

l'article 49 du Traité CE, évoquée dans la question préjudicielle posée dans le cadre de l'affaire C-299/07.

68. Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre aux questions posées 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.

Sur les dépens

(...)

Par ces motifs, la Cour (première chambre) dit pour droit:

La 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 règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil ("directive sur les pratiques commerciales déloyales"), 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.

Note

La Cour de justice des Communautés européennes précise le champ d'application de la directive 2005/29/CE à propos des offres conjointes

Laurent de Brouwer¹

1. L'arrêt rendu par la Cour de justice le 23 avril 2009 est le premier à se prononcer sur l'interprétation de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales². La Cour a été amenée à répondre à une question préjudicielle sur la conformité de l'interdiction de principe des offres conjointes avec le droit européen et plus précisément au regard de la directive 2005/29/CE sur les pratiques déloyales envers le consommateur. La question essentielle à laquelle la Cour devait répondre était celle de savoir si les offres conjointes entraient dans le champ d'application de la directive, ce que le législateur belge contestait fermement, lorsqu'il a transposé la directive par la loi du 5 juin 2007³. En effet, il avait pris le parti et le risque de maintenir quasi inchangé l'ensemble des pratiques commerciales réglementées dans la loi du 14 juillet 1991, dont précisément les offres conjointes. La réponse de la Cour est nette, presque tranchante par sa brièveté: "La directive sur les pratiques déloyales s'oppose au maintien d'une interdiction de principe des offres conjointes."

2. Au-delà de la question spécifique des offres conjointes auquel la Cour a fait un sort qui ne laisse plus guère place à l'incertitude, se profilent déjà des questions identiques à propos du maintien dans la loi belge des autres matières réglementées, généralement désignées sous le vocable de "promotions commerciales". Ces questions restent plus que jamais d'actualité, car le gouvernement vient d'adopter en Conseil des ministres un avant-projet de loi "relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur" destiné à remplacer la loi actuelle du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce. Or, si ces réglementations subissent un sérieux et nécessaire lifting, l'avant-projet de loi les maintient toujours hors du champ d'application du cadre légal de la directive sur les pratiques déloyales, hormis l'interdiction des offres conjointes dont il propose l'abrogation, mais assortie de nouvelles dispositions⁴.

I. LES FAITS DE LA CAUSE ET LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

Les offres conjointes

3. Dans la première affaire, la société Total Belgium offrait aux détenteurs d'une carte de fidélité émise par elle un service d'aide au dépannage pendant trois semaines à chaque

remplissage du réservoir d'une quantité minimum de carburant. Une société VTB/VAB, qui fournit des services d'assistance aux usagers de la route, saisit le président du tribunal de commerce d'Anvers en lui demandant d'ordonner la cessation de cette offre qui, selon elle, contrevenait à l'interdic-

¹ Avocat, Simont Braun.

² CJCE 23 avril 2009, aff. jointes C-261/07, *VTB-VAB / Total* et C-299/07, *Galatea / Sanoma*.

³ *Exposé des motifs, Doc.parl.* Chambre 2006-07, n° 51 2983/001, pp. 20-23.

⁴ *Cf. infra*, n° 22.

tion des offres conjointes, telle que stipulée à l'article 54 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce. Dans la seconde, la société Sanoma, éditrice de divers magazines, avait accompagné la vente de l'un d'eux d'un carnet de bons de réduction à valoir sur des articles disponibles dans divers magasins de lingerie. La société Galatea, exploitante d'un magasin de lingerie concurrent, saisit la même juridiction en se fondant sur le même grief, à savoir une offre conjointe interdite par l'article 54 LPCC⁵.

Les questions préjudicielles

4. A l'invitation des défendeurs à la cause, la juridiction saisie a posé dans chacune des affaires une question préjudicielle à la Cour de justice lui demandant si la directive 2005/29/CE sur les pratiques déloyales vis-à-vis des consommateurs s'opposait à une législation, telle que l'article 54 LPCC, qui prévoit une interdiction de principe des offres conjointes. Dans la deuxième affaire, la même question avait aussi été posée au regard l'article 49 du Traité CE sur la libre prestation des services. Par économie de moyens, la Cour n'examinera la question que par rapport à la directive 2005/29/CE. On trouvera toutefois dans les conclusions de l'avocat général Trstenjak l'examen de la question de la contrariété de l'interdiction de l'offre conjointe avec les principes garantissant la libre prestation des services⁶. Estimant que les deux affaires présentaient des éléments de rattachement

qui s'étendaient au-delà du territoire belge, l'avocat général proposait à la Cour de considérer que l'interdiction des offres conjointes constituait aussi une restriction disproportionnée au principe général garantissant la libre prestation des services⁷. On se rappellera incidemment que la Cour de justice avait déjà été saisie d'une question semblable dans le cadre d'une procédure en manquement à l'encontre de la Belgique⁸. Notre pays avait échappé à une condamnation en raison de l'absence de preuves concrètes d'une discrimination lors de l'application des conditions permettant de bénéficier de l'exception prévue à l'article 57, 4. LPCC autorisant certains programmes de fidélité.

La question de recevabilité

5. Avant d'entamer l'examen du fond de l'affaire, la Cour a dû répondre à une question de recevabilité d'une des demandes. En effet, lorsque le tribunal de commerce pose la question préjudicielle dans la première affaire, le délai de transposition de la directive, soit le 12 juin 2007, n'est pas encore expiré. Ce fut l'occasion pour la Cour de justice de rappeler sa jurisprudence antérieure et l'obligation pour les autorités des Etats membres et donc les juridictions nationales de s'abstenir pendant le délai de transposition, c'est-à-dire dès l'entrée en vigueur de la directive, de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat poursuivi par la directive⁹.

II. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE 2005/29/CE

Les finalités de la directive dissipent les ambiguïtés de sa rédaction

6. La question examinée à titre liminaire par la Cour et revenant à déterminer si la pratique des offres conjointes entrait bien dans le champ d'application de la directive 2005/29/CE revêtait un intérêt tout particulier, non seulement en raison des thèses en présence inconciliables, mais surtout au regard des conséquences prévisibles pour l'ensemble de la réglementation sur les pratiques promotionnelles maintenues dans la loi. Nous nous permettons de renvoyer le lecteur

aux nombreux commentaires qui ont alimenté cette question controversée¹⁰. A la décharge de ceux dont la thèse n'a pas été retenue par la Cour de justice, on admettra volontiers que la rédaction de certaines dispositions de la directive était malheureuse à l'endroit précisément où elle définit son champ d'application. En lisant son article 3.1. qui stipule que "la directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telles que définies à l'article 5,..."", qui lui-même n'interdit que les pratiques déloyales, certains ont vu à tort la confirmation que les pratiques qui n'étaient pas déloyales au sens de la directive

⁵ Prés. Comm. Anvers 21 juin 2007, *Ann.prat.comm.* 2007, p. 336, *RABG* 2007, p. 1368 et note P. WYTINCK.

⁶ Concl. du 21 octobre 2008, C-261/07, points 96 à 132.

⁷ *Ibid.*, points 120 à 132.

⁸ CJCE 12 mai 2005, *Ann.prat.comm.* 2005, p. 422.

⁹ CJCE 23 avril 2009, *o.c.*, considérant 38.

¹⁰ G. STRAETMANS, "Een kritische doorlichting van het toepassingsgebied van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Belgische omzettingwetgeving" in *De wet handelspraktijken anno 2008*, Kluwer, 2009, pp. 1-45; L. DE BROUWER, "De oneerlijke handelspraktijken en de geregelde handelpraktijken", *ibid.*, pp. 143-165; "Les pratiques réglementées à l'épreuve des pratiques déloyales", *CJ* 2007, pp. 49-58; J. STUYCK, "De nieuwe richtlijn oneerlijke praktijken: gevolgen voor de wet handelspraktijken", *RDC* 2005, p. 901; L. DE BROUWER et G. SORREAU, "La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée", *RDC* 2008, p. 371; L. COX et Ch. GHEUR, "La directive sur les pratiques commerciales: analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français", *REDC* 2007-08, p. 185; E. TERRIJN, "De omzetting van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken: reculer pour mieux sauter?", *NTC* 2008, p. 28; D. GOL, "Pratiques du commerce et protection du consommateur: la nouvelle donne", *JT* 2007, p. 774; I. BUELENS, "Het absolute verbod op het gezamenlijk aanbod: patiënt in de coma?" (note sous Prés. Comm. Bruxelles 8 novembre 2006), *RABG* 2007, p. 1359; P. WYTINCK, "Gezamenlijk aanbod in strijd met richtlijn 2005/29? Quid met de waardebonnenregeling?", *RABG* 2007, p. 1374; H. DE BAUW, "De impact van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken op de regeling van de verkoop promoties onder WHPC", *DCCR* 2006/72, p. 4.

restaient en dehors de son champ d'application, autorisant ainsi les Etats membres à les réglementer librement et donc interdire des pratiques autorisées par la directive¹¹! Ceci revenait à soutenir que le champ d'application de la directive se confondait avec l'interdiction elle-même, ce qui était un non-sens¹². Cet argument semble d'ailleurs avoir fait long feu, car on en trouve nulle trace, ni dans l'arrêt annoté ni dans les conclusions de l'avocat général. On saura gré à la Cour d'avoir rappelé qu'une directive s'interprète essentiellement en fonction de ses finalités, telles qu'elles sont exprimées dans les considérants introductifs.

La notion de pratique commerciale inclut la promotion des ventes

7. Conformément à l'opinion majoritaire¹³, le champ d'application de la directive se détermine au regard de l'article 2, d) qui définit les pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs 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". Définition pour le moins large à laquelle la pratique des offres conjointes répond manifestement pour la Cour et l'avocat général Trstenjak qui précisent la notion en se posant la question de savoir si cette pratique relève de la stratégie commerciale de l'entreprise, c'est-à-dire celle qui vise à promouvoir ses ventes et à écouler ses produits auprès du consommateur. La Cour pose un critère objectif, pensons-nous, et de nature économique, en ce sens qu'il ne nous paraît pas de prime abord que la seule ratio legis d'une disposition nationale qui interdit ou réglemente un type de pratique puisse modifier fondamentalement la réponse à cette question. Même si l'objectif de l'interdiction de principe des offres conjointes visait à l'origine tant la protection du consommateur que celle des entreprises elles-mêmes, il n'était pas contestable que les offres de Total et de Sanoma étaient destinées à promouvoir directement la vente au consommateur de carburant dans la première affaire et du magazine Flair dans la deuxième par l'attrait de la prime offerte. Toutefois, ces offres constituaient aussi et surtout des actes de concurrence vis-à-vis des deux entreprises qui faisaient le commerce "normal" des primes et avantages offerts gratuitement, et c'est bien la raison pour laquelle ces dernières en ont demandé la cessation. Vu sous cet angle, les offres conjointes auraient pu être jugées comme des actes de concurrence déloyale à leur égard, même si elles ne l'étaient pas à l'égard du consommateur. Il est à prévoir que de nouvelles questions préjudicielles seront posées à la Cour de justice à propos du conflit entre deux

normes susceptibles de s'appliquer à une même pratique. Cette question se pose de manière très explicite à propos de l'interdiction des ventes à perte, du moins lorsqu'elles s'adressent au consommateur¹⁴.

Et les autres pratiques promotionnelles réglementées par la loi?

8. D'ores et déjà, on doit se demander si les autres pratiques réglementées dans la loi sur les pratiques du commerce, comme les annonces de réduction de prix et les bons de valeur, la vente à perte avec son cortège d'exceptions, dont les ventes en solde et en liquidation, n'entrent pas aussi dans le champ d'application de la directive avec les conséquences que l'on devine aisément. Pour ce qui est des annonces de réduction de prix, une réponse identique s'impose tant elle coule de source. A la suite de l'arrêt du 23 avril 2009, comment soutenir encore que de telles annonces ne seraient pas l'objet d'une décision stratégique de l'entreprise destinée à écouler plus ou plus vite ses produits auprès du consommateur? Au demeurant, les annonces de réduction de prix relevaient précédemment de l'ancienne directive 84/450/CEE dont les dispositions ont été abrogées et remplacées par celles de la directive 2005/29/CE, du moins celles qui s'appliquent aux offres faites au consommateur. Ce n'est donc pas un hasard si l'article 6, 1, d) de la directive 2005/29/CE cite parmi les éléments susceptibles de tromper le consommateur "l'existence d'un avantage spécifique quant au prix". Or, l'objet même d'une annonce de réduction de prix n'est-il pas de mettre en relief le bénéfice que peut en tirer le consommateur? Le même constat vaut pour l'émission de bons de valeur qui est une autre manière d'annoncer un avantage spécifique quant au prix. De nouvelles questions préjudicielles à la Cour de justice, similaires à celles posées sur l'interdiction des offres conjointes, nous paraissent même superflues, si ce n'est pour vaincre les fortes réticences du législateur belge à s'aligner sur la directive.

Une nouvelle question à propos de la vente à perte: le conflit de normes

9. L'interdiction de la vente à perte à laquelle font exception les ventes en soldes et en liquidation soulève une nouvelle question. Il nous paraît difficile de contester que la fixation à perte d'un prix de vente au consommateur ne relèverait pas de la stratégie commerciale d'une entreprise, car elle entend bien par un prix particulièrement attractif gagner une part supplémentaire de marché ou, du moins, écouler rapidement des stocks pour des raisons saisonnières ou circonstancielles. En ce sens, elle se présente bien comme une

¹¹ H. DE BAUW, *o.c.*, n°s 3 à 5; Prés. Comm. Bruxelles 5 mars 2008, et la note approbative sur ce point de F. LONFILS, "Propos sur les instruments financiers dans l'offre conjointe et sur la directive CE 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales", *Rev. banc. fin.* 2008/IV, p. 232.

¹² G. STRAETMANS, "Recente tendensen in Handelspraktijken", *CBR Jaarboek 2005-06*, p. 63; L. DE BROUWER, "Les pratiques commerciales à l'épreuve des pratiques déloyales", *CJ 2007/5-6*, p. 50, n° 4.

¹³ *Cf. supra* les références de la note 10, sauf H. De Bauw dont l'opinion est contraire sur ce point.

¹⁴ *Cf. infra*, n°s 10 et 11.

pratique commerciale vis-à-vis du consommateur, au sens de la directive et selon l'interprétation de la Cour. Toutefois, l'interdiction se justifie cette fois essentiellement par le souci de protéger la concurrence en évitant l'élimination du marché des entreprises qui ne disposent pas de moyens financiers suffisants pour résister à une politique temporaire de vente à perte d'un concurrent plus solide financièrement. L'interdiction de la vente à perte est donc aussi et surtout une règle de saine concurrence entre les entreprises. Il s'agit donc d'une pratique que l'on peut qualifier de mixte puisqu'elle touche autant le consommateur que la concurrence¹⁵.

10. Comment résoudre le conflit entre la norme qui autorise la pratique en tant qu'elle s'adresse au consommateur et la règle de concurrence qui l'interdirait? En raison du caractère maximal de l'harmonisation et de l'interdiction faite aux Etats membres de maintenir ou d'introduire d'autres interdictions que celles énumérées limitativement en son annexe I, certains estiment que la préférence doit être donnée à la directive¹⁶. Nous ne le pensons pas. D'une part, si la règle de concurrence trouve son origine dans une disposition européenne, il ne fait pas de doute que cette dernière s'appliquera. On citera, à titre d'exemple, la pratique de prix prédateurs qui est une forme d'abus de position dominante. De même, la norme générale qui interdit les actes contraires aux usages honnêtes vis-à-vis d'un autre vendeur peut s'appuyer sur une disposition de la Convention d'Union de Paris¹⁷ qui oblige les Etats signataires à assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre les actes de concurrence déloyale. Mais lorsqu'une règle de concurrence déloyale spécifique ne peut pas se prévaloir de l'appui d'une norme supranationale – l'interdiction belge de la vente à perte, par exemple, est une norme de pur droit interne – le

doute est permis, en raison de la hiérarchie des normes et de la constatation qu'il suffirait à chaque Etat membre de maintenir ou d'introduire de nouvelles règles de "pure" concurrence pour déroger au caractère exhaustif des interdictions reprises à la liste noire de la directive¹⁸.

11. Le conflit de normes ne nous paraît pas avoir été éludé dans la directive, bien que le texte normatif ne le résout pas directement. En revanche, les considérations préliminaires de la directive indiquent que celle-ci "ne couvre ni n'affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents"¹⁹. Lorsqu'une pratique ne porte pas atteinte aux intérêts économiques du consommateur – et nous supposons parce qu'elle n'est pas déloyale à son égard – elle pourrait néanmoins être interdite à l'initiative d'un concurrent dont les intérêts seraient lésés, si la pratique contrevient à la norme générale de loyauté entre commerçants ou à une interdiction spécifique relevant de la concurrence déloyale. Cette solution semble indirectement corroborée par l'invitation faite à la Commission d'examiner s'il n'y aurait pas lieu d'envisager une action communautaire en ce qui concerne les actes de concurrence déloyale qui vont au-delà du champ d'application de la directive, étant acquis que celle-ci protège déjà indirectement les intérêts légitimes des entreprises "contre les concurrents qui ne suivent pas les règles du jeu fixées par la présente directive"²⁰. Nous pensons que le législateur européen envisage des pratiques commerciales conformes à la directive mais qui n'en constituent pas moins des actes de concurrence déloyale. Une nouvelle intervention pourrait s'avérer nécessaire, si l'on constatait que l'harmonisation voulue par la directive manquait son objectif en raison de l'application des règles nationales de concurrence déloyale.

III. LES CONSÉQUENCES DE L'HARMONISATION MAXIMALE DE LA DIRECTIVE

La liste des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances n'admet pas d'autres interdictions

12. Dès lors que les offres conjointes constituent bien des pratiques commerciales à l'égard du consommateur au sens défini par la directive, ce constat entraîne une série de con-

séquences qui découlent logiquement du caractère maximal de l'harmonisation voulue par le législateur européen. Elle impose d'apprécier chaque pratique selon la grille de lecture de la directive structurée sur trois niveaux²¹. Le premier de ces niveaux comprend une liste exhaustive de 31 pratiques "réputées déloyales en toutes circonstances"²², ceci voulant dire qu'elles contiennent une présomption irréfutable de

^{15.} On observera que la distinction entre pratiques B2B et B2C que la directive 2005/29/CE induit est somme toute assez artificielle, car les pratiques qui s'adressent au consommateur constituent toujours indirectement un acte de concurrence. Voy. à cet égard le rapport de la Ligue internationale de la Concurrence sur la question B relative à la conciliation des intérêts du consommateur et de la concurrence examinée au congrès d'Amsterdam 2006, www.ligue.int.

^{16.} G. STRAETMANS, *o.c.*, n° 98.

^{17.} Convention d'Union de Paris, art. 10bis.

^{18.} J. STUYCK, *o.c.*, n° 4.7.

^{19.} Directive 2005/29/CE, considérants 6 et 8.

^{20.} *Ibid.*, considérant 8.

^{21.} L. DE BROUWER et G. SORREAU, *o.c.*, n° 40-113.

^{22.} Directive 2005/29/CE, annexe I.

déloyauté qui dispense le juge de le vérifier par rapport aux critères de déloyauté énoncés dans les normes générales des second et troisième niveaux. En raison de l'interdiction expresse faite aux Etats membres de modifier cette liste²³, le maintien dans la loi belge d'une interdiction de principe des offres conjointes, même destinée à assurer une meilleure protection du consommateur²⁴, ne pouvait être admis par la Cour. Cette conséquence première avait été amplement anticipée par la doctrine²⁵.

Le législateur national ne peut se substituer au juge dans l'appréciation du caractère déloyal d'une pratique

13. Le même sort doit être réservé aux exceptions énumérées limitativement dans la loi belge. Bien qu'elles tempèrent l'interdiction de principe, elles ne peuvent se substituer à l'appréciation de chaque pratique dans son contexte factuel au regard des seuls critères énumérés aux articles 5 (pratiques déloyales), 6 et 7 (pratiques trompeuses) et 8 et 9 (pratiques agressives) de la directive en raison, dit la Cour, "de leur nature limitée et prédéfinie"²⁶. Ceci répondait à l'argument avancé par le gouvernement belge selon lequel le régime des exceptions légales des articles 55 à 57 de la loi sur les pratiques du commerce devait être précisément compris comme une évaluation au cas par cas du caractère déloyal des offres conjointes. Dans ses conclusions, l'avocat général rappelait que la mission d'évaluation des pratiques commerciales était réservée par la directive aux autorités judiciaires et administratives en conformité avec les articles 11 et 12 de la directive qui organisent les conditions de son application²⁷. En énumérant les seules offres conjointes autorisées et donc considérées comme loyales, le législateur belge se substitue aux autorités judiciaires en ne leur permettant plus d'apprécier chaque offre conjointe en fonction des circonstances propres à l'espèce et au regard des principes énoncés dans la directive et, dit-il, "en particulier du point de vue de son influence sur le comportement économique du consommateur"²⁸. La Cour donne l'exemple des offres à prix global qui porteraient sur des produits et services qui ne constituent pas un ensemble ou ne sont pas identiques et qui peuvent néanmoins satisfaire aux exigences de loyauté, grâce à une information correcte du consommateur²⁹. Le même constat aurait pu être fait à propos de chacune des exceptions énumérées aux articles 56 à 57 LPCC, en ce qu'elles posent des conditions dont le non-respect conduit

automatiquement à interdire la pratique. La Cour rappelle incidemment que l'information correcte du consommateur reste la pierre angulaire autour de laquelle s'articule la protection du consommateur et met un terme aux velléités des Etats membres de contourner ou de tempérer les nouvelles règles par des dispositions interprétatives nationales, ce rôle étant exclusivement dévolu aux autorités judiciaires et administratives de chaque État sous le contrôle de la Cour de justice.

L'effet direct et le principe d'interprétation conforme

14. Si le rôle du juge est ainsi bien rétabli, il n'en reste pas moins que l'interdiction des offres conjointes et ses exceptions subsisteront dans la loi sur les pratiques du commerce pendant une période indéterminée jusqu'à son abrogation formelle. Se pose dès lors la question de savoir comment le pouvoir judiciaire ou administratif devra répondre lorsqu'une infraction à l'actuelle réglementation sur les offres conjointes sera invoquée. Si le litige oppose une partie à l'Etat belge, notamment au service de l'administration chargé du contrôle et de l'exécution de la loi, ni celui-ci ni la juridiction éventuellement saisie ne pourront encore appliquer la norme nationale qui s'oppose à la directive européenne, sous peine d'engager la responsabilité de l'Etat³⁰.

15. Au cas où une juridiction est saisie d'un litige entre particuliers, c'est-à-dire un conflit horizontal, le principe d'interprétation conforme s'impose toujours au juge, l'obligant à interpréter le droit national dans toute la mesure du possible conformément à la directive³¹. La Cour, à notre estime, n'a jamais voulu reconnaître l'applicabilité directe des règles communautaires dans ce type de conflit³². Nous pensons néanmoins qu'en l'espèce il n'y a pas d'impossibilité pour le juge de statuer conformément à la directive, puisque le texte de la directive a été transposé quasi intégralement dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et en maintenant sa structure initiale. Certes, il subsiste une contradiction entre les règles communautaires transposées et l'interdiction de principe des offres conjointes maintenue dans la loi, mais celle-ci résulte dans le chef du législateur belge d'une erreur d'interprétation du champ d'application de la directive et non pas d'une volonté délibérée de ne pas transposer (correctement) la directive en droit belge, ce que confirme l'avant-projet de loi qui, faisant réfère-

²³ Directive 2005/29/CE, art. 5.5.

²⁴ *Ibid.*, art. 4.

²⁵ *Cf. supra*, les références de la note 10.

²⁶ CJCE 23 avril 2009, point 65.

²⁷ Conclusions de l'avocat général, n° 87.

²⁸ *Ibid.*, n° 87.

²⁹ CJCE 23 avril 2009, point 66.

³⁰ CJCE 19 janvier 1982, C-8/81, *Ursula Becker*, *Rec.* 1982, p. 53.

³¹ CJCE 10 avril 1984, C-14/83, *Von Colson*, *Rec.*, p. 1891; 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing*, *Rec.*, p. I-4135; 25 février 1999, C-131/97, *Carbonari*, *Rec.*, p. I-1103.

³² CJCE 7 mars 1996, C-192/94, *El Corte Ingles*, *Rec.*, p. I-1281.

rence à l'arrêt annoté, propose la suppression de l'interdiction de principe³³. En outre, les nouvelles dispositions transposées dans la loi nationale confèrent aux particuliers des droits dont ils peuvent invoquer le bénéfice³⁴. Puisque la Cour de justice a décidé que les offres conjointes étaient des pratiques commerciales au sens de la directive, le juge doit, selon nous, se référer exclusivement au chapitre VII de la loi du 14 juillet 1991 qui en est la transposition et plus spécifiquement à la section 4 (art. 94/4 et s.), en faisant l'impasse sur les anciennes dispositions consacrées à la réglementation sur les offres conjointes³⁵. On peut se demander s'il est encore question d'une interprétation conforme à la directive, puisqu'en définitive le juge n'appliquera que les dispositions communautaires, telles qu'elles ont été transposées. Nous le pensons, car la solution que nous proposons passe par une analyse des intentions réelles du législateur belge au regard de la directive au moment de sa transposition.

16. La situation eût été différente, si les définitions et les critères de déloyauté énoncés dans la directive 2005/29/CE n'avaient pas été transposés dans la loi sur les pratiques du commerce ou si le législateur belge avait, par exemple, délibérément ajouté dans la liste noire des pratiques déloyales en toutes circonstances les offres conjointes, et donc en ne contestant pas qu'elles soient des pratiques visées par la directive. Dans un tel cas, le juge se serait trouvé confronté dans un litige entre particuliers face à une disposition de droit interne qui exclut en principe une interprétation *contra legem*, même au risque d'engager la responsabilité de l'Etat défaillant. Seule une interprétation très libérale d'une des exceptions légales pourrait éviter cette issue. De même, une situation semblable pourrait surgir à propos d'une pratique émanant du secteur des professions libérales, car le législateur belge a délibérément mis à plus tard la transposition de la directive pour ce secteur d'activité.

Le secteur particulier des services financiers

17. Des questions similaires se posent à propos des services financiers, à la différence toutefois que dans ce secteur les Etats membres "peuvent imposer des exigences plus restrictives ou plus rigoureuses que celles prévues dans la présente directive dans le domaine dans lequel cette dernière vise au rapprochement des dispositions en vigueur"³⁶. Certains prétendent que dans ce secteur, qui comprend notamment les services bancaires et les assurances, le juge pourrait continuer à appliquer la réglementation sur les offres con-

jointes, nonobstant l'arrêt annoté³⁷. Il appartient au législateur belge, selon nous, de manifester sa volonté d'imposer dans ce secteur particulier des exigences plus sévères en adoptant des dispositions qui lui sont propres, ce qui n'est actuellement le cas que pour certaines dispositions de la loi sur les assurances terrestres³⁸ et les lois relatives au crédit à la consommation³⁹ et au crédit hypothécaire⁴⁰. Les auteurs de l'avant-projet de loi paraissent souscrire à cette nécessité, puisqu'ils ont prévu un régime propre aux services financiers⁴¹.

L'appréciation de la loyauté d'une offre conjointe selon la nouvelle grille

18. Grâce au coup de règle de la Cour de justice, le juge national et l'autorité administrative recouvrent leur plein pouvoir d'appréciation en présence de pratiques qui se révéleraient être des offres conjointes. Ils les apprécieront, le cas échéant, au cas par cas, c'est-à-dire en considération des circonstances propres à chaque espèce et en fonction des seuls critères énoncés dans la directive. Ces critères sont structurés sur trois niveaux. Le premier de ces niveaux qui énumère les pratiques considérées comme déloyales en toutes circonstances trouvera rarement à s'appliquer, car l'offre conjointe n'y est pas reprise comme telle. Mentionnons toutefois l'interdiction transposée à l'article 94/8, 19° LPCC qui interdit l'usage du terme "gratuit" ou de termes similaires lors de l'offre d'un produit "si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés à la réponse à l'offre et au fait de prendre possession ou livraison de l'article". La portée de cette interdiction reste sujette à interprétations divergentes sur la question de savoir si elle vise uniquement le fait de surprendre le consommateur par une obligation d'achat non annoncée au moment de l'offre, ce qui constitue indiscutablement une publicité trompeuse, ou si elle interdirait de présenter comme gratuit toute prime subordonnée à un achat conjoint, même si les conditions de l'offre ont été correctement communiquées au consommateur avant qu'il ne se décide.

19. Au second niveau, la vérification de la loyauté de l'offre se fera au regard des notions de pratiques trompeuses ou agressives dont les critères sont précisés aux articles 94/6 à 94/9 LPCC. Écartons d'emblée l'existence d'une pratique agressive, tant elle est improbable. Elle requière en effet l'exercice d'une contrainte de nature physique ou

33. Cf. *infra*, n°s 21-23.

34. Paris (5^{ème} ch.) 14 mai 2009, *inédit*, RG n° 09/03660 ; CJCE 16 décembre 1993, C-334/92, *Wagner Miret, Rec.*, p. I-6911, point 20.

35. *Contra*, J.-F. PUYRAIMOND, qui suggère une application *généreuse* des exceptions prévues par la loi, "L'interdiction des offres conjointes", *JT* 2009, p. 425.

36. Directive 2005/29/CE, art. 3.9.

37. En ce sens, M. DUPONT, "La Cour européenne de justice sonne le glas de l'interdiction des offres conjointes", *JT* 2009, p. 417 et spéc. n° 38.

38. Art. 12 de la loi du 25 juin 1992 sur les assurances terrestres.

39. Art. 31 de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation.

40. Art. 5, 6 et 19 de la loi du 4 août 1992 sur le crédit hypothécaire.

41. Cf. *infra*, n° 24.

psychologique sur le consommateur telle qu'elle soit de nature à altérer de manière significative sa liberté de choix ou de conduite. En revanche, l'attention du juge se portera naturellement sur les notions de pratique trompeuse (art. 94/6 LPCC) et d'omission trompeuse (art. 94/7 LPCC). Nous nous permettons de renvoyer sur ce point aux commentaires que d'autres et nous-mêmes y avons déjà consacrés⁴². Les discordances entre les éléments communiqués lors de l'offre, qu'il s'agisse des conditions d'obtention de la prime ou de ses caractéristiques, et la réalité de l'offre pourront conduire à une interdiction, à moins que les discordances entre les promesses et l'avantage réellement réservé au consommateur ne soient négligeables.

20. Si la pratique soumise au juge passe les fourches caudines de la liste noire ou des interdictions générales du

second niveau, on peut encore vérifier si elle ne constitue pas une pratique déloyale, selon les critères énoncés à l'article 94/5 LPCC. Il y a toutefois peu de chance pour que cette ultime vérification au troisième niveau s'avère concluante dans le cas d'une offre conjointe dépourvue d'élément trompeur. En effet, la directive 2005/29/CE semble bien dénier tout caractère déloyal aux "incitations à l'achat qui peuvent légitimement influencer la perception d'un produit par le consommateur ainsi que son comportement, sans altérer son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause"⁴³. Or précisément, l'altération possible du comportement économique du consommateur, qui s'apprécie à l'aune de sa capacité à faire un choix en connaissance de cause⁴⁴, est l'une des conditions qu'une pratique commerciale doit remplir avant de conclure à sa déloyauté.

IV. L'AVANT-PROJET DE LOI SUR LES PRATIQUES DU MARCHÉ ET LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

La loi du 14 juillet 1991 revisitée

21. Dans la foulée de l'arrêt du 23 avril 2009, le gouvernement vient d'adopter en Conseil des ministres un nouvel avant-projet de loi intitulé "Avant-projet de loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur". Il est l'aboutissement de travaux d'une ampleur certaine qui ont débuté par une étude juridique et économique approfondie de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce réalisée par Herman De Bauw et se sont poursuivis par un premier avant-projet rédigé dans la ligne des conclusions et recommandations de ladite étude. Cet avant-projet a fait l'objet d'un avis du Conseil de la consommation reflétant les opinions, souvent inconciliables, des différents secteurs intéressés⁴⁵. L'actuel avant-projet en est une version amendée. La réforme proposée revisite la quasi-totalité des matières réglementées par la loi du 14 juillet 1991, à l'exception des règles de la directive 2009/29/CE nouvellement transposées par la loi du 5 juin 2007. Cet avant-projet est destiné à remplacer la loi actuelle. Son commentaire détaillé dépasserait largement les limites de la présente note et nous paraît prématuré avant l'avis du Conseil d'Etat et les discussions parlementaires. Nous nous limiterons donc aux quelques aspects qui touchent les offres conjointes et très succinctement à l'une ou l'autre pratique qui nous paraît placée dans la ligne de mire de l'arrêt annoté.

L'autorisation des offres conjointes placée sous conseil

22. L'avant-projet de loi contient des dispositions générales relatives à l'offre conjointe et d'autres spécifiques aux services financiers. Si le projet autorise expressément l'offre conjointe au consommateur, il précise que cette autorisation est faite sous la réserve "qu'elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale aux sens des articles 85 et suivants" qui visent les nouvelles normes de la directive 2005/29/CE transposées dans la loi⁴⁶. On aurait certainement pu faire l'économie de cette autorisation conditionnelle, mais sa rédaction ne nous paraît pas critiquable. Les auteurs de l'avant-projet n'ont pu toutefois s'empêcher d'ajouter que le caractère déloyal peut s'apprécier en tenant compte d'autres critères que ceux énoncés dans la directive 2005/29/CE, et plus précisément, en fonction de la possibilité pour le consommateur d'acquérir séparément le produit ou service à son prix habituel, le cas échéant, de l'existence d'une information claire sur son prix de vente et de l'avantage financier offert et, enfin, du caractère éventuellement excessif de la durée du contrat proposé par rapport à la réduction de prix offerte. Même si le juge n'est pas obligé de tenir compte de ces critères – "peut" – le simple fait de permettre aux autorités judiciaires ou administratives de les appliquer sans vérifier s'ils sont compatibles avec ceux de la directive aurait constituer un nouveau manquement de la Belgique.

⁴² R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, Intersentia, 2007, pp. 77-82; L. DE BROUWER et G. SORREAU, *o.c.*, n^{os} 60-74; E. TERRY, "Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken" in *De wet handelspraktijken anno 2008*, Kluwer, 2008, p. 51; Ch. DEKONINCK et Th. FAELLI, "La nouvelle loi sur les pratiques du commerce appliquée à la publicité ou comment terrasser le monstre à deux têtes", *DAOR* 2008, p. 345.

⁴³ Directive 2005/29/CE, considérant 6.

⁴⁴ Directive 2005/29/CE, art. 2, e).

⁴⁵ Conseil de la consommation, avis n^o 403 du 6 novembre 2008.

⁴⁶ Avant-projet de loi, art. 72.

23. Souhaitant vraisemblablement éviter cette issue et une nouvelle condamnation par la Cour de justice, tout en ménageant les sensibilités sociales et politiques des principaux acteurs du marché, les auteurs de l'avant-projet l'ont une fois encore amendé en ajoutant in fine que l'application de ces nouveaux critères devait rester "conciliable avec la notion de pratiques commerciales déloyales". Voilà une manière bien singulière de légiférer qui donne des consignes dépourvues de tout caractère obligatoire et, pensons-nous, d'utilité. Sans doute le législateur évitera-t-il grâce à cette ultime réserve de braver l'autorité qui s'attache à l'arrêt de la Cour de justice, mais n'eût-il pas été plus élégant de s'abstenir de légiférer encore sur la pratique des offres conjointes en général?

L'interdiction de toute offre conjointe de services financiers, sauf exceptions

24. Les services financiers restent un secteur où les Etats membres retrouvent une certaine liberté de légiférer, puisqu'en vertu de l'article 3.9. de la directive 200/29/CE, ils peuvent imposer des "exigences plus restrictives ou plus rigoureuses"⁴⁷. L'avant-projet s'empare de cette faculté en proposant d'interdire "toute offre conjointe de services financiers au consommateur effectuée par une entreprise ou par différentes entreprises qui agissent avec un but commun"⁴⁸. En l'absence de définition précise de la notion d'offre conjointe, il semble que l'interdiction porterait aussi bien sur l'offre de services financiers à titre principal qu'à titre subsidiaire. Si cette intention se vérifie, elle nous paraît excessive et injustifiée dans un certain nombre de cas, notamment lorsqu'un service financier, telle une assurance, est l'accessoire obligé ou utile à la prestation principale. L'interdiction se verrait tempérée par quatre exceptions: les services financiers constituant un ensemble qu'un arrêté royal peut encore préciser; les services financiers qui s'accompagnent de menus biens et services admis par les usages commerciaux, ou de titres de participation à des tombolas autorisées, ou encore d'objets publicitaires offerts en respectant les anciennes conditions de l'article 56.7, à la

seule différence que la valeur d'acquisition de la prime, actuellement limitée à 5 % du prix de vente du produit principal, est remplacée par une valeur absolue de 10 EUR. Cette proposition s'explique par la difficulté de déterminer le prix de vente de certains services financiers, comme ceux conclus pour une durée indéterminée.

Les autres pratiques promotionnelles. Et vogue la galère!

25. Si la Cour de justice avait dû répondre à une question préjudicielle sur la conformité de la réglementation actuelle sur les annonces de réduction de prix et des bons de valeur avec la directive 2005/29/CE, sa réponse n'aurait vraisemblablement pas été différente de celle donnée dans son arrêt du 23 avril 2009⁴⁹. L'avant-projet ne semble pas en tenir compte. Ainsi, en matière d'annonce de réduction de prix, il propose de remplacer le prix de référence actuel – qui est celui pratiqué de manière continue pendant le mois qui précède l'annonce de réduction de prix – par le prix le plus bas pratiqué pendant le mois qui précède. En soi, la nouvelle règle apporte plus de souplesse, tout en restant suffisamment précise pour être aisément appliquée, voire contrôlée. Néanmoins, elle constitue de ce fait une restriction par rapport aux règles plus flexibles de la directive auxquelles elle se substitue, en raison de sa nature prédéfinie, pour reprendre l'objection retenue par la Cour de justice contre le maintien des exceptions à l'interdiction des offres conjointes. Les mêmes critiques peuvent être formulées à l'encontre du maintien de la durée maximale de la période de réduction à un mois, de l'obligation d'indiquer la date du début de la période, ou encore d'une période d'attente limitée aux secteurs de la confection et de la maroquinerie, bien que raccourcie. En revanche, les auteurs de l'avant-projet ont agi avec plus de prudence en supprimant les quatre modalités d'indication d'une réduction de prix autorisées par l'article 5, ainsi que l'interdiction de la présenter sous la forme d'une offre gratuite d'une quantité du produit ou d'une partie du service.

V. CONCLUSION

26. La Cour de justice a rendu le premier arrêt interprétant la directive 2005/29/CE, mettant ainsi un terme à une longue controverse sur son champ d'application. Dorénavant, la légalité de pratiques commerciales qui tendent à promouvoir la vente et l'écoulement des produits d'une entreprise auprès du consommateur, comme le sont les offres conjointes, devra être appréciée au regard des critères de loyauté énoncés par

la directive et en fonction des circonstances propres à chaque espèce. Ce pouvoir d'appréciation est rendu et réservé aux autorités judiciaires et administratives, à l'exclusion du législateur national. On s'interrogera dès lors sur la pérennité de certaines dispositions de l'avant-projet de loi préparé par le gouvernement qui ne semblent pas intégrer les princi-

⁴⁷. Sur les notions de services financiers et d'instruments financiers au regard de la loi sur les pratiques du commerce, voy. J. STUYCK, "De handelspraktijkenwet na de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en financiële producten" in *Liber Amicorum Eddy Wijmeersch*, Intersentia, 2008, p. 813; V. COLAERT, "De wet handelspraktijken en diensten in verband met financiële instrumenten en effecten", *DCCR* 2009/1, p. 51.

⁴⁸. Avant-projet de loi, *o.c.*, art. 73.

⁴⁹. *Cf. supra*, n° 8.

pes rappelés par la Cour, quels que soient au demeurant les mérites de l'avant-projet.

27. D'autres questions se profilent déjà à l'horizon. Dans l'immédiat, la Belgique doit répondre à la mise en demeure notifiée par la Commission quant au maintien dans la loi belge d'une réglementation spécifique à d'autres pratiques réglementées telles que les annonces de réduction de prix, les bons de valeur, les périodes d'attente avant les soldes et les accords de consommation⁵⁰. La Belgique ne devrait pas trouver dans l'arrêt du 23 avril de la Cour de justice quelque secours, que du contraire.

28. Au-delà de ces questions bien ciblées, se pose une

question plus générale et essentielle qui trouve son origine dans la volonté du législateur européen de limiter le champ d'application de la directive 2005/29/CE aux seules pratiques commerciales s'adressant au consommateur, mettant entre parenthèses les actes de concurrence déloyale entre entreprises. Comment résoudre le conflit entre la directive qui n'interdit pas une pratique dépourvue de loyauté envers le consommateur et une norme nationale qui l'interdit aux fins de maintenir une saine concurrence entre les entreprises? Le maintien dans notre réglementation de l'interdiction de la vente à perte et du régime des exceptions passe par une réponse adéquate à cette question dont on ne peut faire l'économie. Viendra-t-elle d'une nouvelle initiative de la Commission ou d'un arrêt de la Cour de justice?

⁵⁰ Commission, mise en demeure du 2 février 2009, infraction 2007/4560.