pôle 5, chambre 5, N°09/03660

Tel est le cas, comme il a été vu, des ventes subordonnées. Sont également concernées les loteries commerciales, prohibées par l'article 121-36 du Code de la consommation, et les ventes avec primes elles-mêmes réglementées par l'article L. 121-35 du même Code.

Ces dispositions, qui prévoient selon les termes de l'arrêt de la CJCE susvisé, une « *interdiction de principe sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce* » apparaissent incompatibles avec la directive de 2005.

Cette remise en cause du droit français est un événement quand on sait que la prohibition des loteries commerciales remonte à une loi du 21 mai 1836.

Toutefois, les pratiques promotionnelles nationales, telles que les loteries, les ventes subordonnées et les ventes avec prime, demeurent encadrées par le droit communautaire. Ces pratiques, non citées dans la « liste noire » établie par la directive, **devront être appréciées par le juge à l'aune des critères posés par la directive**. La pratique commerciale respecte-t-elle ou non des exigences de la diligence professionnelle ? Est-elle susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen ?

Une telle approche casuistique, si elle implique une liberté accrue en matière d'opérations promotionnelles, pourrait néanmoins présenter un risque pour la sécurité juridique.