



Grall & Associés  
AVOCATS

Member d'Antitrust Alliance

Antitrust  
Alliance

# La Lettre du Cabinet

Décembre 2010

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

## FLASH CONCURRENCE N° 15

**Nouvelle décision de la CJUE en matière de  
promotion des ventes :**

**Arrêt du 9 novembre 2010 dans l'affaire C-540/08**

**Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. Kg  
contre «Österreich» - Zeitungsverlag GmbH**

**Une interdiction générale des ventes avec prime est contraire  
à la directive du 25 mai 2005 sur les pratiques commerciales  
déloyales !**

*Par Jean-Christophe Grall et Eléonore Camilleri*

Par un nouvel arrêt en date du 9 novembre 2010, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) réaffirme avec constance et force sa position en matière d'interdictions nationales des pratiques commerciales *per se*, s'agissant cette fois des **ventes avec prime**, poursuivant ainsi sa volonté d'éradiquer des législations nationales tout texte de nature à interdire des opérations promotionnelles et qui ne respecterait pas la Directive communautaire 11 mai 2005 relatives aux pratiques commerciales déloyales.

\*\*\*

Cette affaire trouve son origine dans un litige entre deux concurrents évoluant sur le marché autrichien des quotidiens et plus précisément une action en cessation introduite par Mediaprint Zeitungs dirigée contre

le journal Österreich, compte tenu de l'organisation d'un jeu promotionnel reposant sur l'offre d'une prime, ce qui est en principe interdit par le droit national autrichien.

L'opération promotionnelle en cause avait été mise en place en fin d'année 2007 par le quotidien Österreich, lequel avait informé ses lecteurs de l'élection du « **footballeur de l'année** ». On pouvait notamment lire dans un article que : « **Participer en vaut la peine: gagnez un dîner avec le gagnant de la grande élection du footballeur de l'année** ». À gauche de l'article se trouvait un bulletin de vote comportant la mention « *à découper et envoyer* ». À droite était signalée la possibilité de voter par Internet.

Relevons d'ores et déjà que l'opération en cause était particulièrement intéressante du

point de vue de la "mécanique promotionnelle", dès lors qu'elle s'analysait en une **vente avec prime**, mais également en une **loterie payante** ! C'est néanmoins et essentiellement sur l'aspect vente avec prime que l'opération était critiquée au regard de la réglementation autrichienne.

En effet, Mediaprint Zeitungs avait demandé le retrait de cette annonce, estimant qu'elle constituait une prime interdite au sens de l'article 9 bis, paragraphe 1, point 1 de la loi autrichienne contre la concurrence déloyale (ci-après l'« UWG ») qui dispose que :

« *Quiconque, dans l'exercice d'une activité commerciale concurrentielle,*

*1) annonce, dans des avis publics ou d'autres communications destinées à un nombre important de personnes, qu'il accorde aux consommateurs des avantages gratuits (primes) associés à des produits ou à des services, ou qui offre, annonce ou octroie aux consommateurs des avantages gratuits (primes) en lien avec des périodiques ou*

*2) propose, annonce ou octroie à des entreprises des avantages gratuits (primes) associés à des produits ou à des services,*

*peut faire l'objet d'une action en cessation et en dommages-intérêts. Cela s'applique également lorsque la gratuité de cet avantage est dissimulée par des prix globaux pour les produits ou services, par des prix fictifs pour une prime ou de toute autre manière. ».*

Après quelques péripéties judiciaires en première et deuxième instances, l'Oberster Gerichtshof a sursis à statuer et a saisi la CJUE des questions préjudicielles suivantes :

**« 1) Une disposition nationale interdisant, à l'exclusion d'exceptions limitativement énumérées, l'annonce, l'offre ou l'octroi d'avantages gratuits accompagnant des périodiques ainsi que l'annonce d'avantages gratuits associés à d'autres produits ou services, sans obligation de vérifier au cas par cas le caractère trompeur, agressif ou**

**déloyal d'une telle pratique commerciale, est-elle contraire aux articles 3, paragraphe 1, et 5, paragraphe 5, de la [directive] ou à d'autres dispositions de cette directive, même lorsque la disposition nationale en cause poursuit non seulement un but de protection des consommateurs, mais également d'autres fins échappant au champ d'application matériel de la [directive], tels que, par exemple, le maintien du pluralisme de la presse ou la protection des concurrents plus faibles ?**

**2) En cas de réponse affirmative à la première question, la possibilité de participer à un jeu-concours doté d'un prix, liée à l'achat d'un journal, est-elle une pratique commerciale déloyale au sens de l'article 5, paragraphe 2, de la [directive], du seul fait que cette possibilité de participer à un jeu représente, au moins pour une partie du public concerné, certes non pas l'unique motif, mais certainement le motif déterminant qui les a poussé à acheter le journal ? »**

▪ **Sur la première question préjudicielle :**

S'agissant de la première question préjudicielle, la CJUE réaffirme qu'est contraire au droit communautaire la législation d'un Etat membre – en l'occurrence l'Autriche – qui interdit par principe une pratique commerciale – ici la vente avec prime – alors que celle-ci ne fait pas partie des 31 pratiques qualifiées de déloyales *per se* énumérées par l'annexe I de la directive n° 2005/29 CE du 11 mai 2005, laquelle opère une « *harmonisation maximale* » en la matière.

**La solution n'est guère surprenante puisqu'elle se place dans la droite ligne de la jurisprudence de la CJUE depuis ses arrêts du 23 avril 2009 relatif à l'interdiction belge des offres conjointes<sup>1</sup>, du 14 janvier 2010<sup>2</sup> s'agissant**

<sup>1</sup> CJCE, 23 avril 2009 – aff. C-261/07 et C-299/07 « *VTB-VAB NV Galatea BVBA c/ Total Belgium c/Sanoma Magazines Belgium NV* ».

**de la prohibition allemande des loteries payantes et du 11 mars 2010 sur la législation polonaise qui interdisait les ventes liées**<sup>3</sup>. (voir, à ce titre, nos précédents articles sur ces décisions notamment dans les Flash-Concurrence n° 4 et 7 de l'année 2010 et dans la Revue Lamy Droit des Affaires - N° 48 - Avril 2010 "*Une interdiction de principe des loteries est contraire au droit communautaire*").

**Cette décision de la CJUE en deviendrait ainsi presque « banale », si elle n'apportait pas une nouvelle précision, par rapport aux affaires précédentes, s'agissant du champ d'application de la directive.**

En effet et en l'occurrence, la Cour a dû examiner si une disposition nationale telle que l'article 9 bis, paragraphe 1, point 1, de l'UWG pouvait relever du champ d'application de la directive, nonobstant le fait que, comme le précisait la juridiction de renvoi, elle avait une finalité plus étendue que celle de la directive puisqu'elle visait non seulement à protéger les consommateurs, mais poursuit également d'autres objectifs.

A cet égard, et lors de l'audience, le gouvernement autrichien avait fait valoir que la disposition nationale en cause au principal ne relevait pas du champ d'application de la directive en ce qu'elle poursuit essentiellement le maintien du pluralisme de la presse en Autriche.

Sur ce point, la CJUE rappelle que **la directive se caractérise par un champ d'application matériel particulièrement large s'étendant à toute pratique commerciale qui présente un lien direct avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs**.

<sup>2</sup> CJUE, 14 janv. 2010 aff. C-304/08 « *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c/ Plus Warenhandelsgesellschaft mbH* ».

<sup>3</sup> CJUE, 11 mars 2010, aff. n° C522/08, « *Telekomunikacja Polska SA w Warszawie / Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej* ».

La Cour en conclut que « **ne sont ainsi exclues dudit champ d'application, ainsi que cela ressort du sixième considérant de cette directive, que les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte « uniquement » aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels.** »

En l'occurrence, la CJUE relève que l'article 9 bis, paragraphe 1, point 1, de l'UWG vise expressément la protection des consommateurs et non pas uniquement celle des concurrents et des autres acteurs du marché.

La Cour enfonce le clou en observant que « *même à supposer* » que la disposition nationale en cause au principal poursuive essentiellement le maintien du pluralisme de la presse en Autriche, la possibilité, pour les États membres, de maintenir ou d'instaurer sur leur territoire des mesures qui ont pour objet ou pour effet de qualifier des pratiques commerciales comme déloyales pour des motifs tenant au maintien du pluralisme de la presse, ne figure pas parmi les dérogations au champ d'application de la directive énoncées aux sixième et neuvième considérants ainsi qu'à l'article 3 de celle-ci.

La CJUE en conclut que la directive doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit une interdiction générale des ventes avec primes et qui vise non seulement à protéger les consommateurs, mais poursuit également d'autres objectifs (tels que par exemple le maintien du pluralisme de la presse ou la protection des concurrents les plus faibles).

▪ **Sur la seconde question préjudicielle :**

Par sa seconde question, l'Oberster Gerichtshof demandait à la CJUE si les ventes avec prime devaient être considérées comme des pratiques commerciales déloyales au sens de l'article 5, paragraphe 2, de la directive n° 2005/29, du seul fait que la possibilité de gain représente, au moins pour une partie du public concerné, le motif

déterminant qui l'a poussé à acheter le produit principal.

**La question était pour le moins intéressante, et impliquait que la CJUE s'aventurât sur le terrain de la qualification du caractère déloyal de la pratique en cause, ce dont elle s'était bien gardée jusqu'à présent.**

A cet égard, la CJUE précise que la circonstance que la possibilité de participer à un concours représente, au moins pour une partie du public concerné, le motif déterminant de l'achat d'un journal constitue l'un des éléments dont le juge national peut tenir compte dans le cadre d'une telle analyse.

Elle indique qu'en effet, « **cette circonstance pourrait amener le juge national à considérer que la pratique commerciale en cause altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur, au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive** ».

La CJUE précise néanmoins et de façon très ferme qu'« **en aucune manière, cette circonstance ne permet à elle seule de considérer une vente avec prime comme une pratique commerciale déloyale au sens de la directive** ».

Elle rappelle qu'il faut en effet également vérifier si la pratique en question est contraire aux exigences de la **diligence professionnelle**, au sens du point a) de l'article 5, paragraphe 2, de la directive.

La Cour en conclut que dans ces conditions, il y a lieu de répondre à la seconde question que la possibilité de participer à un jeu-concours doté d'un prix, liée à l'achat d'un journal, ne constitue pas une pratique commerciale déloyale au sens de l'article 5, paragraphe 2, de la directive du 11 mai 2005, du seul fait que cette possibilité de participer à un jeu représente, au moins pour une partie des consommateurs concernés, le motif déterminant qui les a incités à acheter ce journal.

\* \* \*

Au delà de ses spécificités, l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 9 novembre 2010 confirme une fois encore qu'il devient de plus en plus pressant pour les Etats membres de « *revoir leur copie* » en adaptant leur législation à la directive du 11 mai 2005, laquelle a été généralement mal transposée si l'on en croit la jurisprudence de la CJUE.

La France est particulièrement concernée avec ses nombreuses dispositions interdisant des pratiques commerciales *per se* (loteries payantes, ventes avec primes, ventes liées ou subordonnées, etc.), ces dispositions étant à ce jour encore en vigueur - malgré une mise en demeure du 25 mai 2009 de la Commission européenne à cet égard - mais non applicable en pratique compte tenu de la jurisprudence de la CJUE.

A cet égard, les autorités françaises ont fait savoir qu'elles envisageaient bien, dans un premier temps, d'adapter le droit national de la consommation aux exigences de la jurisprudence communautaire en matière de pratiques commerciales, mais qu'elles souhaitent surtout, à terme, une modification de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, celle-ci ne permettant plus d'assurer, au regard de la jurisprudence de la CJUE, un « *haut degré de protection des consommateurs* ».

Le sujet devrait être sérieusement abordé par la France et d'autres Etats membres lors du premier bilan d'application de cette directive qui sera organisé par la Commission européenne au cours de l'année 2011, mais ce processus de modification du droit communautaire prendra inéluctablement beaucoup de temps.

Dans l'attente d'une éventuelle révision de la directive, un amendement à la proposition de loi de « *simplification et d'amélioration du droit* » a été présenté devant le Sénat par le Gouvernement le 28 octobre dernier, afin de modifier le Code français de la consommation, notamment sur les ventes liées, les ventes avec primes et les loteries avec obligation d'achat, en vue de mettre le droit français en conformité avec la directive 2005/29/CE.

Il s'agit néanmoins de modifications *a minima* consistant essentiellement à compléter les dispositions concernées (L.121-35 sur les ventes avec prime, L.121-36 sur les loteries réalisées par voie d'écrit et L.122-1 sur les ventes liées ou subordonnées) afin de préciser que si de telles pratiques sont interdites, c'est seulement lorsqu'elles « *revêtent un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1* ».

Affaire à suivre...



### Quelques informations :

**Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :**

- ☞ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2011 : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;**
- ☞ **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**
- ☞ **Au contrôle des concentrations**
  - **Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/ 2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]**
  - **Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** depuis le 2 mars 2009 : [dé-**
- termination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;**
- ☞ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**
- ☞ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du nouveau Règlement 330/2010 du 10 avril 2010 et de ses lignes directrices du 10 mai 2010 : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; *Dual pricing* ; Prix imposés ; vente sur internet ; etc. ;**
- ☞ **A la définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [**ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;**
- ☞ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009 ;**
- ☞ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- ☞ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ;**
- ☞ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008 et de la **LME** du 4 août 2008, et de la **jurisprudence communautaire de 2009 et 2010** : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].

- ☞ **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs :** responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

\* \* \*

- ☞ **Proposition d'audit de structures tarifaires :** Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;
- ☞ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2011, comprenant la**

**rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;**

- ☞ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur  
notre site [www.mgavocat](http://www.mgavocat)**