

Forum de **Trans Europe Experts** (TEE)



LES ENJEUX JURIDIQUES EUROPÉENS

31 mars 2010

Chambre de commerce et d'industrie de Paris

Atelier Droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique

sous la présidence de **Martine Behar Touchais**, professeur à l'Université de Paris Descartes (Paris V)

Programme de l'atelier

Présidence de Martine Behar-Touchais, professeur à l'Université Paris Descartes

1) Actualité du cadre commun de référence

Présentation par Bénédicte Fauvarque-Cosson, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), co-présidente de TEE

Échanges avec l'atelier

2) Le postulat de l'harmonisation totale du droit de la consommation dans le marché intérieur : Amélioration ou dégradation du droit de la consommation en France ?

Présentation générale par Carole Aubert de Vincelles, professeur à l'Université de Cergy Pontoise, secrétaire générale de TEE

Échanges avec l'atelier

► 1^{ère} illustration: Les clauses abusives à l'épreuve de la proposition de directive cadre

Présentation : Natacha Sauphanor-Brouillaud, professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin, et Reine-Clause Mader-Saussaye, présidente de CLCV

Discutant : Marie-Claude Mader-Saussaye, Présidente de CLCV

Échanges avec l'atelier

► 2^{nde} illustration : Les ventes liées à l'épreuve de la directive sur les pratiques commerciales déloyales

Présentation : Muriel Chagny, professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin
Discutants : Gaëlle Patetta, directrice juridique de l'UFC QUE CHOISIR, et Jean-Christophe Grall, avocat à la Cour

Échanges avec l'atelier

Plan du document

1) Actualité du cadre commun de référence

bibliographie.....	5
intervention de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON : « Droit européen des contrats : quelles perspectives en Europe ? ».....	6

2) "Le postulat de l'harmonisation totale du droit de la consommation dans le marché intérieur: Amélioration ou dégradation du droit de la consommation en France? "

a) présentation générale

-Eléments de bibliographie :.....	10
-Proposition de directive cadre du 8 octobre 2008 :.....	11

b) Première Illustration: les clauses abusives à l'épreuve de la proposition de directive cadre

-Intervention de Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD :.....	30
-Droit français : articles du Code de la consommation.....	34
-Textes choisis de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droits des consommateurs COM(2008) 614 final - Chapitre V : Droits des consommateurs concernant les clauses contractuelles	38
Article 30 - Champ d'application	38
Article 31 - Obligation de transparence des clauses contractuelles.....	38
Article 32 - Principes généraux	38
Article 33 - Charge de la preuve	39
Article 34 - Clauses réputées abusives en toutes circonstances	39
Article 35 - Clauses présumées abusives	39
Article 36 - Interprétation de clauses.....	39
Article 37 - Effets des clauses contractuelles abusives	39
Article 38 - Mesures d'exécution relatives aux clauses contractuelles abusives	39
Article 39 - Révision des clauses figurant à l'annexe II et l'annexe III.....	40
Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs COM(2008) 614 final - Annexe II Clauses contractuelles réputées abusives en toutes circonstances	40
Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs COM(2008) 614 final - Annexe III Clauses contractuelles présumées abusives	40
Tableaux comparatifs des textes	42
Champ d'application des clauses abusives.....	42
Définition de la clause abusive.....	44
Preuve du caractère abusif	45
Article 33 - Charge de la preuve	45
Article 34 - Clauses réputées abusives en toutes circonstances	45
Article 35 - Clauses présumées abusives	45
Liste de clauses réputées abusives en toutes circonstances (liste noire).....	46
Liste de clauses présumées abusives (liste grise) et exemptions	48
Article R. 132-2-1 du Code de la consommation	48
Indications bibliographiques sur les clauses abusives	51

c) Seconde illustration : les ventes liées à l'épreuve de la directive sur les pratiques commerciales déloyales

-Bibliographie :.....	52
-Intervention de Muriel Chagny.....	52
-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 :.....	57
-CJUE 23 avril 2009 (ventes liées).....	74
-CJUE 14 janvier 2010 (loteries) :.....	87
-Paris 14 mai 2009 :.....	96

1) **Actualité du cadre commun de référence**

Bibliographie (non exhaustive)

-Terminologie contractuelle commune, Œuvre collective sous la coordination de B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, Association Henri Capitant et société de législation comparée, Editeur : Société de législation comparée 2008

-Principes contractuels communs, Œuvre collective sous la coordination de B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, Association Henri Capitant et société de législation comparée, Editeur : Société de législation comparée 2008

-Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, **Regards croisés sur le Cadre commun de référence, Pour un Cadre commun de référence limité au droit des contrats**, RDC 2008 n° 3, P. 917 –

-Débats : « Quel droit européen des contrats pour l'Union européenne ? RDC 2009 n° 2 p. 767 et s, avec

*** O.LANDO, H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSSON et H. SCULTE-NÖLKE, Table ronde : Introduction sur le droit européen des contrats et le Cadre commun de référence, p. 768 et s.

***S.WITTAKER et J. GHESTIN, Table ronde : l'élaboration d'un cadre commun de référence, p. 795 et s.

*** N.JANSEN, C. VON BAR, G. ALPA, et L. LINNAINMAA, Table ronde : Quelle politique juridique pour le Cadre commun de référence ? p.814 et s.

*** J. ROCHFELD, R. SCHULZE, P.LIMMER et J.GERNANDT, Table ronde : Formation du contrat, p.844 et s.

*** A. VENEZIANO, C. WITZ, M. FRILET, M. LANE, Table ronde : Contenu et exécution du contrat p. 873 et s.

***L.TICHY, D.MOZINA, E. CLIVE, F. POMBO, Table ronde : Inexécution et remèdes, p. 899 et s.

***D. MAZEAUD, T.BRICHACEK, J.KLEINEMAN, Synthèse et clôture, p. 936 et s.

Droit européen des contrats : quelles perspectives en Europe ?

Bénédicte Fauvarque-Cosson, professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II,
co-présidente, avec Judith Rochfeld, de TEE.
Forum de TEE, 31 mars 2010

***Trans Europe Expert** (www.transeuropexperts.eu), association créée à Paris en 2009, constitue un réseau d'experts indépendants, issus de tous les Etats membres de l'Union européenne, dont les compétences en droit européen sont incontestées. Ce réseau fédère des universitaires, des professionnels du droit, ainsi que des représentants du monde social, politique et économique.*

Trans Europe Experts a trois missions essentielles :

- 1. l'expertise et la participation à l'élaboration des textes européens par la mise à disposition d'un vivier d'experts ;*
- 2. la sensibilisation des milieux juridiques, sociaux, économiques et politiques sur les enjeux européens (réunions, partenariats et organisation d'un forum annuel, le premier ayant lieu le 31 mars 2010) ;*
- 3. la constitution d'un réseau international en droit européen.*

Trans Europe Experts comprend déjà près de 200 adhérents français et étrangers, regroupés en pôles de compétence, ainsi qu'une vingtaine de partenaires français et européens (centres de recherche, ordres professionnels, associations diverses etc). L'un de ces pôles porte sur le droit des contrats. L'une de ses missions consistera, au sein d'un groupe de travail spécifique, à suivre de près les travaux européens en cours avec les professionnels qui souhaitent s'impliquer dans cette importante réflexion sur le droit européen des contrats.

Après avoir lancé un vaste débat sur l'harmonisation du droit européen des contrats, la Commission européenne a confié l'élaboration d'un projet de cadre commun de référence, sorte de boîte à outils à trois tiroirs (terminologie, principes, élaboration de règles modèles), à un vaste réseau d'experts universitaires européens (communications de 2003 et 2004 « *Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action* »¹ et « *Droit européen des contrats et révision de l'acquis. La voie à suivre* »²). Au sein de ce réseau, dirigé par les deux professeurs allemands responsables des deux principaux groupes de travail, à savoir le groupe d'études sur le Code civil européen (dirigé par Christian von Bar) et le groupe Acquis communautaire (dirigé par Hans Schulte-Nolke)³, plusieurs autres groupes ont travaillé, avec des perspectives différentes. L'un d'eux a produit, de manière autonome, un « *Restatement* » en droit européen du contrat d'assurance (<http://www.restatement.info/>).

Le groupe dit « d'évaluation » composé de membres de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de législation comparée avait pour mission de réfléchir aux fondements du droit des contrats et, le cas échéant, de proposer d'autres règles modèles. Grâce au soutien de la Fondation pour le droit continental, les travaux de ce groupe ont été publiés en français (*Terminologie contractuelle commune* et

¹ COM (2003) 68.

² COM (2004) 651.

³ <http://www.copecl.org>

*Principes contractuels communs*¹) et pour l'essentiel traduits en anglais². Ils ont été remis en décembre 2007 à la Commission, en même temps que la première version du *Projet de cadre commun de référence* (PCCR) produite par le groupe d'études sur le Code civil européen et le groupe Acquis communautaire. Les travaux français portent, comme la Commission l'avait souhaité, sur les trois « volets » du cadre commun de référence : terminologie, principes fondateurs du droit des contrats, règles modèles. Ces règles modèles sont directement fondées sur les *Principes du droit européen du contrat* (PDEC)³, codification doctrinale élaborée dans les années 80 par une Commission de professeurs dirigée par Ole Lando et qui jouit d'une grande réputation, en Europe et dans le monde.

En 2008, une version définitive du *Projet de cadre commun de référence* (PCCR), intégrant certaines des observations critiques faites par le groupe AHC/SLC au premier projet de CCR, a été remise à la Commission en décembre 2008⁴. Une version intégrale du *Projet de cadre commun de référence* a ensuite été publiée en anglais en 6 volumes (6653 pages), avec d'abondantes notes et commentaires en plus des textes proposés. Le PCCR comporte 10 livres, et va bien au-delà du seul droit des contrats. Il s'étend à l'ensemble du droit privé, à l'exclusion de certaines matières (personnes et famille). Certes, il pourrait être morcelé et limité au droit des obligations voire au droit des contrats (avec des remaniements importants), mais d'après les auteurs de l'introduction, l'ensemble forme un tout.

Les principales différences entre le PCCR et les travaux français sont les suivantes.

- Le groupe AHC/SLC a prêté une importance particulière au travail de réflexion et de comparaison des concepts qui forment le cœur du droit des contrats. C'est l'objet de l'ouvrage intitulé *Terminologie contractuelle commune*, qui n'a d'équivalent nulle part ailleurs.
- Le groupe AHC/SLC a également entrepris une vaste étude comparative sur les principes directeurs du droit européen des contrats. C'est l'objet de la première partie de l'ouvrage intitulé *Principes contractuels communs*.
- S'agissant des règles modèles (volet sur lequel le PCCR s'est quant à lui presque exclusivement centré), le groupe AHC/SLC propose une vision classique du droit des contrats, dans la ligne de l'œuvre réalisée par la Commission Lando et des Principes d'Unidroit. C'est l'objet de la deuxième partie de l'ouvrage intitulé *Principes contractuels communs*. Si le droit communautaire a été pris en considération, il l'a été, en tant que donnée essentielle, venue nourrir la démarche comparative qui a constamment alimenté ces travaux, fondés sur l'acquis communautaire et international, en plus de la comparaison des droits nationaux. Contrairement à ce qui a été fait dans certains livres du PCCR, l'acquis

¹ *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Association H. Capitant et Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, volume 6, 2008. *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Association H. Capitant et Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, volume 7, 2008.

² *European Contract Law : Materials for the CFR, Terminology, Guiding Principles, Model Rules* B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud ed, avec le concours de J.-B. Racine, L. Sautonie, A. Tenenbaum, G. Wicker et des membres des trois équipes, *European Contract Law : Materials for the CFR, Terminology, Guiding Principles, Model Rules, sellier european law publishers*, 2008.

³ *Principes du droit européen du contrat*, Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 2, 2003.

⁴ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier. European Law Publishers, 2009, par C. von Bar, E. Clive et H. Schulte-Nölke ed., avec H. Beale, J. Herre, J. Huet, P. Schlechtriem, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano, F. Zoll.

communautaire n'a pas été intégré en tant que tel. Il appartiendra à la Commission d'adopter le futur cadre commun de référence et, au préalable, de se prononcer sur la nature et le contenu de cet instrument. Le Conseil et le Parlement ont déjà fixé certaines orientations.

Dans un rapport du 18 avril 2008, le Conseil « Justice et affaires intérieures » s'est dit favorable à un « cadre commun de référence complet couvrant le droit général des contrats, y compris le droit des contrats de consommation » et « constitué d'un ensemble d'orientations que les législateurs au niveau communautaire utiliseraient, sur une base volontaire, comme une source d'inspiration ou de référence dans le processus législatif »¹.

Dans une « Résolution du 3 septembre 2008 sur le cadre commun de référence pour le droit européen des contrats »², le Parlement européen mentionne, outre le PCCR, les travaux français. Il rappelle que le projet de CCR est un « simple document universitaire et que le choix éventuel de telle ou telle partie de ce projet en vue de les intégrer dans le document de la Commission à venir constitue un exercice hautement politique » (considérant D). Il précise que le futur CCR peut constituer un « outil législatif non contraignant » et aussi préfigurer « un instrument facultatif en matière de droit européen des contrats ». Il demande, si le CCR devait prendre la forme d'un instrument facultatif, qu'il soit « limité aux domaines dans lesquels le législateur communautaire est intervenu ou est appelé à intervenir dans un avenir proche, ou qui sont étroitement liés au droit des contrats » et « que tout instrument facultatif soit fondé sur le projet de CCR ».

Depuis lors, le programme pluriannuel 2010-2014 concernant l'Espace de liberté, de sécurité et de justice dénommé « [Programme de Stockholm](#) - Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens » a été adopté par le Conseil européen le 10 décembre 2009 (14449/09 JAI 679). Le Conseil européen y invite la Commission « à réfléchir à la nécessité de prendre des mesures » dans le domaine du droit européen des contrats et « à présenter des propositions ».

Dans le projet de programme qu'elle avait diffusé en juillet 2009 (Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens, préc., § 3.4.2), la Commission européenne estimait que « les travaux visant à créer un cadre commun de référence en matière de droit des contrats » pourraient « être utilisés lors des futures propositions législatives et que des contrats modèles pourraient être développés » (Annexe, p. 32). Elle annonçait par ailleurs que des « contrats modèles entre personnes privées ou entre PME, utilisables sur base volontaire, traduits en différentes langues et servant de référence dans la vie des affaires, devront être aussi élaborés sur la base des éléments déjà développés ». En outre, elle défendait l'idée d'« un régime spécifiquement européen, optionnel, offert aux entreprises ». Il s'agirait d'un « 28^{ème} régime, qui serait « favorable aux développements des échanges intracommunautaires » et « introduirait un régime juridique unique directement applicable », semblable à ceux « élaborés dans d'autres domaines du marché intérieur, comme celui de la société européenne, du groupement d'intérêt économique européen ou de la marque communautaire ».

En janvier 2010, dans ses diverses allocutions au Parlement européen, Madame Viviane Reding a repris l'essentiel de ces idées. Elle a annoncé que l'une de ses priorités serait de travailler à l'élaboration d'un droit européen des contrats cohérent et qu'elle allait pour cela

¹ Bruxelles, 11 avril 2008, Doc. 8286/08, Justciv 68 Consom 39.

² P6-TA(2007)0615

mettre en place un groupe d'experts chargé de définir les orientations prochaines pour le droit européen des contrats. Un choix s'imposera, entre le modèle proposé par le Projet de cadre commun de référence (qu'il faudrait alors à tout le moins limiter au droit des contrats), et celui préconisé par le groupe AHC/SLC, soutenu par la Fondation pour le droit continental. Une chose est sûre : de nombreux droits continentaux, ainsi du reste que le droit anglais des contrats, ressemblent davantage au modèle connu, repris par le groupe AHC/SLC, qu'à celui édifié par le PCCR. Cela est vrai aussi bien quant à la structure qu'à la terminologie utilisée, proche d'ailleurs des modèles internationaux existants (Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, Principes d'Unidroit).

A ce jour, certaines questions cruciales subsistent. Le cadre commun de référence en droit des contrats intègrera-t-il l'acquis communautaire en droit de la consommation ? En ce cas, jusqu'où – c'est-à-dire dans quel degré de détail - pourra-t-il aller ? Par ailleurs, comment cet instrument s'articulera-t-il avec la proposition de directive relative à la protection des consommateurs dont le sort est bien incertain tant le projet d'harmonisation complète a suscité de grandes résistances au sein des Etats membres ? En outre, si un instrument optionnel était élaboré, les parties pourraient-elles le désigner en lieu et place d'une loi étatique ? En ce cas, faudrait-il que le modèle soit le plus détaillé possible ? Ne devrait-on pas d'emblée renoncer à cette ambition et organiser la coexistence avec les droits nationaux ?

Autant de questions ouvertes, difficiles, qu'il appartiendra à la Commission européenne de trancher, guidée par les travaux existants, avant d'entreprendre elle-même, en droit des contrats, l'élaboration du cadre commun de référence qu'elle appelle de ses vœux depuis 2003.

-2) "Le postulat de l'harmonisation totale du droit de la consommation dans le marché intérieur : Amélioration ou dégradation du droit de la consommation en France? "

Bibliographie :

-J.ROCHFELD, « La communautarisation des sources- De l'harmonisation maximale » RDC 2009/1 p.11 et s

-J.ROCHFELD, « L'état des lieux des discussions relatives à la proposition de directive-cadre sur les droits du consommateur du 8 octobre 2008 », RDC 2009/3 p. 983 et s

-J.ROCHFELD, Les ambiguïtés des directives d' harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne (à propos de l'arrêt de la CJCE du 4 juin 2009), D.2009 ch.2047

-Carole AUBERT de VINCELLES, Proposition de directive sur les droits des consommateurs : Naissance d'un droit commun communautaire de la consommation, RDC 2009 n° 2 p. 578 et s.

- Carole AUBERT de VINCELLES, Harmonisation totale et directive 85/374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, à propos de CJCE, 4 juin 2009, C-285/08, Moteurs Leroy Somer, RDC 2009 n°4 p 1448 s.

-Rapport à l'Assemblée nationale du 25 novembre 2009, de Mme Marietta KARAMENLI, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/europe/rap-info/i2099.asp>

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
 Bruxelles, le 8.10.2008
 COM(2008) 614 final
 2008/0196 (COD)

Proposition de **DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL**
relative aux droits des consommateurs
 {SEC(2008) 2544} {SEC(2008) 2545} {SEC(2008) 2547}

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,
 vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 95,
 vu la proposition de la Commission,
 vu l'avis du Comité économique et social européen
 statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité,
 considérant ce qui suit:

(1) La directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux⁴, la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁵, la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance⁶ et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation⁷ établissent un certain nombre de droits contractuels pour les consommateurs.

(2) Ces directives ont été réexaminées à la lumière de l'expérience acquise, dans le but de simplifier et d'actualiser les règles applicables et d'en éliminer les incohérences et les lacunes indésirables. Ce réexamen a montré qu'il convient de remplacer ces quatre directives par un seul instrument, à savoir la présente directive. Celle-ci doit donc définir des règles standard pour les aspects communs et s'écarter du principe d'harmonisation minimale présent dans les anciennes directives, en vertu duquel les États membres pouvaient maintenir ou adopter des règles nationales plus strictes.

(3) L'article 153, paragraphe 1 et paragraphe 3, point a), du traité dispose que la Communauté contribue à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs par les mesures qu'elle adopte en application de l'article 95 du traité.

(4) Conformément à l'article 14, paragraphe 2, du traité, le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises et des services ainsi que la liberté d'établissement sont assurées. L'harmonisation de certains aspects du droit des contrats à la consommation est nécessaire pour promouvoir un véritable marché intérieur des consommateurs offrant un juste équilibre entre un niveau élevé de protection des consommateurs et la compétitivité des entreprises, dans le respect du principe de subsidiarité.

(5) Le potentiel des ventes à distance transfrontalières, qui devraient constituer l'une des principales réalisations concrètes du marché intérieur, n'est pas pleinement exploité par les consommateurs. Comparée à la croissance significative des ventes à distance nationales au cours des dernières années, celle des ventes à distance transfrontalières est limitée. Cet écart est particulièrement marqué pour les ventes à distance sur l'internet, dont le potentiel de développement demeure élevé. Les possibilités d'essor des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (vente directe) au niveau transfrontalier sont limitées par plusieurs facteurs, au nombre desquels figurent les règles nationales de protection des consommateurs différentes qui sont imposées aux entreprises. Comparé à la croissance des ventes directes réalisées au niveau national au cours de ces dernières années, en particulier dans le secteur des services (notamment des services collectifs), le nombre des consommateurs qui ont recours à ce moyen pour réaliser des achats transfrontaliers demeure faible. Compte tenu des nouvelles perspectives commerciales qui s'offrent dans de nombreux États membres, les petites et moyennes entreprises (y compris les entrepreneurs individuels) et les agents commerciaux des sociétés pratiquant la vente directe devraient être davantage enclins à rechercher des débouchés dans d'autres États membres, en particulier dans les régions frontalières. C'est pourquoi une harmonisation complète des dispositions relatives à l'information des consommateurs et au droit

de rétractation dans les contrats de vente à distance et hors établissement contribuera à un meilleur fonctionnement du marché intérieur sur le plan des relations entre entreprises et particuliers.

(6) Les législations des États membres en matière de contrats conclus avec des consommateurs présentent des différences marquées, qui peuvent causer des distorsions sensibles de la concurrence et faire obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur. La législation communautaire actuellement en vigueur dans le domaine des contrats à la consommation conclus à distance ou en dehors des établissements commerciaux, des biens de consommation, des garanties accordées aux consommateurs et des clauses contractuelles abusives établit des normes d'harmonisation minimales qui autorisent les États membres à maintenir ou à adopter des mesures plus strictes pour assurer un niveau plus élevé de protection des consommateurs sur leur territoire. En outre, de nombreuses questions sont réglementées de manière contradictoire dans les différentes directives ou n'ont pas été résolues. Les États membres y ont apporté des réponses différentes, de sorte que les dispositions nationales de mise en œuvre des directives relatives au droit des contrats à la consommation présentent des divergences significatives.

(7) Ces disparités créent des barrières importantes sur le marché intérieur, qui affectent les entreprises et les consommateurs. Elles augmentent les coûts de mise en conformité pour les entreprises qui souhaitent s'engager dans la vente transfrontalière de biens ou la fourniture transfrontalière de services. La fragmentation nuit également à la confiance des consommateurs dans le marché intérieur, cet effet négatif étant renforcé par un niveau inégal de protection des consommateurs dans la Communauté. Le problème est particulièrement préoccupant au regard des nouvelles évolutions du marché.

(8) L'harmonisation complète de certains aspects réglementaires essentiels augmentera considérablement la sécurité juridique, tant pour les consommateurs que pour les professionnels. Consommateurs et professionnels pourront ainsi s'appuyer sur un cadre réglementaire unique, fondé sur des concepts juridiques clairement définis régissant certains aspects des contrats entre les entreprises et les consommateurs au sein de la Communauté. Cette harmonisation aura pour effet d'éliminer les barrières créées par la fragmentation de la réglementation et d'achever le marché intérieur dans ce domaine.

L'unique moyen d'éliminer ces barrières est d'établir des règles uniformes au niveau communautaire. Les consommateurs bénéficieront en outre d'un niveau commun élevé de protection dans toute la Communauté.

(9) Le domaine harmonisé par la présente directive doit couvrir certains aspects des contrats conclus entre les entreprises et les consommateurs. Il s'agit en l'occurrence des règles relatives aux informations à fournir avant la conclusion du contrat et au cours de son exécution, au droit de rétractation pour les contrats à distance et hors établissement, aux droits spécifiques des consommateurs en matière de contrats de vente et aux clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs.

(10) Les dispositions de la présente directive doivent être sans préjudice du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

(11) La législation communautaire en vigueur en matière de services financiers aux consommateurs contient de nombreuses règles relatives à la protection des consommateurs. C'est la raison pour laquelle les dispositions de la présente directive ne couvrent les contrats concernant des services financiers que dans la mesure nécessaire pour combler les lacunes de la réglementation.

(12) La nouvelle définition du contrat à distance doit couvrir tous les cas dans lesquels des contrats de vente et de service sont conclus par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance (vente par correspondance, internet, téléphone ou fax). Cela devrait créer des conditions de concurrence équitables pour tous les professionnels de la vente à distance, et devrait également améliorer la sécurité juridique par rapport à la définition actuelle, qui présuppose l'existence d'un système de vente à distance organisé, géré par le professionnel, jusqu'à la conclusion du contrat.

(13) Les circonstances particulières dans lesquelles une offre a été faite ou un contrat négocié ne doivent pas entrer en ligne de compte dans la définition du contrat à distance. Le fait que le professionnel ne pratique la vente à distance qu'occasionnellement, ou qu'il utilise un système organisé géré par un tiers, tel qu'une plateforme en ligne, ne doit pas priver les consommateurs de leur protection. De même, tout contrat négocié en personne et hors établissement entre le

professionnel et le consommateur doit être considéré comme un contrat à distance s'il a ensuite été conclu par le recours exclusif à une technique de communication à distance telle que l'internet ou le téléphone. En ce qui concerne les professionnels, une définition plus simple du contrat à distance devrait leur apporter plus de sécurité juridique et les protéger de la concurrence déloyale.

(14) Un contrat hors établissement doit être défini comme un contrat conclu en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, en dehors d'un établissement commercial, par exemple au domicile ou sur le lieu de travail du consommateur. Dans un contexte hors établissement, les consommateurs sont soumis à une pression psychologique, qu'ils aient ou non sollicité la visite du professionnel. En outre, pour empêcher tout contournement des règles lorsque des consommateurs sont approchés en dehors d'un établissement commercial, un contrat négocié au domicile du consommateur, par exemple, mais conclu dans un magasin, doit être considéré comme un contrat hors établissement.

(15) Il convient de considérer comme établissement commercial tout établissement, sous quelque forme que ce soit (qu'il s'agisse par exemple d'un magasin ou d'un camion), servant de siège d'activité permanent au professionnel. Les étals dans les marchés et les stands dans les foires doivent être traités comme des établissements commerciaux même s'ils ne sont utilisés que temporairement par le professionnel. En revanche, les locaux loués seulement pour une courte durée et où le professionnel n'est pas établi (tels que les hôtels, restaurants, centres de conférence ou cinémas loués par des professionnels qui n'y sont pas établis) ne doivent pas être considérés comme des établissements commerciaux. De même, les espaces publics – y compris les installations ou les transports publics ainsi que les domiciles privés ou les lieux de travail – ne doivent pas être considérés comme des établissements commerciaux.

(16) La définition du support durable doit notamment inclure les documents sur papier, les clés USB, les CD-Rom, les DVD, les cartes à mémoire et le disque dur de l'ordinateur sur lequel est sauvegardé un courrier électronique ou un fichier PDF.

(17) Les consommateurs doivent être en droit de recevoir des informations avant la conclusion du contrat. Toutefois, il ne faut pas que les professionnels soient tenus de fournir des informations qui ressortent clairement du contexte. En cas de transaction conclue à l'intérieur d'un établissement, il est par exemple possible que les principales caractéristiques d'un produit, l'identité du professionnel et les modalités de livraison ressortent du contexte. En revanche, dans les transactions à distance et hors établissement, le professionnel doit toujours fournir des informations sur les modalités de paiement, de livraison et d'exécution et sur le traitement des réclamations, étant donné que celles-ci ne ressortent pas nécessairement du contexte.

(18) Les professionnels doivent être tenus d'informer à l'avance les consommateurs de toute disposition impliquant le versement d'une caution au professionnel par le consommateur, y compris des dispositions prévoyant le blocage d'un montant sur la carte de crédit ou de débit du consommateur.

(19) En cas d'enchères publiques, compte tenu de la nature et du caractère traditionnel de cette méthode de vente, le commissaire-priseur peut communiquer ses propres coordonnées à la place de l'adresse géographique et de l'identité du vendeur pour le compte duquel il vend les biens.

(20) Le consommateur doit savoir s'il conclut un contrat avec un professionnel ou avec un intermédiaire agissant pour le compte d'un autre consommateur, étant donné que dans le deuxième cas il ne bénéficie pas de la protection de la présente directive. C'est pourquoi l'intermédiaire doit l'informer de cet état de fait et des conséquences qui en résultent. La notion d'intermédiaire ne doit pas inclure les plateformes commerciales en ligne qui ne concluent pas le contrat au nom ou pour le compte d'un tiers.

(21) Pour les contrats à distance, les exigences ayant trait à l'information doivent être adaptées afin de tenir compte des contraintes techniques liées à certains médias, telles que la limitation du nombre de caractères sur certains écrans de téléphones portables ou les contraintes de temps pour les spots de téléachat. Dans ce cas, le professionnel doit respecter un ensemble de prescriptions minimales en matière d'information et renvoyer le consommateur à une autre source, par exemple en fournissant un numéro de téléphone gratuit ou un lien hypertexte vers une page web du professionnel, où les informations utiles sont directement disponibles et facilement accessibles.

(22) Étant donné qu'en cas de vente à distance le consommateur n'est pas en mesure de voir le bien qu'il achète avant de conclure le contrat, il doit disposer d'un droit de rétractation lui permettant de s'assurer de la nature et du bon fonctionnement de la marchandise.

(23) La durée variable du délai de rétractation entre les différents États membres, d'une part, et entre les contrats à distance et les contrats hors établissement, d'autre part, crée une insécurité juridique et génère des coûts de mise en conformité. Le même délai de rétractation doit donc s'appliquer à tous les contrats à distance et hors établissement.

(24) Afin de garantir la sécurité juridique, il convient que le règlement (CEE, Euratom) n° 1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes⁹ s'applique au calcul des délais visés par la présente directive. En conséquence, tous les délais contenus dans la présente directive s'entendent en jours calendaires.

(25) Les règles concernant les contrats à distance ne doivent pas porter atteinte aux dispositions relatives à la conclusion de contrats et à la passation de commandes en ligne telles qu'elles figurent aux articles 9 et 11 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique).

(26) Si le consommateur commande plus d'un bien auprès du même professionnel, il doit disposer d'un droit de rétractation pour chacun de ces biens. Si les biens sont livrés séparément, le délai de rétractation doit commencer à courir lorsque le consommateur prend matériellement possession de chaque bien particulier. Lorsqu'un bien est livré en plusieurs lots ou pièces, le délai de rétractation doit commencer à courir lorsque le consommateur ou un tiers désigné par celui-ci prend matériellement possession du dernier lot ou de la dernière pièce.

(27) Si le professionnel a omis d'informer le consommateur de son droit de rétractation avant la conclusion d'un contrat à distance ou hors établissement, le délai de rétractation doit être prolongé. Toutefois, afin de garantir la sécurité juridique dans le temps, il convient d'introduire un délai de prescription de trois mois, à condition que le professionnel ait complètement exécuté ses obligations contractuelles. Il y a lieu de considérer que le professionnel a complètement exécuté ses obligations dès lors qu'il a livré les biens ou a entièrement fourni les services commandés par le consommateur.

(28) Les disparités dans l'exercice du droit de rétractation dans les États membres ont entraîné des coûts pour les entreprises pratiquant la vente transfrontalière.

L'introduction d'un formulaire de rétractation standard harmonisé, destiné à l'usage des consommateurs, devrait simplifier la procédure de rétractation et apporter une sécurité juridique. C'est pourquoi les États membres devraient s'abstenir d'ajouter toute exigence de présentation au formulaire standard communautaire, par exemple en matière de taille de caractères.

(29) L'expérience ayant montré que de nombreux consommateurs et professionnels préfèrent communiquer via les sites web des professionnels, ces derniers devraient avoir la possibilité de permettre au consommateur de remplir un formulaire en ligne.

Dans ce cas, le professionnel doit envoyer sans délai un courrier électronique accusant réception de la rétractation.

(30) En cas de rétractation, le professionnel doit rembourser tous les paiements reçus de la part du consommateur, y compris ceux couvrant les dépenses engagées par le professionnel pour livrer les biens au consommateur.

(31) Certains consommateurs utilisent leur droit de rétractation après avoir utilisé les biens dans une mesure qui excède ce qui est nécessaire pour s'assurer de la nature et du fonctionnement du bien. Dans ce cas, le consommateur doit répondre de la dépréciation des biens. Pour s'assurer de la nature et du bon fonctionnement d'un bien, le consommateur doit uniquement le manipuler ou l'essayer d'une manière qui lui serait également permise en magasin. Par exemple, il doit seulement essayer un vêtement et non pas le porter. Afin de garantir un droit de rétractation effectif en matière de contrats de service, notamment pour les travaux de rénovation non urgents où le consommateur peut être soumis à des méthodes agressives de vente à domicile s'accompagnant d'une exécution immédiate du service avant l'expiration du délai de rétractation, les consommateurs ne doivent être redevables d'aucun coût pour de tels services.

(32) Afin d'éviter que le professionnel ne rembourse un consommateur qui n'a pas renvoyé les biens, le consommateur doit être tenu de renvoyer les biens dans un délai de quatorze jours après notification au professionnel de sa décision de se rétracter.

(33) Des exceptions au droit de rétractation doivent exister, notamment dans les cas où ce droit n'a pas lieu d'être compte tenu de la nature du produit. Cela s'applique par exemple à du vin fourni longtemps avant la conclusion d'un contrat à caractère

spéculatif, dont la valeur dépend des fluctuations du marché (vin en primeur).

(34) De surcroît, dans le cas de contrats de service à distance dont l'exécution commence pendant la période de rétractation (fichiers de données téléchargés par le consommateur au cours de ladite période, par exemple), il serait injuste d'autoriser le consommateur à se rétracter après avoir bénéficié du service en tout ou en partie. Le consommateur doit donc perdre son droit de rétractation si l'exécution du contrat commence avec son accord exprès préalable.

(35) La Commission a constaté des problèmes importants rencontrés par les consommateurs dans le secteur de l'amélioration de l'habitat, où de fortes pressions sont exercées pour les inciter à commander des travaux de rénovation coûteux. Il convient que le champ d'application des règles en matière d'information et de rétractation soit clarifié et étendu à ce type de contrats. Seuls les contrats concernant la cession de droits sur des biens immobiliers doivent être exclus du champ d'application des règles d'information et de rétractation applicables aux contrats à distance et hors établissement.

(36) L'application d'un droit de rétractation peut être inappropriée dans le cas de certains services ayant trait à l'hébergement, aux transports et aux loisirs. La conclusion des contrats dans ce domaine implique en effet la réservation de capacités que le professionnel aura peut-être des difficultés à remplir en cas d'exercice du droit de rétractation. Ces contrats à distance ne doivent donc pas être couverts par les dispositions sur l'information des consommateurs et le droit de rétractation.

(37) Dans un but de simplification et afin de garantir la sécurité juridique, le droit de rétractation doit s'appliquer à tous les types de contrats hors établissement, sauf dans des circonstances strictement définies qui peuvent être établies facilement. Aucun droit de rétractation ne doit ainsi s'appliquer aux réparations urgentes effectuées au domicile du consommateur, car un tel droit serait incompatible avec la situation d'urgence, ou aux systèmes de livraison à domicile des supermarchés qui permettent aux consommateurs de choisir des produits alimentaires, des boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante sur le site web du magasin et de se faire livrer à domicile. Les biens concernés sont peu coûteux et régulièrement achetés par les consommateurs pour leur consommation ou leur utilisation quotidienne, et ne doivent donc pas donner lieu à un droit de rétractation. Les principales difficultés rencontrées par les consommateurs et la principale source de litige avec les professionnels concernent la livraison des biens, notamment la perte ou l'endommagement au cours du transport ainsi que les livraisons tardives ou incomplètes. Il y a donc lieu de clarifier et d'harmoniser les règles nationales relatives à la livraison et au transfert du risque.

(38) La livraison de biens vendus à des consommateurs peut se faire sous diverses formes. Seule une règle à laquelle il pourra être librement dérogé garantira donc la flexibilité nécessaire pour une prise en compte de ces variations. Le consommateur doit être protégé contre tout risque de perte ou d'endommagement des biens durant le transport organisé ou effectué par le professionnel. La disposition introduite sur le transfert du risque ne doit toutefois pas s'appliquer lorsque le consommateur retarde indûment la prise de possession des biens (par exemple s'il ne retire pas les biens à la poste dans le délai fixé par celle-ci). Dans ce cas, le consommateur doit assumer le risque de perte ou de détérioration après le délai de livraison convenu avec le professionnel.

(39) Le professionnel devrait répondre vis-à-vis du consommateur si les biens ne sont pas conformes au contrat. Les biens doivent être présumés conformes au contrat s'ils satisfont à certaines conditions concernant essentiellement leur qualité. La qualité et les prestations auxquelles les consommateurs peuvent raisonnablement s'attendre dépendront, entre autres, du fait que les biens sont neufs ou d'occasion ainsi que de leur durée de vie escomptée.

(40) Si le bien n'est pas conforme au contrat, le consommateur doit tout d'abord avoir la possibilité de demander au professionnel de réparer les biens ou de les remplacer, au choix du professionnel, à moins que ce dernier ne prouve que de telles réparations sont illicites, impossibles ou qu'elles lui imposent un effort disproportionné. L'effort consenti par le professionnel doit être déterminé de manière objective, eu égard aux coûts supportés par celui-ci pour remédier au défaut de conformité, à la valeur des biens et à l'importance du défaut de conformité. L'absence de pièces de rechange ne doit pas être un motif valable justifiant le manquement du professionnel à remédier au défaut de conformité dans un délai raisonnable ou sans effort disproportionné.

(41) Les mesures prises pour remédier au défaut de conformité ne doivent entraîner aucun coût, notamment d'expédition, de main-d'œuvre et de matériel, pour le consommateur. En outre, le

consommateur ne doit pas dédommager le professionnel pour l'utilisation des biens défectueux.

(42) Si le professionnel a refusé ou omis plus d'une fois de remédier au défaut de conformité, le consommateur doit avoir le droit de choisir librement l'un des modes de réparation disponibles. Le refus du professionnel peut être explicite ou implicite, ce qui signifie, dans le deuxième cas, qu'il ne répond pas à la demande du consommateur de remédier au défaut de conformité ou qu'il l'ignore.

(43) La directive 1999/44/CE a autorisé les États membres à définir une période d'au moins deux mois au cours de laquelle le consommateur devait informer le professionnel de tout défaut de conformité. Les différences entre les lois de transposition de la directive ayant créé des entraves au commerce, il est nécessaire de supprimer cette possibilité offerte par la réglementation et d'améliorer la sécurité juridique en obligeant les consommateurs à informer le professionnel du défaut de conformité dans un délai de deux mois à compter de la date de constatation.

(44) Certains professionnels ou producteurs offrent des garanties commerciales aux consommateurs. Afin d'assurer que les consommateurs ne soient pas induits en erreur, les garanties commerciales doivent contenir certaines informations concernant notamment leur durée, leur étendue territoriale ainsi qu'une déclaration selon laquelle la garantie ne porte pas atteinte aux droits légaux du consommateur.

(45) Il est nécessaire de protéger les consommateurs contre les clauses contractuelles abusives qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle, telles que les clauses contractuelles standardisées. Les règles relatives aux clauses abusives ne doivent cependant pas s'appliquer aux clauses que le consommateur a acceptées à la suite d'une négociation. Le fait d'avoir la possibilité de choisir entre différentes clauses contractuelles rédigées par le professionnel ou par un tiers pour le compte de celui-ci ne doit pas être assimilé à une négociation.

(46) Les dispositions relatives aux clauses contractuelles abusives ne doivent pas s'appliquer aux clauses contractuelles qui reflètent directement ou indirectement des dispositions législatives ou réglementaires impératives des États membres qui sont en conformité avec le droit communautaire. De même, les clauses qui reflètent des principes ou des dispositions de conventions internationales dont la Communauté ou les États membres sont parties, notamment dans le domaine des transports, ne doivent pas être soumises à l'appréciation du caractère abusif.

(47) Les contrats conclus avec des consommateurs doivent être rédigés dans un langage clair et compréhensible et être lisibles. Les professionnels doivent être libres de choisir la police et la taille des caractères utilisés pour la rédaction des clauses contractuelles.

Le consommateur doit avoir la possibilité de lire les clauses avant de conclure le contrat. Cette possibilité peut lui être donnée en lui fournissant les clauses à sa demande (pour les contrats conclus dans un établissement) ou en rendant ces clauses disponibles autrement (par exemple sur le site web du professionnel pour les contrats à distance) ou encore en joignant les clauses contractuelles au bon de commande (pour les contrats hors établissement). Le professionnel doit demander l'assentiment exprès du consommateur pour tout paiement venant en sus de la rémunération prévue au titre de l'obligation contractuelle principale du professionnel. Déduire l'assentiment du consommateur par le recours à des systèmes obligeant celui-ci à une renonciation expresse (*opt-out*), par exemple grâce à des cases pré-cochées en ligne, doit être interdit.

(48) Dans l'appréciation de la bonne foi, il y a lieu de prêter une attention particulière à la force des positions de négociation respectives des parties, à la question de savoir si le consommateur a été incité à accepter la clause et si les biens ou services ont été vendus ou fournis sur commande spéciale du consommateur. L'exigence de bonne foi peut être satisfaite si le professionnel traite de façon loyale et équitable avec l'autre partie, dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes.

(49) Pour les besoins de la présente directive, l'appréciation du caractère abusif ne doit porter ni sur les clauses décrivant l'objet principal du contrat, ni sur le rapport qualité/prix des biens ou des services fournis, à moins que les clauses concernées ne satisfassent pas aux exigences de transparence. L'objet principal du contrat et le rapport qualité/prix doivent toutefois être pris en compte pour évaluer le caractère abusif d'autres clauses. Par exemple, dans le cas de contrats d'assurance, les clauses qui définissent ou délimitent clairement le risque assuré et la responsabilité de l'assureur ne doivent pas faire l'objet d'une telle appréciation, étant donné que ces restrictions sont prises en compte dans le calcul de la prime payée par le consommateur.

(50) Afin de garantir la sécurité juridique et d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur, il convient que la directive contienne deux listes de clauses abusives. L'annexe II fournit une liste

de clauses devant être considérées comme abusives en toutes circonstances, et l'annexe III une liste de clauses présumées abusives à moins que le professionnel concerné ne prouve le contraire. Les mêmes listes doivent s'appliquer dans tous les États membres.

(51) Les mesures nécessaires pour la mise en œuvre de la présente directive doivent être arrêtées en conformité avec la décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission.

(52) En particulier, la Commission doit être habilitée à modifier les annexes II et III relatives aux clauses contractuelles réputées ou présumées abusives. Ces mesures ayant une portée générale et ayant pour objet de modifier des éléments non essentiels de la présente directive, elles doivent être arrêtées selon la procédure de réglementation avec contrôle prévue à l'article 5 *bis* de la décision 1999/468/CE.

(53) La compétence qu'a la Commission de modifier les annexes II et III doit être utilisée pour assurer une mise en œuvre cohérente des dispositions relatives aux clauses abusives, par l'ajout à ces annexes de clauses contractuelles réputées abusives en toutes circonstances ou présumées telles à moins que le professionnel n'apporte la preuve du contraire.

(54) Les États membres peuvent utiliser tout concept du droit interne des contrats répondant à l'objectif requis, à savoir que les clauses contractuelles abusives ne doivent pas lier le consommateur.

(55) Les États membres doivent s'assurer que leurs juridictions ou leurs autorités administratives disposent de moyens adéquats et efficaces pour empêcher que l'application de clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs persiste.

(56) Conformément au traité, la directive assure un niveau élevé de protection des consommateurs. Elle n'empêche en aucune manière les professionnels de proposer aux consommateurs des accords contractuels allant au-delà de la protection accordée par la directive.

(57) Les personnes ou organisations considérées, selon la législation nationale, comme ayant un intérêt légitime à protéger les droits contractuels des consommateurs doivent disposer de voies de recours pour engager une action, soit devant un tribunal, soit auprès d'une autorité administrative compétente pour statuer sur les plaintes ou pour engager une action en justice appropriée.

(58) Il est nécessaire que les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions de la présente directive et veillent à leur application. Ces sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

(59) Le consommateur ne doit pas être privé de la protection accordée par la présente directive. Si le droit applicable au contrat est celui d'un pays tiers, le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) doit s'appliquer afin de déterminer si le consommateur continue de bénéficier de la protection garantie par la présente directive.

(60) La Commission européenne déterminera le moyen le mieux à même de garantir que tous les consommateurs soient informés de leurs droits sur le lieu de vente.

(61) Étant donné que la vente forcée, qui consiste à fournir de manière non sollicitée des biens ou des services au consommateur, est interdite par 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 relative aux pratiques commerciales déloyales»)¹¹, mais qu'aucun recours contractuel n'est prévu à cet effet, il est nécessaire d'introduire dans la présente directive un recours contractuel dispensant le consommateur de tout paiement en cas de fourniture non demandée.

(62) La directive 2002/58/CE réglemente déjà les communications non sollicitées et assure un niveau élevé de protection des consommateurs. Il y a donc lieu de supprimer les dispositions portant sur cette question à l'article 10 de la directive 97/7/CE.

(63) Il conviendra de réexaminer la présente directive si des entraves au marché intérieur venaient à être identifiées. Ce réexamen pourrait donner lieu à une proposition de la Commission visant à modifier la présente directive, qui pourrait comporter une modification d'autres législations en matière de protection des consommateurs, reflétant ainsi l'engagement pris par la Commission dans le cadre de sa stratégie pour la politique des consommateurs de réviser l'acquis existant afin d'atteindre un niveau commun élevé de protection des consommateurs.

(64) Il convient d'abroger les directives 85/577/CEE, 93/13/CEE et 97/7/CE et la directive

1999/44/CE.

(65) Étant donné que les objectifs de la présente directive ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les États membres et qu'ils peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité énoncé dans le même article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour éliminer les entraves au marché intérieur et atteindre un niveau commun élevé de protection des consommateurs.

(66) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,

ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

Chapitre I

Objet, définitions et champ d'application

Article premier

Objet

L'objectif de la présente directive est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en rapprochant certains aspects des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux contrats entre les consommateurs et les professionnels.

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par:

(1) «consommateur»: toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale;

(2) «professionnel»: toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel;

(3) «contrat de vente»: tout contrat ayant pour objet la vente de biens au consommateur par le professionnel, y compris les contrats à objet mixte portant à la fois sur des biens et des services;

(4) «bien»: tout objet mobilier corporel, sauf:

a) les biens vendus sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice;

b) l'eau et le gaz lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée;

c) l'électricité;

(5) «contrat de service»: tout contrat autre qu'un contrat de vente au titre duquel un service est fourni par le professionnel au consommateur;

(6) «contrat à distance»: tout contrat de vente ou de service pour la conclusion duquel le professionnel recourt exclusivement à une ou plusieurs techniques de communication à distance;

(7) «technique de communication à distance»: tout moyen qui, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties;

(8) «contrat hors établissement»:

a) tout contrat de vente ou de service conclu en dehors d'un établissement commercial en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur ou tout contrat de vente ou de service ayant fait l'objet d'une offre du consommateur dans les mêmes conditions; ou

b) tout contrat de vente ou de service conclu dans un établissement commercial, mais qui a été négocié en dehors d'un établissement commercial en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur;

(9) «établissement commercial»

a) tout site commercial meuble ou immeuble, y compris saisonnier, où le professionnel exerce son activité en permanence; ou

b) tout étal dans un marché ou stand dans une foire où le professionnel exerce son activité de manière régulière ou temporaire;

(10) «support durable»: tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y

reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées;

(11) «bon de commande»: un instrument contenant les clauses contractuelles et destiné à être signé par le consommateur en vue de la conclusion d'un contrat hors établissement;

(12) «produit»: tout bien ou service, y compris les biens, obligations et droits immobiliers;

(13) «service financier»: tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements;

(14) «diligence professionnelle»: le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité;

(15) «enchère»: une méthode de vente selon laquelle le professionnel propose un bien ou un service par le moyen d'une procédure de mise en concurrence, faisant éventuellement intervenir des techniques de communication à distance, et au terme de laquelle le plus offrant est tenu d'acquiescer ledit bien ou service. Une transaction conclue sur la base d'une offre à prix fixe, même lorsque le consommateur a la possibilité de la conclure par l'intermédiaire d'une procédure d'appel d'offres, n'est pas une enchère;

(16) «enchère publique»: une méthode de vente selon laquelle le professionnel propose un bien au moyen d'une procédure de mise en concurrence dirigée par un commissaire-priseur, à laquelle assistent ou peuvent assister les consommateurs, et au terme de laquelle le plus offrant est tenu d'acquiescer ledit bien;

(17) «producteur»: le fabricant d'un bien, l'importateur d'un bien sur le territoire de la Communauté ou toute personne qui se présente comme producteur en apposant sur le bien son nom, sa marque ou un autre signe distinctif;

(18) «garantie commerciale»: tout engagement du professionnel ou du producteur (le «garant») à l'égard du consommateur en vue du remboursement du prix d'achat, du remplacement du bien ou de la prestation de tout autre service en relation avec le bien si ce dernier ne répond pas aux spécifications énoncées dans la déclaration de garantie ou dans la publicité correspondante faite au moment de la conclusion du contrat ou avant celle-ci;

(19) «intermédiaire»: un professionnel qui conclut le contrat au nom ou pour le compte du consommateur;

(20) «contrat accessoire»: un contrat au titre duquel le consommateur acquiert des biens ou services afférents à un contrat à distance ou à un contrat hors établissement, ces biens ou services étant fournis par le professionnel ou un tiers sur la base d'un accord conclu entre ce dernier et le professionnel.

Article 3

Champ d'application

1. La présente directive s'applique, dans les conditions et dans la mesure prévues par ses dispositions, aux contrats de vente et aux contrats de service conclus entre le professionnel et le consommateur.

2. La présente directive ne s'applique aux services financiers qu'à l'égard de certains contrats hors établissement visés aux articles 8 à 20, des clauses contractuelles abusives visées aux articles 30 à 39 et des dispositions générales visées aux articles 40 à 46, lus conjointement avec l'article 4 sur l'harmonisation complète.

3. Seuls les articles 30 à 39 sur les droits des consommateurs concernant les clauses contractuelles abusives, lus conjointement avec l'article 4 sur l'harmonisation complète, s'appliquent aux contrats relevant du champ d'application de la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil¹² et de la directive 90/314/CEE du Conseil¹³.

4. Les articles 5, 7, 9 et 11 s'appliquent sans préjudice des dispositions relatives aux obligations d'information établies par la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil.

Article 4

Harmonisation complète

Les États membres ne peuvent maintenir ou introduire dans leur droit national des dispositions divergeant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau de protection des consommateurs différent.

Chapitre II

Information des consommateurs

Article 5

Obligations d'information générales

1. Avant la conclusion de tout contrat de vente ou de service, le professionnel est tenu de fournir au consommateur les informations suivantes, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte:
 - a) les caractéristiques principales du produit, dans la mesure appropriée au support de communication utilisé et au produit concerné;
 - b) l'adresse géographique et l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale, et, s'il y a lieu, l'adresse géographique et l'identité du professionnel pour le compte duquel il agit;
 - c) le prix toutes taxes comprises ou, lorsque le prix ne peut raisonnablement être calculé à l'avance du fait de la nature du produit, le mode de calcul du prix et, s'il y a lieu, tous les frais d'affranchissement ou, lorsque ces frais ne peuvent raisonnablement être calculés à l'avance, la mention que ces frais peuvent être exigibles;
 - d) les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, si elles diffèrent des exigences de la diligence professionnelle;
 - e) l'existence d'un droit de rétractation, le cas échéant;
 - f) l'existence d'un service après-vente et de garanties commerciales, le cas échéant, ainsi que les conditions y afférentes;
 - g) la durée du contrat, s'il y a lieu, ou, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, les conditions de résiliation du contrat;
 - h) la durée minimale des obligations du consommateur au titre du contrat, s'il y a lieu;
 - i) l'obligation pour le consommateur de payer ou de fournir une caution ou d'autres garanties financières à la demande du professionnel, ainsi que les conditions y afférentes.
2. Dans le cas d'une enchère publique, les informations visées au paragraphe 1, point b), peuvent être remplacées par l'adresse géographique et l'identité du commissaire-priseur.
3. Les informations visées au paragraphe 1 font partie intégrante du contrat de vente ou de service.

Article 6

Défaut d'information

1. Si le professionnel ne respecte pas l'obligation d'information relative aux frais supplémentaires visés à l'article 5, paragraphe 1, point c), le consommateur n'est pas tenu de payer ces frais.
2. Sans préjudice des dispositions de l'article 7, paragraphe 2, de l'article 13 et de l'article 42, les sanctions pour toute infraction à l'article 5 sont déterminées conformément à la législation nationale applicable. Les États membres prévoient, dans le droit national des contrats, des recours efficaces pour toute infraction à l'article 5.

Article 7

Obligations d'information spécifiques applicables aux intermédiaires

1. Avant la conclusion du contrat, l'intermédiaire indique au consommateur qu'il agit au nom ou pour le compte d'un autre consommateur, et que le contrat conclu n'est pas à considérer comme un contrat entre le consommateur et le professionnel, mais comme un contrat entre deux consommateurs qui, à ce titre, ne relève pas du champ d'application de la présente directive.
2. L'intermédiaire qui ne respecte pas l'obligation visée au paragraphe 1 est réputé avoir conclu le contrat en son nom propre.
3. Le présent article ne s'applique pas aux enchères publiques.

Chapitre III

Information des consommateurs et droit de rétractation pour les contrats à distance et les contrats hors établissement

Article 8

Champ d'application

Le présent chapitre s'applique aux contrats à distance et aux contrats hors établissement.

Article 9

Obligations d'information concernant les contrats à distance et les contrats hors établissement

Pour les contrats à distance et les contrats hors établissement, le professionnel fournit les informations suivantes, qui font partie intégrante du contrat:

- a) les informations visées aux articles 5 et 7 et en tout état de cause, par dérogation à l'article 5, paragraphe 1, point d), les modalités de paiement, de livraison et d'exécution;
- b) lorsqu'un droit de rétractation s'applique, les conditions et les modalités d'exercice de ce droit conformément à l'annexe I;
- c) si elle diffère de l'adresse géographique du professionnel, l'adresse géographique du siège commercial du professionnel (et, s'il y a lieu, celle du professionnel pour le compte duquel il agit) à laquelle le consommateur peut adresser une éventuelle réclamation;
- d) les codes de conduite existants et, le cas échéant, les modalités d'obtention de ces codes;
- e) la possibilité de recourir à un règlement amiable des litiges, s'il y a lieu;
- f) le fait que le contrat est conclu avec un professionnel et, par suite, que le consommateur bénéficie de la protection prévue par la présente directive.

Article 10

Obligations formelles concernant les contrats hors établissement

1. S'agissant des contrats hors établissement, les informations prévues à l'article 9 doivent figurer lisiblement dans le bon de commande, dans un langage clair et compréhensible. Le bon de commande doit contenir le formulaire standard de rétractation présenté à l'annexe I, partie B.
2. Un contrat hors établissement n'est valable que si le consommateur signe un bon de commande et, lorsque ce dernier n'est pas sur papier, s'il reçoit une copie du bon de commande sur un autre support durable.
3. Les États membres s'abstiennent d'imposer toute exigence formelle autre que celles prévues aux paragraphes 1 et 2.

Article 11

Obligations formelles concernant les contrats à distance

1. En ce qui concerne les contrats à distance, les informations prévues à l'article 9, point a), sont fournies au consommateur ou mises à sa disposition avant la conclusion du contrat, de manière lisible, dans un langage clair et compréhensible, et sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisé.
2. Lorsque le professionnel contacte par téléphone le consommateur en vue de conclure un contrat à distance, il est tenu de décliner son identité et d'indiquer la nature commerciale de l'appel dès le début de la conversation téléphonique.
3. Lorsque le support utilisé aux fins de la conclusion du contrat impose des contraintes d'espace ou de temps pour la présentation des informations, le professionnel fournit au moins, sur le support en question et avant la conclusion du contrat, les informations concernant les principales caractéristiques du produit et le prix visées à l'article 5, paragraphe 1, points a) et c). Le professionnel fournit les autres informations visées aux articles 5 et 7 au consommateur sous une forme adaptée conformément au paragraphe 1.
4. Le consommateur reçoit confirmation de toutes les informations visées à l'article 9, points a) à f), sur un support durable et dans un délai raisonnable après la conclusion d'un contrat à distance, au plus tard au moment de la livraison du bien ou du début de l'exécution du service, sauf si ces informations ont déjà été fournies au consommateur sur un support durable avant la conclusion du contrat à distance.
5. Les États membres s'abstiennent d'imposer toute exigence formelle autre que celles prévues aux paragraphes 1 à 4.

Article 12

Durée et début du délai de rétractation

1. Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour se rétracter d'un contrat à distance ou d'un contrat hors établissement sans avoir à motiver sa décision.
2. Dans le cas d'un contrat hors établissement, le délai de rétractation commence à courir lorsque le consommateur signe le bon de commande ou, si ce dernier n'est pas sur papier, lorsqu'il reçoit une copie du bon de commande sur un autre support durable.
Dans le cas d'un contrat à distance portant sur la vente de biens, le délai de rétractation commence à courir le jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend matériellement possession de chacun des biens commandés.
Pour un contrat à distance portant sur la prestation de services, le délai de rétractation commence à courir le jour de la conclusion du contrat.
3. Le délai visé au paragraphe 1 est respecté si la communication relative à l'exercice du droit de rétractation est transmise par le consommateur avant l'expiration dudit délai.
4. Les États membres s'abstiennent d'interdire aux parties d'exécuter leurs obligations

contractuelles pendant le délai de rétractation.

Article 13

Défaut d'information sur le droit de rétractation

Si le professionnel omet d'informer le consommateur de son droit de rétractation en violation de l'article 9, point b), de l'article 10, paragraphe 1, et de l'article 11, paragraphe 4, le délai de rétractation expire trois mois après que le professionnel a complètement exécuté ses autres obligations contractuelles.

Article 14

Exercice du droit de rétractation

1. Le consommateur informe le professionnel de sa décision de rétractation en lui adressant sur un support durable soit une déclaration rédigée dans ses propres termes, soit le formulaire standard figurant à l'annexe I, partie B.

Les États membres s'abstiennent de prévoir toute autre exigence formelle applicable à ce formulaire de rétractation standard.

2. Pour les contrats à distance conclus par le biais de l'internet, le professionnel peut donner au consommateur, en plus des possibilités visées au paragraphe 1, la faculté de remplir et de transmettre le formulaire de rétractation standard en ligne, sur le site web du professionnel. Le cas échéant, le professionnel envoie sans délai au consommateur un courrier électronique accusant réception de la rétractation.

Article 15

Effets de la rétractation

L'exercice du droit de rétractation a pour effet l'extinction de l'obligation des parties:

- a) d'exécuter le contrat à distance ou le contrat hors établissement, ou
- b) de conclure un contrat hors établissement, dans les cas où le consommateur a fait une offre.

Article 16

Obligations du professionnel en cas de rétractation

1. Le professionnel rembourse tout paiement reçu de la part du consommateur dans les trente jours suivant la date de réception de la communication de la rétractation.

2. Concernant les contrats de vente, le professionnel peut différer le remboursement jusqu'à réception ou récupération des biens, ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni une preuve d'expédition des biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits.

Article 17

Obligations du consommateur en cas de rétractation

1. Lorsque, dans le cadre d'un contrat de vente, la possession matérielle des biens a été transférée au consommateur ou, à sa demande, à un tiers avant expiration du délai de rétractation, le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours suivant la communication de sa rétractation au professionnel pour renvoyer ou rendre les biens au professionnel ou à une personne habilitée par ce dernier à les réceptionner, sauf si le professionnel propose de récupérer lui-même ces biens.

Le consommateur supporte uniquement les coûts directs engendrés par le renvoi des biens, sauf si le professionnel accepte de prendre ces coûts à sa charge.

2. La responsabilité du consommateur n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation de biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour s'assurer de la nature et du bon fonctionnement de ces biens. Le consommateur n'est pas responsable de la dépréciation des biens lorsque le professionnel a omis de l'informer de son droit de rétractation conformément à l'article 9, point b). Pour les contrats de service soumis à un droit de rétractation, le consommateur n'est redevable d'aucun coût pour des services exécutés, en tout ou partie, pendant le délai de rétractation.

Article 18

Effets de l'exercice du droit de rétractation sur les contrats accessoires

1. Sans préjudice de l'article 15 de la directive 2008/48/CE, l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation d'un contrat à distance ou d'un contrat hors établissement conformément aux articles 12 à 17 a pour effet la résiliation automatique de tout contrat accessoire, sans frais pour le consommateur.

2. Les États membres déterminent les modalités de résiliation de ces contrats.

Article 19

Exceptions au droit de rétractation

1. Pour ce qui est des contrats à distance, le droit de rétractation n'est pas applicable:

- a) aux services dont l'exécution a commencé, avec l'accord préalable exprès du consommateur, avant l'expiration du délai de quatorze jours visé à l'article 12;
- b) à la fourniture de biens ou de services dont le prix dépend de fluctuations du marché financier échappant au contrôle du professionnel;
- c) à la fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur, nettement personnalisés ou susceptibles de se détériorer ou de se périmenter rapidement;
- d) à la fourniture de vin dont le prix a été convenu au moment de la conclusion du contrat de vente, dont la livraison ne peut être effectuée avant expiration du délai visé à l'article 22, paragraphe 1, et dont la valeur réelle dépend de fluctuations du marché échappant au contrôle du professionnel;
- e) à la fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques scellés et qui ont été descellés par le consommateur;
- f) à la fourniture de journaux, de périodiques et de magazines;
- g) aux services de jeux et de loteries;
- h) aux contrats conclus lors d'une enchère.

2. Pour ce qui est des contrats hors établissement, le droit de rétractation n'est pas applicable:

- a) aux contrats portant sur la fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante qui ont été choisis au préalable par le consommateur à l'aide d'une technique de communication à distance et livrés physiquement au domicile, au lieu de résidence ou de travail du consommateur par un professionnel qui vend habituellement ces biens dans ses locaux commerciaux;
- b) aux contrats dont le consommateur a demandé l'exécution immédiate par le professionnel pour répondre à un cas d'urgence; si, à cette occasion, le professionnel fournit ou vend des services ou biens autres que ceux qui sont strictement nécessaires pour répondre à l'urgence immédiate, le droit de rétractation s'applique à ces services ou biens;
- c) aux contrats dans le cadre desquels le consommateur a spécifiquement demandé au professionnel, à l'aide d'une technique de communication à distance, de se rendre à son domicile pour effectuer des travaux de réparation ou d'entretien sur sa propriété; si, à cette occasion, le professionnel fournit des services venant s'ajouter à ceux spécifiquement requis par le consommateur ou des biens autres que les pièces de rechange indispensables aux travaux d'entretien ou de réparation, le droit de rétractation s'applique à ces services ou biens supplémentaires.

3. Les parties peuvent convenir de ne pas appliquer les paragraphes 1 et 2.

Article 20

Contrats à distance et contrats hors établissement exclus

1. Les articles 8 à 19 ne sont pas applicables aux contrats à distance et aux contrats hors établissement:

- a) portant sur la vente de biens immobiliers ou sur d'autres droits relatifs à des biens immobiliers, à l'exception des contrats concernant la location et les travaux relatifs à des biens immobiliers;
- b) conclus par le moyen de distributeurs automatiques ou de sites commerciaux automatisés;
- c) conclus avec des opérateurs de télécommunication par le moyen de cabines téléphoniques publiques aux fins de l'utilisation de ces dernières;
- d) portant sur la fourniture de denrées alimentaires ou de boissons par un professionnel lors de tournées fréquentes et régulières à proximité de son établissement commercial.

2. Les articles 8 à 19 ne sont pas applicables aux contrats hors établissement relatifs:

- a) aux assurances;
- b) aux services financiers dont le prix dépend de fluctuations du marché financier sur lesquelles le professionnel n'a aucune influence, qui sont susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation, tels qu'établis à l'article 6, paragraphe 2, point a), de la directive 2002/65/CE; et
- c) aux crédits relevant du champ d'application de la directive 2008/48/CE.

3. Les articles 8 à 19 ne sont pas applicables aux contrats à distance portant sur la prestation de services d'hébergement, de transport, de location de voitures, de restauration ou de loisirs lorsque ces contrats prévoient une date ou une période d'exécution spécifique.

Chapitre IV

Autres droits des consommateurs spécifiques aux contrats de vente

Article 21

Champ d'application

1. Le présent chapitre s'applique aux contrats de vente. Sans préjudice de l'article 24, paragraphe 5, lorsque le contrat est un contrat à objet mixte portant à la fois sur des biens et des services, le présent chapitre ne s'applique qu'aux biens.
2. Le présent chapitre est également applicable à la fourniture de biens à fabriquer ou à produire.
3. Il ne s'applique pas aux pièces de rechange utilisées par le professionnel pour remédier à la non-conformité des biens par le moyen d'une réparation en vertu de l'article 26.
4. Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer les dispositions du présent chapitre à la vente de biens d'occasion lors d'enchères publiques.

Article 22

Livraison

1. Sauf accord contraire entre les parties, le professionnel livre les biens en transférant la possession matérielle au consommateur, ou à un tiers autre que le transporteur désigné par le consommateur, dans un délai maximum de trente jours à compter de la date de conclusion du contrat.
2. En cas de manquement du professionnel à l'obligation de livraison, le consommateur peut prétendre au remboursement de toute somme payée dans les sept jours suivant la date de livraison prévue au paragraphe 1.

Article 23

Transfert du risque

1. Le risque de perte ou d'endommagement des biens est transféré au consommateur lorsque ce dernier, ou un tiers autre que le transporteur désigné par le consommateur, prend matériellement possession de ces biens.
2. Le risque visé au paragraphe 1 est transféré au consommateur au moment de la livraison, tel que convenu par les parties, si le consommateur ou un tiers autre que le transporteur désigné par le consommateur ne prend pas les mesures raisonnablement requises aux fins de la prise de possession matérielle des biens.

Article 24

Conformité au contrat

1. Le professionnel est tenu de livrer des biens conformes au contrat de vente.
2. Les biens livrés sont présumés conformes au contrat s'ils satisfont aux conditions suivantes:
 - a) ils correspondent à la description donnée par le vendeur et possèdent les qualités du bien que le professionnel a présenté sous forme d'échantillon ou modèle au consommateur;
 - b) ils sont propres à tout usage spécial recherché par le consommateur, que celui-ci a porté à la connaissance du professionnel au moment de la conclusion du contrat et que le professionnel a accepté;
 - c) ils sont propres aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type; ou
 - d) ils présentent la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature des biens et compte tenu de toute déclaration publique faite sur les caractéristiques concrètes des biens par le professionnel, par le producteur ou par son représentant, notamment par le biais de la publicité ou de l'étiquetage.
3. Il n'y a pas défaut de conformité au sens du présent article si, au moment de la conclusion du contrat, le consommateur connaissait ou aurait raisonnablement dû connaître le défaut de conformité, ou si ce dernier a son origine dans les matériaux fournis par le consommateur.
4. Le professionnel n'est pas tenu par les déclarations publiques visées au paragraphe 2, point d), s'il démontre l'existence de l'une des circonstances suivantes:
 - a) il ne connaissait pas, et n'était pas raisonnablement en mesure de connaître, la déclaration en cause;
 - b) la déclaration en cause avait été rectifiée au moment de la conclusion du contrat;
 - c) la décision d'acheter le bien n'a pas pu être influencée par la déclaration.
5. Tout défaut de conformité qui résulte d'une mauvaise installation du bien est réputé constituer un défaut de conformité du bien si l'installation fait partie du contrat de vente et qu'elle a été effectuée par le professionnel ou sous sa responsabilité. Cette disposition s'applique également lorsque le bien, dont l'installation incombe au consommateur, est installé par ce dernier et que la mauvaise installation est due à une erreur dans les instructions de montage.

Article 25

Garantie légale – Responsabilité pour défaut de conformité

Le professionnel répond vis-à-vis du consommateur de tout défaut de conformité qui existe au moment du transfert du risque au consommateur.

Article 26

Recours en cas de défaut de conformité

1. En vertu des dispositions établies aux paragraphes 2 à 5, le consommateur peut prétendre, en cas de non-conformité d'un bien au contrat:

- a) à la mise en défaut de conformité par voie de réparation ou de remplacement;
- b) à une réduction du prix;
- c) à la résolution du contrat.

2. Le professionnel remédie au défaut de conformité, au choix, par voie de réparation ou de remplacement.

3. Si le professionnel démontre que la correction du défaut de conformité par réparation ou par remplacement est illicite, impossible ou qu'elle lui imposerait un effort disproportionné, le consommateur peut opter pour une réduction du prix ou pour la résolution du contrat. L'effort d'un professionnel est disproportionné s'il lui impose des coûts excessifs en comparaison d'une réduction du prix ou de la résolution du contrat, eu égard à la valeur du bien en l'absence d'un défaut de conformité et à l'importance du défaut de conformité.

Le consommateur ne peut prétendre à la résolution du contrat pour un défaut de conformité mineur.

4. Le consommateur peut prétendre à tout recours visé au paragraphe 1 dans l'un des cas suivants:

- a) le professionnel a refusé implicitement ou explicitement de remédier au défaut de conformité;
- b) le professionnel n'a pas remédié au défaut de conformité dans un délai raisonnable;
- c) le professionnel a tenté de remédier au défaut de conformité, en causant un inconvénient majeur pour le consommateur;
- d) le même défaut est réapparu plusieurs fois en peu de temps.

5. L'inconvénient majeur pour le consommateur et le délai raisonnable nécessaire au professionnel pour remédier au défaut de conformité sont appréciés au regard de la nature du bien et de l'usage auquel le consommateur destine le bien, au sens de l'article 24, paragraphe 2, point b).

Article 27

Coûts et indemnités

1. Le consommateur peut prétendre à ce qu'il soit remédié au défaut de conformité à titre gratuit.

2. Sans préjudice des dispositions du présent chapitre, le consommateur peut demander à être indemnisé de toute perte n'ayant pas fait l'objet d'un dédommagement conformément à l'article 26.

Article 28

Délais et charge de la preuve

1. La responsabilité du professionnel est engagée en vertu de l'article 25 lorsque le défaut de conformité apparaît dans un délai de deux ans à compter du transfert du risque au consommateur.

2. Si le professionnel a remédié au défaut de conformité par voie de remplacement, il est responsable en vertu de l'article 25 lorsque le défaut apparaît dans un délai de deux ans à compter du moment où le consommateur ou un tiers désigné par celui-ci a matériellement pris possession du bien reçu en remplacement.

3. Pour les biens d'occasion, le professionnel et le consommateur peuvent convenir d'une durée de responsabilité plus courte, dont la durée ne peut toutefois être inférieure à un an.

4. Afin de faire valoir ses droits au titre de l'article 25, le consommateur informe le professionnel du défaut de conformité dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il l'a constaté.

5. Sauf preuve du contraire, tout défaut de conformité qui apparaît dans les six mois suivant le transfert du risque au consommateur est présumé exister au moment du transfert, sous réserve d'incompatibilité de cette présomption avec la nature du bien et la nature du défaut de conformité.

Article 29

Garanties commerciales

1. Une garantie commerciale lie juridiquement le garant conformément aux conditions établies dans la déclaration de garantie. En l'absence d'une déclaration de garantie, la garantie

commerciale est juridiquement contraignante conformément aux conditions établies dans la publicité y afférente.

2. La déclaration de garantie doit être rédigée de manière claire, compréhensible et lisible. Elle comprend les éléments suivants:

- a) les droits légaux du consommateur, tels qu'établis à l'article 26, et une déclaration explicite indiquant que la garantie commerciale est sans effet sur ces droits;
- b) la description de la teneur de la garantie commerciale et des modalités de recours, notamment la durée et le champ d'application territorial de la garantie, ainsi que le nom et l'adresse du garant;
- c) sans préjudice des articles 32 et 35, ainsi que de l'annexe III, paragraphe 1, point j), la mention, s'il y a lieu, selon laquelle la garantie commerciale ne peut être transférée à un acquéreur ultérieur.

3. Si le consommateur le demande, le professionnel lui fournit la déclaration de garantie sur un support durable.

4. Le non-respect du paragraphe 2 ou 3 est sans effet sur la validité de la garantie.

Chapitre V

Droits des consommateurs concernant les clauses contractuelles

Article 30

Champ d'application

1. Le présent chapitre s'applique aux clauses contractuelles rédigées par avance par le professionnel ou un tiers et que le consommateur a acceptées sans avoir la possibilité d'influer sur leur teneur, en particulier lorsque ces clauses font partie d'un contrat d'adhésion.

2. Le fait que le consommateur ait eu la possibilité d'influer sur la teneur de certains éléments d'une clause ou d'une clause isolée n'exclut pas l'application du présent chapitre aux autres clauses constitutives du contrat.

3. Le présent chapitre ne s'applique pas aux clauses contractuelles découlant de dispositions légales ou réglementaires impératives conformes au droit communautaire, ainsi que de dispositions ou de principes de conventions internationales auxquelles la Communauté ou les États membres sont parties.

Article 31

Obligation de transparence des clauses contractuelles

1. Les clauses contractuelles doivent être exprimées dans un langage clair et compréhensible et elles doivent être lisibles.

2. Les clauses contractuelles doivent être mises à la disposition du consommateur de manière à lui donner effectivement la possibilité d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat, en tenant dûment compte de la technique de communication utilisée.

3. Le professionnel doit obtenir l'assentiment exprès du consommateur à tout paiement en sus de la rémunération prévue au titre de l'obligation contractuelle principale du professionnel. Si le professionnel n'a pas obtenu l'assentiment exprès du consommateur, mais qu'il l'a déduit en ayant recours à des options par défaut que le consommateur doit rejeter pour éviter le paiement supplémentaire, le consommateur peut prétendre au remboursement de ce paiement.

4. Les États membres s'abstiennent d'imposer de quelconques exigences formelles concernant le libellé des clauses contractuelles ou la façon dont ces dernières sont mises à la disposition du consommateur.

Article 32

Principes généraux

1. Lorsqu'une clause contractuelle n'est pas incluse dans l'annexe II ou III, les États membres veillent à ce qu'elle soit réputée abusive si, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.

2. Sans préjudice des articles 34 et 38, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature du produit objet du contrat et eu égard, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat, ainsi qu'à toutes les autres clauses de ce contrat ou d'un autre contrat dont il dépend. Lors de l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle, l'autorité nationale compétente prend également en considération la manière dont le contrat a été rédigé et transmis au consommateur par le professionnel au regard de l'article 31.

3. Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas à l'appréciation de l'objet principal du contrat ou du

caractère adéquat de la rémunération prévue au titre de l'obligation contractuelle principale du professionnel, sous réserve que ce dernier respecte pleinement les dispositions de l'article 31.

Article 33

Charge de la preuve

Si le professionnel prétend qu'une clause contractuelle a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe.

Article 34

Clauses réputées abusives en toutes circonstances

Les États membres veillent à ce que les clauses contractuelles répertoriées à l'annexe II soient considérées comme abusives en toutes circonstances. Cette liste de clauses contractuelles s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée que conformément à l'article 39, paragraphe 2, et à l'article 40.

Article 35

Clauses présumées abusives

Les États membres veillent à ce que les clauses contractuelles répertoriées au point 1 de l'annexe III soient considérées comme abusives, sauf si le professionnel démontre, au regard de l'article 32, qu'elles ne le sont pas. Cette liste de clauses contractuelles s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée que conformément à l'article 39, paragraphe 2, et à l'article 40.

Article 36

Interprétation de clauses

1. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut.
2. Le présent article n'est pas applicable dans le cadre des procédures établies à l'article 38, paragraphe 2.

Article 37

Effets des clauses contractuelles abusives

Les clauses contractuelles abusives ne lient pas le consommateur. Le contrat continue de lier les parties s'il peut rester en vigueur sans les clauses abusives.

Article 38

Mesures d'exécution relatives aux clauses contractuelles abusives

1. Les États membres veillent à ce qu'il existe, dans l'intérêt des consommateurs et des professionnels concurrents, des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs.
2. En particulier, les personnes ou les organisations qui, en vertu de la législation nationale, ont un intérêt légitime à protéger les consommateurs, doivent pouvoir saisir les tribunaux ou les autorités administratives en vue de statuer sur le caractère abusif de clauses contractuelles rédigées en vue d'une utilisation généralisée.
3. Les États membres habilite les tribunaux ou les autorités administratives à mettre en œuvre des moyens adéquats et efficaces pour empêcher que les professionnels continuent d'utiliser des clauses jugées abusives.
4. Les États membres veillent à ce que les recours visés aux paragraphes 2 et 3 puissent être engagés séparément ou conjointement, selon le droit procédural national, à l'encontre de plusieurs professionnels d'un même secteur économique ou de leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales ou de clauses similaires.

Article 39

Révision des clauses figurant à l'annexe II et l'annexe III

1. Les États membres notifient à la Commission les clauses jugées abusives par leurs autorités nationales compétentes et qu'ils estiment pertinentes aux fins de la modification de la présente directive conformément au paragraphe 2.
2. Au regard des notifications reçues en application du paragraphe 1, la Commission modifie les annexes II et III. Ces mesures destinées à modifier des éléments non essentiels de la présente directive sont arrêtées conformément à la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 40, paragraphe 2.

Chapitre VI

Dispositions générales

Article 40

Le comité

1. La Commission est assistée par le comité sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (ci-après «le comité»).

2. Dans le cas où il est fait référence au présent paragraphe, l'article 5 *bis*, paragraphes 1 à 4, et l'article 7 de la décision 1999/468/CE¹⁷ s'appliquent, dans le respect des dispositions de l'article 8 de celle-ci.

Article 41

Exécution

1. Les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour faire respecter les dispositions de la présente directive.

2. Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à un ou plusieurs des organismes ci-après, tels que déterminés par la législation nationale, de saisir en vertu du droit national les tribunaux ou les organes administratifs compétents pour faire appliquer les dispositions nationales destinées à la mise en œuvre de la présente directive:

- a) les organismes publics ou leurs représentants;
- b) les organisations de consommateurs ayant un intérêt légitime à protéger les consommateurs;
- c) les organisations professionnelles ayant un intérêt légitime à agir.

Article 42

Sanctions

1. Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en œuvre de celles-ci. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

2. Les États membres notifient ces dispositions à la Commission au plus tard à la date mentionnée à l'article 46 et toute modification ultérieure les concernant dans les meilleurs délais.

Article 43

Caractère impératif de la directive

Si le droit applicable au contrat est le droit d'un État membre, le consommateur ne peut renoncer aux droits qui lui sont conférés par la présente directive.

Article 44

Information

Les États membres prennent les mesures appropriées pour informer les consommateurs des dispositions de droit national qui transposent la présente directive et incitent, s'il y a lieu, les professionnels et les propriétaires de codes à faire connaître leurs codes de conduite aux consommateurs.

Article 45

Vente forcée

Le consommateur ne peut être tenu de s'acquitter d'un quelconque paiement en cas de fourniture non demandée d'un produit, en violation de l'article 5, paragraphe 5, et du point 29 de l'annexe I de la directive 2005/29/CE. L'absence de réponse du consommateur dans un tel cas de fourniture non demandée ne vaut pas consentement.

Article 46

Transposition

1. Les États membres adoptent et publient, au plus tard [dix-huit mois après son entrée en vigueur], les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions, ainsi qu'un tableau de correspondance entre ces dispositions et la présente directive.

Ils appliquent ces dispositions [deux ans après l'entrée en vigueur de la directive].

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine couvert par la présente directive.

Chapitre VII

Dispositions finales

*Article 47**Abrogations*

Les directives 85/577/CEE, 93/13/CEE et 97/7/CE, ainsi que la directive 1999/44/CE, telle que modifiée par les directives répertoriées à l'annexe IV, sont abrogées.

Les références aux directives abrogées s'entendent comme faites à la présente directive et sont à lire selon le tableau de correspondance figurant à l'annexe V.

*Article 48**Réexamen*

La Commission réexamine la présente directive et fait rapport au Parlement européen et au Conseil au plus tard le [insérer la date fixée à l'article 46, paragraphe 1, deuxième alinéa + cinq ans].

Elle formule, s'il y a lieu, des propositions en vue d'adapter la présente directive à l'évolution du domaine concerné. La Commission peut demander aux États membres de lui fournir des informations.

Article 49 Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Article 50 Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le *Par le Parlement européen Par le Conseil*

*première Illustration: les clauses abusives à
l'épreuve de la proposition de directive cadre*

**Les clauses abusives à l'épreuve de la proposition de la directive cadre sur les droits des
consommateurs du 8 octobre 2008,**

Natacha Sauphanor-Brouillaud, professeur à l'Université de Versailles St-Quentin-en-
Yvelines

Plan de l'intervention :

Introduction

I/ La mise à l'épreuve quant au champ d'application de la suppression des clauses abusives

A) Quant aux clauses négociées

B) Quant aux clauses d'origine réglementaire

II/ La mise à l'épreuve quant aux listes de clauses abusives

A) Quant au contenu des listes

B) Quant à l'harmonisation des listes

*

Contenu de l'intervention

Introduction

Depuis le décret du 18 mars 2009, le droit français des clauses abusives et la proposition de directive cadre sur les droits des consommateurs du 8 octobre 2008 présentent une architecture similaire. On pourrait la comparer à un immeuble à trois étages. Mais au sein de chaque étage, les appartements français et européens ne sont pas meublés à l'identique !

Dans les deux systèmes, français et européens, figure en effet au « premier étage » une liste de clauses présumées abusives de façon irréfragable ; ce sont les clauses noires. Au deuxième étage, s'inscrit une liste de clauses présumées abusives de façon simple, c'est-à-dire sous réserve de preuve contraire apportée par le professionnel. Ce sont les clauses grises. Enfin, c'est au troisième étage que l'on trouve la définition générale qui permet au juge de déclarer abusive une clause qui ne figure ni dans la liste noire ni dans la liste grise. A cet égard, le juge est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. C'est ce qu'a jugé la CJCE dans l'arrêt Pannon du 4 juin 2009 ⁽¹⁾. Le juge français trouve dans l'article L 141-4 du Code de la consommation, ce relevé d'office.

La définition générale de la clause abusive retenue par la proposition de directive est déjà en vigueur au plan européen depuis la directive du 5 avril 1993. La clause abusive est celle qui, en dépit de l'exigence de bonne foi, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ⁽²⁾. L'appréciation de l'abus ne peut pas porter sur

¹ CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08.

² COM(2008)614/4, art. 32, pt 1 ; Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, art. 3, pt 1.

l'objet du contrat ou sur le prix sauf en cas de défaut de clarté de la clause ⁽¹⁾. Une harmonisation totale sur la définition générale de la clause abusive ne soulèverait donc pas de difficultés même si aujourd'hui, le Code de la consommation ne comporte pas le critère de la bonne foi. C'est cependant un critère connu du droit français commun des contrats ⁽²⁾. Sur d'autres aspects en revanche, nous allons constater, pour reprendre notre image, que les appartements français et européens ne sont pas meublés à l'identique. Par conséquent, l'harmonisation totale risquerait de préjudicier au droit français. Il semblerait cependant que la Commission européenne soit prête à renoncer sur certains aspects à l'option de l'harmonisation totale ⁽³⁾. Les discussions étant en cours, il importe de mesurer l'impact du degré d'harmonisation quant au champ d'application de la suppression des clauses abusives (I) et quant aux listes de clauses abusives (II).

I/ La mise à l'épreuve quant au champ d'application de la suppression des clauses abusives

S'agissant du champ d'application, l'harmonisation mérite d'être discutée à l'égard de deux types de clauses : les clauses négociées (A) et les clauses d'origine réglementaire (B).

A) Quant aux clauses négociées

Le projet de directive cadre prévoit qu'il « s'applique aux clauses contractuelles rédigées par avance par le professionnel ou un tiers et que le consommateur a acceptées sans avoir la possibilité d'influer sur leur teneur, en particulier lorsque ces clauses font partie d'un contrat d'adhésion » ⁽⁴⁾. Or, le droit français ne fait pas de distinction entre les clauses non négociées et les clauses négociées. La question qui se pose est de savoir si comme on pourrait le penser les clauses négociées ne pourraient être qualifiées d'abusives ou si, comme le laisse entrevoir les discussions au sein de la Commission, le législateur européen n'aurait envisagé dans le champ d'application que les contrats d'adhésion sans pour autant empêcher les législateurs nationaux d'appliquer la législation aux clauses négociées. C'est ce que signifierait la formule « le présent chapitre s'applique ». Cette ambiguïté mériterait d'être levée, surtout si la directive est d'harmonisation totale. En revanche, la formulation de la directive cadre est plus explicite à l'égard d'un autre type de stipulation : les clauses d'origine réglementaire.

B) Quant aux clauses d'origine réglementaire

Alors que la proposition de directive cadre « s'applique aux clauses contractuelles rédigées par avance », elle « ne s'applique pas » aux clauses contractuelles découlant de dispositions légales ou réglementaires impératives conformes au droit communautaire. La directive du 5 avril 1993 avait elle aussi écarté de son champ d'application ces clauses ⁽⁵⁾, ces dispositions étant « censées ne pas contenir de clauses abusives » ⁽⁶⁾. La clause d'harmonisation minimale contenue dans la directive de 1993 avait permis au législateur français de ne pas retenir cette exclusion. Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 juillet 2001, Société des eaux du Nord, le juge administratif applique expressément la législation sur les clauses abusives aux clauses

¹ COM(2008)614/4, art. 32 ; Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, art. 4.

² Article 1134 alinéa 3 du Code civil.

³ Droits des consommateurs : l'harmonisation totale n'est plus une option, Parlement européen, Communiqué de presse, 16 mars 2010.

⁴ COM(2008)614/4, art. 30, pt 1.

⁵ Directive 93/13/CEE, art. 1, pt 2.

⁶ Directive 93/13/CEE, consid. 13.

d'origine réglementaire ⁽¹⁾. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a examiné une clause qui déclarait un usager responsable de toutes les conséquences dommageables pouvant résulter du fonctionnement d'un branchement du service des eaux. Or, ce branchement avait pour particularité d'être situé sous terre et donc d'être inaccessible au client ! Le juge administratif a considéré abusive cette clause qui était pourtant issue du règlement unilatéral de l'exécution du service public de distribution d'eau. Puisque la proposition de directive cadre exclut de son champ d'application les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ⁽²⁾, l'enjeu de l'harmonisation est fondamental quant à la possibilité de juger abusives des clauses du type de celles soumises au Conseil d'Etat. L'enjeu est également de taille quant aux listes de clauses abusives.

II/ La mise à l'épreuve quant aux listes de clauses abusives

Si l'harmonisation totale devait être retenue, les listes noires et grises de la proposition de directive se substituerait à celles du droit français. La liste noire actuellement en discussion à Bruxelles comporte 6 clauses noires. En droit français, ce sont 12 clauses qui sont interdites ⁽³⁾. Le projet de liste grise comporte 17 clauses. En droit français, ce sont 10 clauses qui sont présumées abusives ⁽⁴⁾. La position des institutions européennes semble là aussi évoluer. Il a été indiqué que « de l'avis général, les États membres pourraient conserver leurs propres listes de clauses abusives à condition qu'elles ne présentent pas d'incohérences avec la clause générale et les règles du marché intérieur » ⁽⁵⁾.

Sans passer chaque clause en revue, il suffit d'observer quelques changements de contenu des listes (A) pour mesurer l'impact de la transposition de la directive si l'harmonisation totale des listes devait être finalement retenue (B).

A) Le contenu des listes

S'agissant du contenu des listes, la confrontation mérite d'abord d'être opérée à l'égard des clauses noires.

L'exemple des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité est à cet égard révélateur. En droit français, elles sont purement et simplement interdites ⁽⁶⁾. Dans sa version initiale la directive n'avait interdit que les clauses qui avaient pour objet de limiter ou exclure la responsabilité du professionnel en cas de décès ou de dommage corporel subi par le consommateur ⁽⁷⁾. Le recul de la protection était incontestable. Dans la proposition actuellement en discussion a été ajoutée une nouvelle clause noire. C'est celle qui limite ou exclut la responsabilité pour les dommages aux biens du consommateur causés intentionnellement ou résultant d'une faute lourde du professionnel. L'harmonisation totale conduirait à importer en droit de la consommation la faute lourde et la faute intentionnelle du professionnel. Certes le juge français connaît bien ces notions. Mais précisément il les connaît parce qu'elles cristallisent un contentieux dans le droit commun des relations contractuelles,

¹ CE 11 juill. 2001, Société des eaux du Nord, req. n°221458.

² COM(2008)614/4, art. 30, pt 3.

³ art. R. 132-1 du Code de la consommation.

⁴ art. R. 132-2 du Code de la consommation.

⁵ Parlement européen, Commission du marché intérieur et de la protection du consommateur, document de travail sur la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, COM(2008)614/3 - 2008/0196(COD) - IMCO/6/68476, 3 mars 2010.

⁶ art. R. 132-1, 6° du Code de la consommation.

⁷ COM(2008)614/4, Annexe II a).

jusqu'à présent inconnu en droit de la consommation. L'harmonisation totale entraînerait une complexification au détriment du consommateur.

Par ailleurs, si l'harmonisation totale était retenue les Etats membres ne sauraient faire figurer dans la liste noire, une clause figurant dans la liste grise. C'est ainsi qu'un certain nombre de stipulations aujourd'hui interdites en droit français deviendraient simplement présumées abusives. Le recul de la protection toucherait notamment deux catégories de clauses. La première est celle des clauses qui octroient au professionnel un avantage dépourvu de réciprocité. Il en est ainsi par exemple des stipulations qui contraignent le consommateur à exécuter ses obligations alors que le professionnel pourrait ne pas exécuter les siennes ⁽¹⁾. La seconde catégorie regroupe toutes les clauses qui concernent la maîtrise par le professionnel de la durée du contrat : clauses de résiliation ⁽²⁾ ou de préavis ⁽³⁾ notamment. Ces deux catégories de clauses interdites en droit français pourraient du fait de l'harmonisation totale n'être que présumées abusives, le professionnel pouvant apporter la preuve contraire ⁽⁴⁾.

Enfin, si l'harmonisation totale, un certain nombre de clauses noires ou grises en droit français ne seraient plus automatiquement illicites ou présumées abusives parce qu'elles ne sont pas répertoriées dans la directive. Par exemple, la clause qui restreint le droit du consommateur de résilier un contrat à durée indéterminée est interdite depuis le décret du 18 mars 2009 ⁽⁵⁾. Avec l'harmonisation totale, elle pourrait valablement figurer dans les contrats de consommation même si elle serait susceptible de subir le test du déséquilibre significatif contenu dans la définition générale.

Ce ne sont là que des exemples. Il est certain que si chaque pays membre vient discuter l'énumération et le classement des clauses, la proposition ne pourra jamais aboutir. Par ailleurs, les listes en projet ne sont pas entièrement dépourvues d'intérêt. La liste grise comporte 17 clauses, ce qui n'est pas négligeable. La question finalement n'est pas tant le contenu des listes ou leur couleur que le degré de leur harmonisation.

B) L'harmonisation des listes

L'harmonisation totale se traduirait par des listes uniques applicables à tous les Etats membres. Outre le risque de régression de la protection, sur le terrain du droit de la consommation, une harmonisation totale risquerait de soulever des difficultés sur celui du droit commun des contrats. Quelle solution adopter lorsqu'une clause non répertoriée par la proposition de directive est illicite dans le Code civil ? Devrait-on considérer qu'une telle disposition ne pourrait plus s'appliquer au motif qu'elle va au delà de ce que prévoit la directive ?

Autant il paraît souhaitable d'adopter une définition unique de la notion de clause abusive, autant il paraît préférable d'envisager des listes communes, applicables dans les Etats membres, en complément des listes nationales. Aussi faut-il saluer la position récente du Parlement européen envisageant d'« interdire un nombre limité de clauses abusives au niveau de l'UE et de garantir que les États membres ne conservent pas ou n'adoptent pas de

¹ art. R. 132-1, 5° du Code de la consommation.

² art. R. 1321-1, 8° du Code de la consommation.

³ art. R. 132-1, 10° du Code de la consommation.

⁴ COM(2008)614/4, Annexe III d) ; e) ; f).

⁵ art. R. 132-1, 11°. Cette clause n'était auparavant pas répertoriée dans l'annexe de l'article L 132-1 du Code de la consommation. Elle avait cependant été jugée abusive par la Cour de cassation : Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 2002, N° de pourvoi: 99-20265.

dispositions divergentes dans ce domaine harmonisé relativement limité » ⁽¹⁾. Par ailleurs, la proposition de directive prévoyait un mécanisme de révision des listes qui aurait été soumis à un formalisme lourd, faisant intervenir un comité sur les clauses abusives, inadapté aux innovations constantes de la pratique ⁽²⁾. Il semblerait cependant que cette procédure de comitologie ne soit plus à l'ordre du jour. C'est donc le signe que les discussions ne sont pas figées et qu'il est encore temps pour les consommateurs comme pour les professionnels de se faire entendre. A cet égard, une organisation professionnelle vient d'élaborer un guide pratique à destination des entreprises destiné « à éviter les clauses abusives dans les contrats de consommation » ⁽³⁾. Le guide, principalement explicatif du décret du 18 mars 2009, démontre que les nouvelles listes de clauses abusives avaient suscité l'adhésion de certains professionnels. L'harmonisation totale risquerait de la remettre en cause.

Ainsi en matière de clauses abusives, la question du degré d'harmonisation est cruciale et complexe. L'harmonisation totale réduirait la protection des consommateurs, sur certains points, notamment celui des listes, mais ne serait pas inconcevable sur d'autres, tels que la définition des clauses abusives. L'ensemble des acteurs concernés a donc intérêt à se mobiliser sur ces questions pour se faire entendre des instances européennes dont la position est manifestement en train d'évoluer sur le degré d'harmonisation à retenir.

*

Droit français : articles du Code de la consommation

Article L141-4 du Code de la consommation

Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application.

Article L 132-1 du Code de la consommation

Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse.

Un décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa.

Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de

¹ Parlement européen, Commission du marché intérieur et de la protection du consommateur, document de travail sur la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, COM(2008)614/3 - 2008/0196(COD) - IMCO/6/68476, 3 mars 2010.

² COM(2008)614/4, arts. 39 & 40.

³ MEDEF, *Eviter les clauses abusives dans les contrats de consommation*, Guide pratique à destination des entreprises et des organisations professionnelles, mars 2010.

livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies.

Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux [articles 1156 à 1161](#), [1163](#) et [1164](#) du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre.

Les clauses abusives sont réputées non écrites.

L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.

Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public.

Article R 132-2 du Code de la consommation

Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de [l'article L. 132-1](#) et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

1° Constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ;

2° Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires ;

3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre ;

4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ;

5° Contraindre le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ;

6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ;

7° Interdire au non-professionnel ou au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ;

8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur ;

9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat ;

10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ;

11° Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le non-professionnel ou par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel ;

12° Imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat.

Article R. 132-2 du Code de la consommation

Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de [l'article L. 132-1](#), sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

1° Prévoir un engagement ferme du non-professionnel ou du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ;

2° Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le non-professionnel ou le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le non-professionnel ou le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de [l'article L. 114-1](#), si c'est le professionnel qui renonce ;

3° Imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ;

4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ;

5° Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du non-professionnel ou du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du non-professionnel ou du consommateur ;

6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de [l'article R. 132-1](#) ;

7° Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise ;

8° Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ;

9° Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du non-professionnel ou du consommateur ;

10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges.

Article R. 132-2-1 du Code de la consommation

.-Le 3° de l'article R. 132-1 et les 4° et 6° de l'article R. 132-2 ne sont pas applicables :

a) Aux transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours, d'un indice ou d'un taux que le professionnel ne contrôle pas ;

b) Aux contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats internationaux émis en bureau de poste et libellés en devises.

II.-Le 3° de l'article R. 132-1 et le 6° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de modifier le taux d'intérêt dû par le non-professionnel ou le consommateur ou dû à celui-ci, ou le montant de toutes charges afférentes à des services financiers, sans aucun préavis en cas de motif légitime, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes dans les meilleurs délais et que celles-ci soient libres de résilier immédiatement le contrat.

III.-Le 8° de l'article R. 132-1 et le 4° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée unilatéralement, et ce sans préavis en cas de motif légitime, à condition que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes immédiatement.

IV.-Le 3° de l'article R. 132-1 et le 6° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le contrat, lorsqu'il est conclu à durée indéterminée, stipule que le professionnel peut apporter unilatéralement des modifications liées au prix du bien à livrer ou du service à rendre à la condition que le consommateur en ait été averti dans un délai raisonnable pour être en mesure, le cas échéant, de résilier le contrat.

V.-Le 3° de l'article R. 132-1 et le 6° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le contrat stipule que le professionnel peut apporter unilatéralement des modifications au contrat liées à l'évolution technique, dès lors qu'il n'en résulte ni augmentation de prix, ni altération de la qualité et que les caractéristiques auxquelles le non-professionnel ou le consommateur a subordonné son engagement ont pu figurer au contrat.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs COM(2008) 614 final - Chapitre V : Droits des consommateurs concernant les clauses contractuelles

Article 30 - Champ d'application

1. Le présent chapitre s'applique aux clauses contractuelles rédigées par avance par le professionnel ou un tiers et que le consommateur a acceptées sans avoir la possibilité d'influer sur leur teneur, en particulier lorsque ces clauses font partie d'un contrat d'adhésion.
2. Le fait que le consommateur ait eu la possibilité d'influer sur la teneur de certains éléments d'une clause ou d'une clause isolée n'exclut pas l'application du présent chapitre aux autres clauses constitutives du contrat.
3. Le présent chapitre ne s'applique pas aux clauses contractuelles découlant de dispositions légales ou réglementaires impératives conformes au droit communautaire, ainsi que de dispositions ou de principes de conventions internationales auxquelles la Communauté ou les États membres sont parties.

Article 31 - Obligation de transparence des clauses contractuelles

1. Les clauses contractuelles doivent être exprimées dans un langage clair et compréhensible et elles doivent être lisibles.
2. Les clauses contractuelles doivent être mises à la disposition du consommateur de manière à lui donner effectivement la possibilité d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat, en tenant dûment compte de la technique de communication utilisée.
3. Le professionnel doit obtenir l'assentiment exprès du consommateur à tout paiement en sus de la rémunération prévue au titre de l'obligation contractuelle principale du professionnel. Si le professionnel n'a pas obtenu l'assentiment exprès du consommateur, mais qu'il l'a déduit en ayant recours à des options par défaut que le consommateur doit rejeter pour éviter le paiement supplémentaire, le consommateur peut prétendre au remboursement de ce paiement.
4. Les États membres s'abstiennent d'imposer de quelconques exigences formelles concernant le libellé des clauses contractuelles ou la façon dont ces dernières sont mises à la disposition du consommateur.

Article 32 - Principes généraux

1. Lorsqu'une clause contractuelle n'est pas incluse dans l'annexe II ou III, les États membres veillent à ce qu'elle soit réputée abusive si, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.
2. Sans préjudice des articles 34 et 38, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature du produit objet du contrat et eu égard, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat, ainsi qu'à toutes les autres clauses de ce contrat ou d'un autre contrat dont il dépend. Lors de l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle, l'autorité nationale compétente prend également en considération la

manière dont le contrat a été rédigé et transmis au consommateur par le professionnel au regard de l'article 31.

3. Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas à l'appréciation de l'objet principal du contrat ou du caractère adéquat de la rémunération prévue au titre de l'obligation contractuelle principale du professionnel, sous réserve que ce dernier respecte pleinement les dispositions de l'article 31.

Article 33 - Charge de la preuve

Si le professionnel prétend qu'une clause contractuelle a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe.

Article 34 - Clauses réputées abusives en toutes circonstances

Les États membres veillent à ce que les clauses contractuelles répertoriées à l'annexe II soient considérées comme abusives en toutes circonstances. Cette liste de clauses contractuelles s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée que conformément à l'article 39, paragraphe 2, et à l'article 40.

Article 35 - Clauses présumées abusives

Les États membres veillent à ce que les clauses contractuelles répertoriées au point 1 de l'annexe III soient considérées comme abusives, sauf si le professionnel démontre, au regard de l'article 32, qu'elles ne le sont pas. Cette liste de clauses contractuelles s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée que conformément à l'article 39, paragraphe 2, et à l'article 40.

Article 36 - Interprétation de clauses

1. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut.
2. Le présent article n'est pas applicable dans le cadre des procédures établies à l'article 38, paragraphe 2.

Article 37 - Effets des clauses contractuelles abusives

Les clauses contractuelles abusives ne lient pas le consommateur. Le contrat continue de lier les parties s'il peut rester en vigueur sans les clauses abusives.

Article 38 - Mesures d'exécution relatives aux clauses contractuelles abusives

1. Les États membres veillent à ce qu'il existe, dans l'intérêt des consommateurs et des professionnels concurrents, des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs.
2. En particulier, les personnes ou les organisations qui, en vertu de la législation nationale, ont un intérêt légitime à protéger les consommateurs, doivent pouvoir saisir les tribunaux ou les autorités administratives en vue de statuer sur le caractère abusif de clauses contractuelles rédigées en vue d'une utilisation généralisée.

3. Les États membres habilite les tribunaux ou les autorités administratives à mettre en œuvre des moyens adéquats et efficaces pour empêcher que les professionnels continuent d'utiliser des clauses jugées abusives.
4. Les États membres veillent à ce que les recours visés aux paragraphes 2 et 3 puissent être engagés séparément ou conjointement, selon le droit procédural national, à l'encontre de plusieurs professionnels d'un même secteur économique ou de leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales ou de clauses similaires.

Article 39 - Révision des clauses figurant à l'annexe II et l'annexe III

1. Les États membres notifient à la Commission les clauses jugées abusives par leurs autorités nationales compétentes et qu'ils estiment pertinentes aux fins de la modification de la présente directive conformément au paragraphe 2.
2. Au regard des notifications reçues en application du paragraphe 1, la Commission modifie les annexes II et III. Ces mesures destinées à modifier des éléments non essentiels de la présente directive sont arrêtées conformément à la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 40, paragraphe 2.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs COM(2008) 614 final - Annexe II Clauses contractuelles réputées abusives en toutes circonstances

Sont réputées abusives en toutes circonstances les clauses contractuelles ayant pour objet ou effet:

- a) d'exclure ou de limiter la responsabilité du professionnel en cas de décès ou de dommage corporel subi par le consommateur par suite d'un acte ou d'une omission dudit professionnel;
- b) de limiter l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de subordonner ses engagements au respect d'une condition particulière dépendant exclusivement du professionnel;
- c) d'exclure ou d'entraver le droit du consommateur à ester en justice ou à exercer toute autre voie de recours, notamment en lui imposant de résoudre les litiges exclusivement par voie d'arbitrage en dehors des règles du droit;
- d) de limiter les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou d'imposer à ce dernier la charge de la preuve qui, conformément au droit applicable, incombe au professionnel;
- e) d'accorder au professionnel le droit de déterminer si les biens ou les services fournis sont conformes aux stipulations du contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs COM(2008) 614 final - Annexe III Clauses contractuelles présumées abusives

1. Sont présumées abusives les clauses contractuelles ayant pour objet ou effet:

- a) d'exclure ou de limiter les droits du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas d'inexécution totale ou partielle ou de mauvaise exécution par le professionnel de toute obligation contractuelle qui lui incombe, notamment le droit du consommateur de compenser une dette envers le vendeur par une créance qu'il détiendrait sur lui;
 - b) d'autoriser le professionnel à conserver un paiement effectué par le consommateur au cas où ce dernier ne conclurait ou n'exécuterait pas le contrat, sans que le consommateur ne puisse prétendre à être indemnisé du même montant si le professionnel ne conclut ou n'exécute pas le contrat;
 - c) d'exiger du consommateur qui n'exécute pas une obligation une indemnité d'un montant nettement supérieur au préjudice subi par le professionnel;
 - d) d'autoriser le professionnel à résilier le contrat à son gré sans que le consommateur ne bénéficie du même droit;
 - e) de permettre au professionnel de résilier un contrat à durée indéterminée sans préavis raisonnable sauf en cas de manquement grave au contrat de la part du consommateur;
 - f) de reconduire de plein-droit un contrat à durée déterminée en l'absence d'indication contraire du consommateur et lorsque ce dernier doit respecter un long préavis de résiliation à la fin de chaque période de reconduction;
 - g) d'autoriser le professionnel à augmenter le prix convenu avec le consommateur lorsque le contrat a été conclu sans que le consommateur n'ait le droit de résilier le contrat;
 - h) d'obliger le consommateur à exécuter toutes ses obligations alors que le professionnel n'exécute pas intégralement les siennes;
 - i) de donner au professionnel la possibilité de transférer ses obligations au titre du contrat sans l'assentiment du consommateur;
 - j) de limiter le droit du consommateur de revendre les biens en restreignant la transférabilité des garanties commerciales accordées par le professionnel;
 - k) d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les clauses du contrat, y compris les caractéristiques du produit ou du service;
 - l) de modifier unilatéralement les clauses d'un contrat communiquées au consommateur sur un support durable par des clauses contractuelles disponibles en ligne auxquelles le consommateur n'a pas donné son assentiment.
2. Le point 1, lettre e), ne s'applique pas aux clauses par lesquelles un fournisseur de services financiers se réserve le droit de résilier unilatéralement et sans préavis un contrat à durée indéterminée, sous réserve que le fournisseur soit tenu d'en informer immédiatement l'autre ou les autres parties contractantes.
3. Le point 1, lettre g), ne s'applique pas:
- a) aux transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours ou d'un indice boursier ou d'un taux de marché financier sur lesquelles le professionnel n'a aucun contrôle;

- b) aux contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats internationaux libellés en devises;
 - c) aux clauses d'indexation de prix, pour autant qu'elles soient licites et que le mode de variation du prix y soit explicitement décrit.
4. Le point 1, lettre k) ne s'applique pas:
- a) aux clauses selon lesquelles un fournisseur de services financiers se réserve le droit, s'il existe un motif valable, de modifier sans préavis le taux d'intérêt à charge ou au bénéfice du consommateur ou le montant de toutes autres charges afférentes à des services financiers, à condition que le professionnel soit tenu d'en informer la ou les autres parties contractantes dans les meilleurs délais et que celles-ci puissent prétendre à la résiliation immédiate du contrat;
 - b) aux transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours ou d'un indice boursier ou d'un taux de marché financier sur lesquelles le professionnel n'a aucun contrôle;
 - c) aux contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats internationaux libellés en devises;
 - d) aux clauses selon lesquelles le professionnel se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions d'un contrat de durée indéterminée, sous réserve qu'il soit tenu d'en informer le consommateur avec un préavis raisonnable et que ce dernier puisse prétendre à la résiliation du contrat

Tableaux comparatifs des textes

Champ d'application des clauses abusives

Proposition de directive cadre		Droit français
Article 30 - Champ d'application		Article L 132-1 du Code de la consommation alinéas 1, 2, 3, 4
4.	Le présent chapitre s'applique aux clauses contractuelles rédigées par avance par le professionnel ou un tiers et que le consommateur a acceptées sans avoir la possibilité d'influer sur leur teneur, en particulier lorsque ces clauses font partie d'un contrat d'adhésion.	Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.
5.	Le fait que le consommateur ait eu la possibilité d'influer sur la teneur de certains éléments d'une clause ou d'une clause isolée n'exclut pas l'application du présent chapitre aux autres clauses constitutives du contrat.	Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse.
6.	Le présent chapitre ne s'applique pas aux clauses contractuelles découlant de dispositions légales ou réglementaires impératives conformes au droit communautaire, ainsi que de dispositions	Un décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme

ou de principes de conventions internationales auxquelles la Communauté ou les États membres sont parties.	abusives au sens du premier alinéa. Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies.
--	--

Définition de la clause abusive

Proposition de directive cadre	Droit français
Article 32 - Principes généraux	Article L 132-1 du Code de la consommation
4. Lorsqu'une clause contractuelle n'est pas incluse dans l'annexe II ou III, les États membres veillent à ce qu'elle soit réputée abusive si, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. 5. Sans préjudice des articles 34 et 38, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature du produit objet du contrat et eu égard, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat, ainsi qu'à toutes les autres clauses de ce contrat ou d'un autre contrat dont il dépend. Lors de l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle, l'autorité nationale compétente prend également en considération la manière dont le contrat a été rédigé et transmis au consommateur par le professionnel au regard de l'article 31. Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas à l'appréciation de l'objet principal du contrat ou du caractère adéquat de la rémunération prévue au titre de l'obligation contractuelle principale du professionnel, sous réserve que ce dernier respecte pleinement les dispositions de l'article 31.	Alinéa 1 Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Alinéa 5 Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre. Alinéa 7 L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.

Preuve du caractère abusif

Proposition de directive cadre	Droit français
	Article L 132-1 alinéas 2 et 3 du Code de la consommation
Article 33 - Charge de la preuve Si le professionnel prétend qu'une clause contractuelle a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe. Article 34 - Clauses réputées abusives en toutes circonstances Les États membres veillent à ce que les clauses contractuelles répertoriées à l'annexe II soient considérées comme abusives en toutes circonstances. Cette liste de clauses contractuelles s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée que conformément à l'article 39, paragraphe 2, et à l'article 40. Article 35 - Clauses présumées abusives Les États membres veillent à ce que les clauses contractuelles répertoriées au point 1 de l'annexe III soient considérées comme abusives, sauf si le professionnel démontre, au regard de l'article 32, qu'elles ne le sont pas. Cette liste de clauses contractuelles s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée que conformément à l'article 39, paragraphe 2, et à l'article 40.	Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse. Un décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa.

Liste de clauses réputées abusives en toutes circonstances (liste noire)

Proposition de directive cadre	Droit français
Annexe II Clauses contractuelles réputées abusives en toutes circonstances	Article R 132-2 du Code de la consommation
Sont réputées abusives en toutes circonstances les clauses contractuelles ayant pour objet ou effet: a) d'exclure ou de limiter la responsabilité du professionnel en cas de décès ou de dommage corporel subi par le consommateur par suite d'un acte ou d'une omission dudit professionnel; b) de limiter l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de subordonner ses engagements au respect d'une condition particulière dépendant exclusivement du professionnel; c) d'exclure ou d'entraver le droit du consommateur à ester en justice ou à exercer toute autre voie de recours, notamment en lui imposant de résoudre les litiges exclusivement par voie d'arbitrage en dehors des règles du droit; d) de limiter les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou d'imposer à ce dernier la charge de la preuve qui, conformément au droit applicable, incombe au professionnel; e) d'accorder au professionnel le droit de déterminer si les biens ou les services fournis sont conformes aux stipulations du contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat.	Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : 1° Constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ; 2° Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires ; 3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre ; 4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ; 5° Contraindre le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ; 6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ; 7° Interdire au non-professionnel ou au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ; 8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier

	discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur ; 9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat ; 10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ; 11° Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le non-professionnel ou par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel ; 12° Imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat.
--	---

Liste de clauses présumées abusives (liste grise) et exemptions

Proposition de directive cadre	Droit français
Annexe III Clauses contractuelles présumées abusives	
5. Sont présumées abusives les clauses contractuelles ayant pour objet ou effet: a) d'exclure ou de limiter les droits du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas d'inexécution totale ou partielle ou de mauvaise exécution par le professionnel de toute obligation contractuelle qui lui incombe, notamment le droit du consommateur de compenser une dette envers le vendeur par une créance qu'il détiendrait sur lui; b) d'autoriser le professionnel à conserver un paiement effectué par le consommateur au cas où ce dernier ne conclurait ou n'exécuterait pas le contrat, sans que le consommateur ne puisse prétendre à être indemnisé du même montant si le professionnel ne conclut ou n'exécute pas le contrat; c) d'exiger du consommateur qui n'exécute pas une obligation une indemnité d'un montant nettement supérieur au préjudice subi par le professionnel; d) d'autoriser le professionnel à résilier le contrat à son gré sans que le consommateur ne bénéficie du même droit; e) de permettre au professionnel de résilier un contrat à durée indéterminée sans préavis raisonnable sauf en cas de manquement grave au contrat de la part du consommateur; f) de reconduire de plein-droit un contrat à durée déterminée en l'absence d'indication contraire du consommateur et lorsque ce dernier doit respecter un long préavis de résiliation à la fin de chaque période de reconduction; g) d'autoriser le professionnel à augmenter le prix convenu avec le consommateur lorsque le contrat a été conclu sans que le consommateur n'ait le droit de résilier le contrat;	Article R. 132-2 du Code de la consommation Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : 1° Prévoir un engagement ferme du non-professionnel ou du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ; 2° Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le non-professionnel ou le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le non-professionnel ou le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 114-1, si c'est le professionnel qui renonce ; 3° Imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ; 4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ; 5° Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du non-professionnel ou du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du non-professionnel ou du consommateur ; 6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 132-1 ; 7° Stipuler une date indicative d'exécution du

h) d'obliger le consommateur à exécuter toutes ses obligations alors que le professionnel n'exécute pas intégralement les siennes; i) de donner au professionnel la possibilité de transférer ses obligations au titre du contrat sans l'assentiment du consommateur; j) de limiter le droit du consommateur de revendre les biens en restreignant la transférabilité des garanties commerciales accordées par le professionnel; k) d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les clauses du contrat, y compris les caractéristiques du produit ou du service; l) de modifier unilatéralement les clauses d'un contrat communiquées au consommateur sur un support durable par des clauses contractuelles disponibles en ligne auxquelles le consommateur n'a pas donné son assentiment.	contrat, hors les cas où la loi l'autorise ; 8° Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ; 9° Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du non-professionnel ou du consommateur ; 10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges. Article R. 132-2-1 du Code de la consommation .-Le 3° de l'article R. 132-1 et les 4° et 6° de l'article R. 132-2 ne sont pas applicables :
6. Le point 1, lettre e), ne s'applique pas aux clauses par lesquelles un fournisseur de services financiers se réserve le droit de résilier unilatéralement et sans préavis un contrat à durée indéterminée, sous réserve que le fournisseur soit tenu d'en informer immédiatement l'autre ou les autres parties contractantes.	a) Aux transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours, d'un indice ou d'un taux que le professionnel ne contrôle pas ; b) Aux contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats internationaux émis en bureau de poste et libellés en devises.
7. Le point 1, lettre g), ne s'applique pas: a) aux transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours ou d'un indice boursier ou d'un taux de marché financier sur lesquelles le professionnel n'a aucun contrôle; b) aux contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats internationaux libellés en devises; c) aux clauses d'indexation de prix, pour autant qu'elles soient licites et que le mode de variation du prix y soit explicitement décrit.	II.-Le 3° de l'article R. 132-1 et le 6° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de modifier le taux d'intérêt dû par le non-professionnel ou le consommateur ou dû à celui-ci, ou le montant de toutes charges afférentes à des services financiers, sans aucun préavis en cas de motif légitime, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes dans les meilleurs délais et que celles-ci soient libres de résilier immédiatement le contrat.
8. Le point 1, lettre k) ne s'applique pas: a) aux clauses selon lesquelles un fournisseur de services financiers se réserve le droit, s'il existe un motif valable, de modifier sans préavis le	III.-Le 8° de l'article R. 132-1 et le 4° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée unilatéralement, et ce sans préavis en cas de motif légitime, à condition que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la

taux d'intérêt à charge ou au bénéfice du consommateur ou le montant de toutes autres charges afférentes à des services financiers, à condition que le professionnel soit tenu d'en informer la ou les autres parties contractantes dans les meilleurs délais et que celles-ci puissent prétendre à la résiliation immédiate du contrat; b) aux transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux sfluctuations d'un cours ou d'un indice boursier ou d'un taux de marché financier sur lesquelles le professionnel n'a aucun contrôle; c) aux contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats internationaux libellés en devises; d) aux clauses selon lesquelles le professionnel se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions d'un contrat de durée indéterminée, sous réserve qu'il soit tenu d'en informer le consommateur avec un préavis raisonnable et que ce dernier puisse prétendre à la résiliation du contrat	ou les autres parties contractantes immédiatement. IV.-Le 3° de l'article R. 132-1 et le 6° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le contrat, lorsqu'il est conclu à durée indéterminée, stipule que le professionnel peut apporter unilatéralement des modifications liées au prix du bien à livrer ou du service à rendre à la condition que le consommateur en ait été averti dans un délai raisonnable pour être en mesure, le cas échéant, de résilier le contrat. V.-Le 3° de l'article R. 132-1 et le 6° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le contrat stipule que le professionnel peut apporter unilatéralement des modifications au contrat liées à l'évolution technique, dès lors qu'il n'en résulte ni augmentation de prix, ni altération de la qualité et que les caractéristiques auxquelles le non-professionnel ou le consommateur a subordonné son engagement ont pu figurer au contrat.
---	---

Indications bibliographiques sur les clauses abusives

- C. Aubert de Vincelles*, *Office du juge communautaire et national, et directive n°93/13/CE sur les clauses abusives*, CJCE 4 juin 2009, aff. C-243/08, Pannon, RDC 2009, p. 1467
- M. Béhar-Touchais*, *La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels*, in *La protection des professionnels contre les déséquilibres contractuels significatifs*, RDC 2009, p. 202
- Th. Clay*, *Arbitrage et modes alternatifs de règlements des litiges*, D. 2009, Pan., p. 2960
- S. Amrani-Mekki*, *Clauses abusives. Panorama d'actualité. Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales 2009*, RDC 2009, p. 1617
- J-D. Bretzner, *Clauses abusives. Panorama d'actualité. La durée, l'abus et le contrat*, RDC 2009, p. 1662
- M. Chagny*, *Clauses abusives. Panorama d'actualité. Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence*, RDC 2009, p. 1642
- O. Deshayes*, *Clauses abusives. Panorama d'actualité. Les réformes récentes et attendues en 2009*, RDC 2009, p. 1602
- D. Fenouillet, *Décret n°2009-302 du 18 mars 2009*, RDC 2009, p. 1422
- J. Ghestin*, *L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995*, JCP G 1995, I, 3854
- X. Lagarde, *Qu'est-ce-qu'une clause abusive ?*, JCP G 2006, I, 110
- Y. –M. Laithier, *Clauses abusives. Panorama d'actualité. Clauses abusives – Les clauses de responsabilité*, RDC 2009, p. 1650
- G. Paisant, *Décret n°2009-302 du 18 mars 2009*, JCP G 2009
- J. Rochfeld*, *Clauses abusives – Listes réglementaires noire et grise. Décret n°2009-302 du 18 mars 2009*, RTDCiv. 2009, p. 383
- N. Sauphanor-Brouillaud*
- Clauses abusives. Panorama d'actualité, Les remèdes en droit de la consommation*, Revue des Contrats, 2009
 - La clause compromissaire abusive*, in *Chronique de droit de l'arbitrage* ss dir. Th. Clay, LPA 2009, n°143 ; p. 13.
 - Clauses abusives : les nouvelles clauses « noires » et « grises »*, JCP G 2009, I, 168 ; JCP E 2009, I, 178
 - Les clauses abusives*, in *Observations sur le projet de réforme de droit des contrats*, ss dir. J. Ghestin, Les Petites affiches, n°spécial, 12 février 2009, n°31, p. 54
 - Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus*, Contrats Concurrence Consommation 2008, Etudes 7, p. 7
- S. Whittaker, *Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l'harmonisation complète*, D. 2009, p. 1152.

*Membre de Trans Europe Experts

*** seconde illustration : les ventes liées à l'épreuve
de la directive sur les pratiques commerciales
déloyales

Bibliographie

- J.C. GRALL et E. CAMILLIERI, La CJCE précise la portée de l'harmonisation complète effectuée par la directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis à vis des consommateurs, Revue Lamy Droits des affaires, juillet 2009 p.46 et s.

-M. CHAGNY, De l'assouplissement du régime des offres liées à l'avènement d'un droit du marché ? Dalloz 2009 p.2561

-C. AUBERT de VINCELLES, Harmonisation totale et directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales, à propos de CJCE, 23 avril 2009, C-261/07 et C-299/07, VTB-VAB et Galatea, RDC 2009 n°4 p 1458 s

**L'harmonisation totale du droit de la consommation dans le marché intérieur :
amélioration ou dégradation du droit de la consommation en France ?
Illustration : les ventes liées à l'épreuve de la directive sur les pratiques commerciales
déloyales ¹**

Muriel CHAGNY, Professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin,
Codirecteur du master de droit privé des contrats et du laboratoire DANTE
Forum de TEE, 31 mars 2010

Il est interdit d'interdire en dehors de la liste des pratiques réputées déloyales par la directive n° 2005/29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs².

Tel est, en synthèse, le mot d'ordre retentissant adressé aux Etats-membres, en ce qui concerne le régime juridique des ventes liées, par deux arrêts préjudiciels du 23 avril 2009³. Interrogée par des juridictions belges, la Cour de justice y affirme que 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 »*. Cette solution a été

¹ Le choix a été fait, dans la logique d'une contribution orale, de mentionner un nombre limité de références. Pour des références plus complètes, v. J. Rochfeld, « Les nouveaux défis du droit des contrats électroniques : l'efficacité de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales », in *Les nouveaux défis du contrat électronique*, ouvrage à paraître ; C. Aubert de Vincelles, « Harmonisation totale et directive n° 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales », RDC 2009-4, p. 1458 ; M. Chagny, « De l'assouplissement du régime juridique des offres liées à l'avènement d'un droit du marché ? », D. 2009, p. 2561.

² Dir. n°2005/29 du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, JOUE L. 149, 11 juin 2005, p. 22.

³ CJCE, 23 avril 2009, aff. C-261/07 et C-299/07 VTB-VAB NV/Total Belgium NV et Galatea BVBA/Sanoma Magazines Belgium NV ; CCC 2009, comm. 183, note G. Raymond ; 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 2009, Etude 8.

réitérée, dans le cas particulier des communications électroniques, par un arrêt du 11 mars 2010¹

Aussi spectaculaire que soit, de prime abord, cette pierre dans le jardin des législateurs nationaux, le raisonnement suivi par le juge communautaire pour parvenir à une telle conclusion est juridiquement imparable. Celle-ci était à vrai dire inscrite, depuis 2005, dans le texte de la directive.

Il importe donc de rappeler brièvement les objectifs, la nature et l'économie de ce texte, avant d'évoquer l'impact produit sur le droit français de la consommation.

Si la directive s'attache, selon son article 1^{er}, à « *assurer un niveau élevé de protection des consommateurs* », cet objectif n'est pas unique ; il apparaît même second, venant après le « *bon fonctionnement du marché intérieur* ». Plusieurs considérants soulignent en effet la nécessité d'établir « *des règles uniformes* »², en présence de « *différences marquées, qui peuvent entraîner des distorsions sensibles de concurrence et faire obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur* »³. En conséquence de quoi, le choix a été fait d'une harmonisation « *complète* » (cons 14) ou encore « *totale* » (consid 15).

Dès lors, la marge de manœuvre laissée aux Etats-membres, certes libres des moyens de la transposition, se réduit comme peau de chagrin.

Obligation leur est faite d'intégrer dans leur droit de la consommation les dispositions de la directive : outre la définition générale, à partir de deux critères cumulatifs, des pratiques déloyales (5 § 2) – lesquelles se déclinent, « *en particulier* », en deux catégories, les pratiques trompeuses et agressives -, les Etats membres doivent reprendre dans son intégralité la liste des trente-et-une pratiques réputées déloyales « *en toutes circonstances* » (mentionnées dans l'annexe I).

Mais par ailleurs, interdiction leur est faite d'adopter comme de conserver des mesures plus restrictives que celles prévues dans la directive. De sorte que les seules pratiques commerciales réputées déloyales sont celles figurant sur la liste. Il est interdit d'interdire en dehors de la liste.

Les arrêts préjudiciels s'imposent, bien au-delà de l'Etat membre concerné par la question soumise à la Cour, et concernent donc notamment la France. Bien que le législateur français s'y soit repris à deux fois pour transposer la directive⁴, la question se pose de savoir, en l'état de la jurisprudence communautaire, s'il n'y aurait pas lieu de procéder à une troisième transposition. Il importe dès lors de prendre la mesure du bouleversement que subit le droit français de la consommation (I), avant d'apprécier cette rénovation forcée (II).

I – Le bouleversement du droit français de la consommation

L'impact sur le droit français est bien réel puisqu'au bouleversement d'ores et déjà intervenu en matière de ventes liées (A) s'ajoutent des bouleversements à attendre pour d'autres règles de consommation (B).

A) Le bouleversement intervenu pour l'interdiction des ventes liées

¹ CJUE, 11 mars 2010, aff. C-522/08, Telekomunicaja Polska SA w Wieszawie.

² Dir. 11 mai 2005, préc., consid. 5. Le considérant précise aussi que ces règles « *assurent un niveau élevé de protection des consommateurs* ».

³ Dir. 11 mai 2005, préc., consid. 3.

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

L'impact communautaire sur le régime juridique des ventes liées prévu, sous forme d'interdiction, à l'article L. 122-1 du Code de la consommation¹ ne s'est pas fait attendre.

Dès le 14 mai 2009, dans une affaire médiatique concernant les droits du football, la cour d'appel de Paris, devant laquelle une offre multiservices développée en matière de téléphonie, internet et télévision était contestée sur le fondement de l'article L. 122-1 C ; Consom. , a procédé à l'interprétation conforme de ce texte à la lumière de la directive du 11 mai 2005. Là où la disposition française édicte une prohibition générale et préventive, sans considération des circonstances concrètes, la Cour a vérifié si la pratique d'offres liées, dès lors qu'elle n'était pas visée dans la liste exhaustive des pratiques réputées déloyales, présentait en l'occurrence un caractère déloyal au sens de la directive et a conclu par la négative.

Si dans cet arrêt, frappé d'un pourvoi en cassation, l'infraction était dénoncée par des concurrents de l'auteur de la pratique, la solution ne varie guère lorsque la règle est invoquée par une association de consommateurs. En témoignent deux décisions postérieures, respectivement rendues par la CA de Paris² ou par le TGI de Nanterre³, à propos de la pré-installation des logiciels et systèmes d'exploitation sur les ordinateurs.

Le bouleversement ainsi apporté aux droits nationaux de la consommation, parmi lesquels le droit français, pourrait s'étendre bien davantage.

B) Les bouleversements à attendre pour d'autres règles de consommation

Loin de se limiter aux seules ventes liées, l'impact à attendre sur le droit français de la consommation pourrait être d'une toute autre ampleur.

D'ores et déjà, en ce début d'année, un nouvel arrêt préjudiciel, concernant cette fois les loteries publicitaires, a suivi un raisonnement similaire à celui retenu dans les arrêts du 23 avril 2009.

Selon la Cour de justice, la directive doit être interprétée « *en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale (...) qui prévoit une interdiction de principe, sans tenir compte des circonstances spécifiques au 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* »⁴.

Faute d'être mentionnée dans la liste voulue exhaustive, cette pratique, mais aussi, plus largement, toutes celles entrant dans le champ de la directive, ne peuvent être condamnées qu'à l'issue d'un examen concret, conduit à partir du double critère de déloyauté énoncé par la directive.

Or loin de se cantonner à quelques comportements, la directive du 11 mai 2005 conçoit largement la pratique commerciale, entendue 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* »⁵ (art 2 d). De surcroît, il est précisé que la pratique peut

¹ Art. L. 122-1 C. consom. : « *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* »

² Paris Pôle 5 Chambre 5, 26 novembre 2009, 08/12771, SAS Darty et Fils c/UFC Que Choisir et Association de droit du marketing.

³ TGI Nanterre, 6^e ch., 30 octobre 2009, RG 06/15333, UFC Que Choisir, c/ HP France.

⁴ CJUE 14 janvier 2010, aff. C-34/08, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV.

⁵ Dir. 11 mai 2005, préc., art. 2.

intervenir « *avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit* » (art 3)¹.

Même si aucune décision communautaire n'a pour le moment visé la France, le droit français de la consommation apparaît fragilisé, en l'état des bouleversements intervenus et à attendre. Est-ce un mal ou un bien ? Un mal pour un bien ? Le moment est venu d'apprécier en opportunité l'impact communautaire en s'interrogeant sur cette rénovation forcée du droit français.

II – Une rénovation du droit français de la consommation ?

De prime abord, on est tenté de conclure à une dégradation - plutôt qu'à une amélioration - du droit de la consommation, sous les coups de boutoir du droit communautaire, tandis que les entreprises seraient les grandes gagnantes de cette évolution. Toutefois, cette question centrale² mérite qu'on s'y attarde davantage à la faveur d'un débat plus large.

Pour le lancer, pour l'attiser, il est possible d'envisager, conformément à la finalité protectrice du droit de la consommation, la situation de son bénéficiaire, le consommateur (A), mais sans oublier celle du sujet des règles de consommation, le professionnel (B).

A) Le bénéficiaire de la règle de consommation : d'une protection mécanique et ciblée à une protection concrète et étendue du consommateur

A première vue, le droit communautaire marque un recul dans la protection du consommateur : ne pose-t-il pas une interdiction d'adopter ou de conserver des mesures plus restrictives que la directive, « *même aux fins d'assurer une degré plus élevé de protection des consommateurs* »³ ?

Cependant, il importe de ne pas oublier que l'interdiction automatique, lorsqu'elle disparaît, comme pour les ventes liées, cède la place à un contrôle plus circonstancié et applicable à n'importe quelle pratique commerciale dès l'instant où elle remplit les critères de la déloyauté. En définitive, il convient donc de comparer les mérites respectifs d'une interdiction ciblée et d'une règle plus générale.

Certes, une interdiction systématique présente l'avantage d'être prévisible, simple et efficace, et est sans doute pourvue de vertus prophylactiques. Cela étant, elle ne se justifie véritablement que si la pratique est nocive *ne varietur*. Or, si l'on reprend l'exemple des ventes liées, la règle d'interdiction absolue a, précisément, dû être atténuée, en raison de nécessités pratiques, ce au prix de certaines contorsions jurisprudentielles devant surmonter l'obstacle d'une lettre dépourvue d'exceptions.

De son côté, une règle plus générale, appelant un examen concret, ne manque pas d'attraits. L'analyse effectuée, à partir du comportement de l'entreprise et de son impact - avéré ou potentiel - sur le consommateur, évite une surprotection inutile et peut-être même contreproductive si elle conduit à condamner des pratiques sources de progrès économique.

¹ Le produit est lui-même entendu comme « *tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations* » (art. 2 c).

² La question de l'amélioration ou de la dégradation du droit de la consommation intéresse aussi la qualité formelle des règles. Cependant, en l'état d'un temps très limité, le choix a été fait d'exclure cet aspect de la réflexion.

³ CJCE, 23 avril 2009, déc. préc., pt. 52.

Par ailleurs, du fait de son adaptabilité, elle réduit les risques d'omission : si l'on a confiance dans les juges chargés d'appliquer la règle, une pratique effectivement nocive pour le consommateur ne devrait pas échapper à une condamnation judiciaire.

Dès lors, combiner les deux systèmes – règle générale « attrape-tout » et liste ciblée - peut sembler favorable au consommateur, sauf bien sûr à s'interroger sur la pertinence de la liste dressée au regard des pratiques systématiquement nocives¹. Au demeurant, cela n'est pas sans rappeler le raisonnement tenu en droit des pratiques anticoncurrentielles - faisant coexister un principe d'appréciation concrète en fonction de la situation du marché et des restrictions flagrantes de concurrence - et marque ainsi une convergence opportune entre deux disciplines² appelées à n'en former qu'une seule, le droit du marché³.

B) Le sujet de la règle de consommation : d'une interdiction absolue à une liberté sous surveillance du professionnel

Nul doute qu'un recul des interdictions mécaniques restitue aux professionnels, autrement dit aux sujets du droit de la consommation, davantage de liberté dans la conquête de la clientèle, comme l'avait d'ailleurs relevé l'avocat général dans ses conclusions sous les arrêts du 23 avril 2009⁴. Cette liberté retrouvée peut sembler propice au développement de la compétition, ce dans l'intérêt de tous et notamment ... du consommateur, sous réserve naturellement d'une surveillance permettant d'assurer la loyauté nécessaire des comportements.

Or la liberté n'est pas sans bornes en l'occurrence puisque s'applique la règle générale appréhendant les pratiques commerciales déloyales. Ce que les professionnels gagnent en liberté, ils le perdent en prévisibilité. La règle générale implique de leur part une autoévaluation des pratiques qui n'est pas sans risque.

Une interdiction d'interdire pour plus de liberté pour les professionnels et plus d'efficacité économique au profit des consommateurs ? Le débat est lancé...

¹ A cet égard, une révision régulière de la liste serait sans doute opportune.

² Pour un développement des rapprochements possibles, v. M. Chagny, « De l'assouplissement du régime juridique des offres liées à l'avènement d'un droit du marché ? », préc.

³ C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché*, PUF, coll. Thémis, 2002.

⁴ concl av. gal V. Trstenjak, présentées le 21 octobre 2008, aff. jtes C-261/07 et C-299/07, n°81, soulignant que la directive procède d'« une conception (...) qui favorise la liberté d'entreprendre des opérateurs ».

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) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil

("directive sur les pratiques commerciales déloyales")

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 95,

vu la proposition de la Commission,

vu l'avis du Comité économique et social européen [1],

statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité [2],

considérant ce qui suit:

(1) L'article 153, paragraphe 1, et paragraphe 3, point a), du traité prévoit que la Communauté contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs par les mesures qu'elle adopte en application de l'article 95 du traité.

(2) Conformément à l'article 14, paragraphe 2, du traité, le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises et des services et la liberté d'établissement sont assurées. Le développement de pratiques commerciales loyales au sein de l'espace sans frontières intérieures est essentiel pour favoriser l'expansion des activités transfrontalières.

(3) Les législations des États 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. Dans le domaine de la publicité, la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative [3] fixe des critères minimaux visant à une harmonisation de la législation sur la publicité trompeuse, mais ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption par les États membres de mesures apportant aux consommateurs une protection plus étendue. En conséquence, les dispositions législatives des États membres en matière de publicité trompeuse présentent des divergences importantes.

(4) Ces disparités entraînent une incertitude quant aux règles nationales applicables aux pratiques commerciales déloyales portant atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et créent de nombreuses entraves touchant les entreprises et les consommateurs. Ces entraves augmentent le coût à supporter par les entreprises pour exercer les libertés liées au marché intérieur, en particulier lorsqu'elles souhaitent s'engager dans une commercialisation, lancer des campagnes publicitaires ou offrir des promotions commerciales transfrontalières. Pour les consommateurs, de telles entraves entraînent également des incertitudes quant à leurs droits et affaiblissent leur confiance dans le marché intérieur.

(5) En l'absence de règles uniformes à l'échelon communautaire, des obstacles à la libre circulation transfrontalière des services et des marchandises ou à la liberté d'établissement pourraient se justifier, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des

Communautés européennes, dès lors qu'ils visent à protéger des objectifs reconnus d'intérêt public et qu'ils sont proportionnés à ces objectifs. Compte tenu des objectifs communautaires, tels que définis dans les dispositions du traité et du droit communautaire dérivé relatives à la liberté de circulation, et conformément à la politique de la Commission en matière de communications commerciales, précisée dans la communication de la Commission intitulée "Suivi du Livre vert: les communications commerciales dans le marché intérieur", ces obstacles devraient être éliminés. Ils ne peuvent l'être qu'en établissant, à l'échelon communautaire, des règles uniformes qui assurent un niveau élevé de protection des consommateurs, et en clarifiant certaines notions juridiques, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur et afin d'assurer la sécurité juridique.

(6) La présente directive a dès lors pour objet de rapprocher les législations des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale, portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs et, par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes. 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. Elle ne couvre ni n'affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels; pour tenir pleinement compte du principe de subsidiarité, les États membres conserveront, s'ils le souhaitent, la faculté de réglementer les pratiques visées, conformément à la législation communautaire. La présente directive ne couvre ni n'affecte les dispositions de la directive 84/450/CEE ayant trait à la publicité trompeuse pour les entreprises mais pas pour les consommateurs ainsi qu'à la publicité comparative. La présente directive n'affecte pas non plus les pratiques publicitaires et commerciales admises, comme le placement légitime de produits, la différenciation des marques ou les 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.

(7) La présente directive porte sur les pratiques commerciales qui visent directement à influencer les décisions commerciales des consommateurs à l'égard de produits. Elle ne s'applique pas aux pratiques commerciales mises en œuvre principalement à d'autres fins, parmi lesquelles figurent par exemple les communications commerciales destinées aux investisseurs, telles que les rapports annuels et la documentation promotionnelle des entreprises. Elle ne s'applique pas aux prescriptions légales concernant le bon goût et la bienséance, qui sont très variables d'un État membre à l'autre. Des pratiques commerciales telles que, par exemple, la sollicitation commerciale dans la rue peuvent être malvenues dans certains États membres pour des raisons culturelles. Les États membres devraient par conséquent avoir la possibilité de continuer à interdire certaines pratiques commerciales sur leur territoire, conformément au droit communautaire, pour des motifs de bon goût et de bienséance, même lorsque ces pratiques ne restreignent pas la liberté de choix des consommateurs. Il serait judicieux, lors de l'application de la directive, notamment des clauses générales, de tenir largement compte des circonstances de chaque espèce.

(8) La présente directive protège expressément les intérêts économiques des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises à leur égard. Dès lors, elle 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 dans le secteur d'activité qu'elle coordonne. Il va de soi qu'il existe

d'autres pratiques commerciales qui, si elles ne portent pas atteinte aux consommateurs, peuvent néanmoins porter préjudice aux concurrents et aux clients des entreprises. Il convient que la Commission examine attentivement s'il y a lieu d'envisager une action communautaire en ce qui concerne la concurrence déloyale au-delà du champ d'application de la présente directive et formule, si nécessaire, une proposition législative couvrant ces autres formes de concurrence déloyale.

(9) La présente directive s'applique sans préjudice des recours individuels formés par les personnes lésées par une pratique commerciale déloyale. Elle s'applique également sans préjudice des règles communautaires et nationales relatives au droit des contrats, aux droits de propriété intellectuelle, aux questions de santé et de sécurité liées aux produits, aux conditions d'établissement et aux régimes d'autorisation, notamment les règles qui, conformément au droit communautaire, concernent les activités de jeux d'argent, et des règles communautaires en matière de concurrence et des dispositions nationales visant à les mettre en œuvre. Les États membres pourront ainsi maintenir ou instaurer sur leur territoire des mesures de restriction ou d'interdiction de pratiques commerciales pour des motifs de protection de la santé et de la sécurité des consommateurs, quel que soit le lieu d'établissement du professionnel, par exemple pour ce qui concerne l'alcool, le tabac ou les produits pharmaceutiques. Eu égard à leur complexité et aux graves risques qui leur sont propres, les services financiers et les biens immobiliers doivent faire l'objet de prescriptions détaillées, y compris l'instauration d'obligations positives à respecter par les professionnels. C'est la raison pour laquelle, s'agissant des services financiers et des biens immobiliers, la présente directive s'applique sans préjudice de la faculté pour les États membres d'adopter des mesures qui aillent au delà des dispositions de la présente directive, pour protéger les intérêts économiques des consommateurs. Il ne convient pas que la présente directive réglemente la certification et l'indication du titre des ouvrages en métal précieux.

(10) Il est nécessaire de veiller à ce que la relation entre la présente directive et la législation communautaire existante soit cohérente, en particulier lorsque des dispositions détaillées concernant les pratiques commerciales déloyales s'appliquent à des secteurs spécifiques. La présente directive modifie donc la directive 84/450/CEE, la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance [4], la directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs [5] et la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs [6]. La présente directive ne s'applique, en conséquence, que lorsqu'il n'existe pas de dispositions communautaires spécifiques régissant des aspects particuliers des pratiques commerciales déloyales, telles que des prescriptions en matière d'information ou des règles régissant la présentation des informations au consommateur. Elle apporte une protection aux consommateurs lorsqu'il n'existe aucune législation sectorielle spécifique à l'échelon communautaire et interdit aux professionnels de donner une fausse impression de la nature des produits. Ceci est particulièrement important dans le cas de produits complexes comportant un niveau de risque élevé pour les consommateurs, comme certains produits liés à des services financiers. La présente directive complète par conséquent l'acquis communautaire applicable aux pratiques commerciales portant préjudice aux intérêts économiques des consommateurs.

(11) Le niveau élevé de convergence résultant du rapprochement des dispositions nationales assuré par la présente directive crée un niveau commun élevé de protection des

consommateurs. La présente directive établit une interdiction générale unique des pratiques commerciales déloyales qui altèrent le comportement économique des consommateurs. Elle établit également des règles sur les pratiques commerciales agressives, qui ne sont pas actuellement réglementées au niveau communautaire.

(12) L'harmonisation augmentera considérablement la sécurité juridique tant pour les consommateurs que pour les professionnels. Les consommateurs et les professionnels pourront ainsi s'appuyer sur un cadre réglementaire unique basé sur des concepts juridiques clairement définis réglementant tous les aspects des pratiques commerciales déloyales au sein de l'Union européenne. Ceci aura pour conséquence d'éliminer les entraves résultant de la disparité des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales portant atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et de permettre la réalisation du marché intérieur dans ce domaine.

(13) Pour atteindre les objectifs communautaires en éliminant les entraves au marché intérieur, il est nécessaire de remplacer les clauses générales et principes juridiques divergents actuellement en vigueur dans les États membres. L'interdiction générale commune et unique établie par la présente directive couvre donc les pratiques commerciales déloyales altérant le comportement économique des consommateurs. Afin de renforcer la confiance des consommateurs, l'interdiction générale devrait aussi s'appliquer aux pratiques commerciales déloyales qui sont utilisées en dehors de toute relation contractuelle entre le professionnel et le consommateur ou consécutivement à la conclusion d'un contrat ou durant l'exécution de celui-ci. Cette interdiction générale est développée par les règles relatives aux deux types de pratiques commerciales de loin les plus nombreuses, à savoir les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives.

(14) Il est souhaitable que les pratiques commerciales trompeuses couvrent les pratiques, y compris la publicité trompeuse, qui, en induisant le consommateur en erreur, l'empêchent de faire un choix en connaissance de cause et donc de façon efficace. En conformité avec les législations et les pratiques des États membres sur la publicité trompeuse, la présente directive distingue, parmi les pratiques trompeuses, les actions trompeuses et les omissions trompeuses. En ce qui concerne les omissions, la présente directive énumère un nombre limité d'informations clés dont le consommateur a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause. Ces informations ne devront pas être fournies dans toutes les publicités mais seulement lorsque le professionnel fera une invitation à l'achat, concept clairement défini par la présente directive. L'approche adoptée dans la présente directive, qui consiste en une harmonisation complète, n'empêche pas les États membres de préciser dans leur droit national les principales caractéristiques de produits particuliers, par exemple les objets de collection ou les biens électriques, dont l'omission serait substantielle lors d'une invitation à l'achat. La présente directive n'entend pas réduire le choix des consommateurs en interdisant la promotion de produits qui semblent similaires à d'autres produits, à moins que cette similarité ne sème la confusion dans l'esprit des consommateurs quant à l'origine commerciale du produit et soit donc trompeuse. Il convient que la présente directive s'applique sans préjudice de la législation communautaire existante qui laisse expressément aux États membres le choix entre plusieurs options réglementaires aux fins de la protection des consommateurs en matière de pratiques commerciales. La présente directive devrait en particulier s'appliquer sans préjudice de l'article 13, paragraphe 3, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques [7].

(15) Lorsque la législation communautaire fixe des prescriptions en matière d'information

applicables à la publicité, à la communication commerciale et au marketing, les informations en question sont réputées substantielles au sens de la présente directive. Les États membres auront la faculté de maintenir ou d'instaurer des prescriptions en matière d'information liées au droit des contrats ou ayant des implications en matière de droit des contrats lorsque cette possibilité est prévue par les clauses minimales comprises dans les instruments de droit communautaire existants. On trouvera à l'annexe II une liste non exhaustive de ce type de prescriptions en matière d'information telles qu'elles figurent dans l'acquis. Étant donné que la présente directive vise à procéder à une harmonisation totale, seules les informations exigées en vertu de la législation communautaire sont considérées comme étant substantielles aux fins de son article 7, paragraphe 5. Si les États membres ont introduit des prescriptions en matière d'information au-delà ou en sus de ce qui est spécifié par la législation communautaire, en vertu des clauses minimales, le non-respect de ces prescriptions ne sera pas considéré comme une omission trompeuse au sens de la présente directive. Par contre, les États membres auront la faculté, lorsque les clauses minimales comprises dans la législation communautaire le permettent, de maintenir ou d'instaurer des dispositions plus strictes, conformes à la législation communautaire, pour assurer un niveau plus élevé de protection des droits contractuels individuels des consommateurs.

(16) Les dispositions sur les pratiques commerciales agressives devraient couvrir les pratiques qui altèrent de manière significative la liberté de choix du consommateur. Il s'agit de pratiques incluant le harcèlement, la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou une influence injustifiée.

(17) Afin d'apporter une plus grande sécurité juridique, il est souhaitable d'identifier les pratiques commerciales qui sont, en toutes circonstances, déloyales. L'annexe I contient donc la liste complète de toutes ces pratiques. Il s'agit des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9. Cette liste ne peut être modifiée que par une révision de la directive.

(18) Il convient de protéger tous les consommateurs des pratiques commerciales déloyales. La Cour de justice a toutefois estimé nécessaire, lorsqu'elle a statué sur des affaires de publicité depuis la transposition de la directive 84/450/CEE, d'examiner leurs effets pour un consommateur typique fictif. Conformément au principe de proportionnalité, et en vue de permettre l'application effective des protections qui en relèvent, la présente directive prend comme critère d'évaluation le consommateur moyen qui est normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques, selon l'interprétation donnée par la Cour de justice, mais prévoit également des dispositions visant à empêcher l'exploitation de consommateurs dont les caractéristiques les rendent particulièrement vulnérables aux pratiques commerciales déloyales. Lorsqu'une pratique commerciale s'adresse spécifiquement à un groupe particulier de consommateurs, comme les enfants, il est souhaitable que son incidence soit évaluée du point de vue du membre moyen de ce groupe. Par conséquent, il convient d'inscrire sur la liste des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances une disposition qui, sans édicter une interdiction totale de la publicité à destination des enfants, protège ces derniers d'incitations directes à acheter. La notion de consommateur moyen n'est pas une notion statistique. Les juridictions et les autorités nationales devront s'en remettre à leur propre faculté de jugement, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice, pour déterminer la réaction typique du consommateur moyen dans un cas donné.

(19) Lorsque certaines caractéristiques, telles que l'âge, une infirmité physique ou mentale

ou la crédulité, rendent un groupe particulier de consommateurs particulièrement vulnérable à une pratique commerciale ou au produit qu'elle concerne, ou lorsque le comportement économique de ce seul groupe de consommateurs est susceptible d'être altéré par cette pratique d'une manière que le professionnel peut raisonnablement prévoir, il y a lieu de veiller à ce que ce groupe soit suffisamment protégé, en évaluant la pratique en cause du point de vue du membre moyen de ce groupe.

(20) Il convient de prévoir un rôle pour des codes de conduite, qui permettent aux professionnels d'appliquer les principes de la présente directive de manière effective dans des domaines économiques particuliers. Dans les secteurs dans lesquels le comportement des professionnels est soumis à des exigences contraignantes spécifiques, il convient que celles-ci soient également prises en considération aux fins des exigences en matière de diligence professionnelle dans le secteur concerné. Le contrôle exercé par les responsables des codes au niveau national ou communautaire afin d'éliminer les pratiques commerciales déloyales peut éviter le recours à une action administrative ou judiciaire et devrait dès lors être encouragé. Dans le but d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, les organisations de consommateurs pourraient être informées de l'élaboration des codes de conduite et y être associées.

(21) Les personnes ou organisations considérées, selon la législation nationale, comme ayant un intérêt légitime à agir doivent disposer de voies de recours pour engager une action contre des pratiques commerciales déloyales, soit devant un tribunal, soit auprès d'une autorité administrative compétente pour statuer sur les plaintes ou pour engager une action en justice appropriée. Bien que la charge de la preuve doive être déterminée conformément à la législation nationale, il convient que les tribunaux et les autorités administratives soient habilités à exiger des professionnels qu'ils fournissent des preuves sur l'exactitude de leurs allégations factuelles.

(22) Il est nécessaire que les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions de la présente directive et veillent à leur mise en œuvre. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

(23) Étant donné que les objectifs de la présente directive, à savoir éliminer les entraves au fonctionnement du marché intérieur que constituent les législations nationales sur les pratiques commerciales déloyales et assurer un niveau commun élevé de protection des consommateurs, en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les pratiques commerciales déloyales, ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.

(24) Il convient de procéder au réexamen de la présente directive afin de garantir que les obstacles au marché intérieur ont été traités et qu'un niveau élevé de protection des consommateurs est atteint. Ce réexamen pourrait donner lieu à une proposition de la Commission visant à modifier la présente directive, ce qui pourrait comporter une prorogation limitée de la dérogation prévue à l'article 3, paragraphe 5, et/ou une modification d'autres législations en matière de protection des consommateurs, reflétant l'engagement pris par la Commission dans le cadre de sa stratégie pour la politique des consommateurs de réexaminer l'acquis existant afin d'atteindre un niveau commun élevé de protection des consommateurs.

(25) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui

sont reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,
ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

CHAPITRE I

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier

Objectif

L'objectif de la présente directive est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs.

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par:

- a) "consommateur": toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale;
- b) "professionnel": toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel;
- c) "produit": tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations;
- d) "pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs" (ci-après également dénommées "pratiques commerciales"): 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;
- e) "altération substantielle du comportement économique des consommateurs": l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement;
- f) "code de conduite": un accord ou un ensemble de règles qui ne sont pas imposés par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un État membre et qui définissent le comportement des professionnels qui s'engagent à être liés par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs d'activité;
- g) "responsable de code": toute entité, y compris un professionnel ou groupe de professionnels, responsable de l'élaboration et de la révision d'un code de conduite et/ou de la surveillance du respect de ce code par ceux qui se sont engagés à être liés par lui;
- h) "diligence professionnelle": le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité;
- i) "invitation à l'achat": une communication commerciale indiquant les caractéristiques du

produit et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat;

j) "influence injustifiée": l'utilisation d'une position de force vis-à-vis du consommateur de manière à faire pression sur celui-ci, même sans avoir recours à la force physique ou menacer de le faire, de telle manière que son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause soit limitée de manière significative;

k) "décision commerciale": toute décision prise par un consommateur concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait d'acheter, de faire un paiement intégral ou partiel pour un produit, de conserver ou de se défaire d'un produit ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit; une telle décision peut amener le consommateur, soit à agir, soit à s'abstenir d'agir;

l) "profession réglementée": une activité ou un ensemble d'activités professionnelles dont l'accès, l'exercice ou une des modalités d'exercice est subordonné directement ou indirectement à des dispositions législatives, réglementaires ou administratives relatives à la possession de qualifications professionnelles déterminées.

Article 3

Champ d'application

1. La présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telles que définies à l'article 5, avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit.

2. La présente directive s'applique sans préjudice du droit des contrats, ni, en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats.

3. La présente directive s'applique sans préjudice des dispositions communautaires ou nationales relatives à la santé et à la sécurité des produits.

4. En cas de conflit entre les dispositions de la présente directive et d'autres règles communautaires régissant des aspects spécifiques des pratiques commerciales déloyales, ces autres règles priment et s'appliquent à ces aspects spécifiques.

5. Pendant une période de six ans à compter du 12 juin 2007, les États membres ont la faculté de continuer à appliquer des dispositions nationales dont la présente directive opère le rapprochement, plus restrictives ou plus rigoureuses que la présente directive et qui mettent en œuvre des directives incluant des clauses d'harmonisation minimale. Ces mesures doivent être essentielles pour garantir que les consommateurs soient protégés de manière adéquate contre les pratiques commerciales déloyales et doivent être proportionnées à cet objectif à atteindre. La révision visée à l'article 18 peut, s'il y a lieu, comprendre une proposition visant à proroger cette dérogation pour une durée limitée.

6. Les États membres notifient sans délai à la Commission toute disposition nationale appliquée au titre du paragraphe 5.

7. La présente directive s'applique sans préjudice des règles régissant la compétence des tribunaux.

8. La présente directive s'applique sans préjudice des conditions d'établissement ou des régimes d'autorisation ou des codes de déontologie ou de toute autre disposition spécifique régissant les professions réglementées que les États membres peuvent imposer aux professionnels, conformément à la législation communautaire, pour garantir que ceux-ci répondent à un niveau élevé d'intégrité.

9. Pour ce qui est des "services financiers", au sens de la directive 2002/65/CE, et des biens

immobiliers, les États membres peuvent imposer des exigences plus restrictives ou plus rigoureuses que celles prévues par la présente directive dans le domaine dans lequel cette dernière vise au rapprochement des dispositions en vigueur.

10. La présente directive ne vise pas l'application des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de certification et d'indication du titre des ouvrages en métal précieux.

Article 4

Marché intérieur

Les États membres ne restreignent ni la libre prestation de services, ni la libre circulation des marchandises pour des raisons relevant du domaine dans lequel la présente directive vise au rapprochement des dispositions en vigueur.

CHAPITRE 2

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Article 5

Interdiction des pratiques commerciales déloyales

1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.

2. Une pratique commerciale est déloyale si:

a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle,

et

b) 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, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs.

3. Les pratiques commerciales qui sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un groupe clairement identifiable de consommateurs parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement attendre du professionnel qu'il prévoie cette conséquence, sont évaluées du point de vue du membre moyen de ce groupe. Cette disposition est sans préjudice de la pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral.

4. En particulier, sont déloyales les pratiques commerciales qui sont:

a) trompeuses au sens des articles 6 et 7,

ou

b) agressives au sens des articles 8 et 9.

5. L'annexe I contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive.

Section 1

Pratiques commerciales trompeuses

Article 6

Actions trompeuses

1. Une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses, et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes, en ce qui concerne un ou plusieurs des aspects ci-après et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement:

- a) l'existence ou la nature du produit;
- b) les caractéristiques principales du produit, telles que sa disponibilité, ses avantages, les risques qu'il présente, son exécution, sa composition, ses accessoires, le service après-vente et le traitement des réclamations, le mode et la date de fabrication ou de prestation, sa livraison, son aptitude à l'usage, son utilisation, sa quantité, ses spécifications, son origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent être attendus de son utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentielles des tests ou contrôles effectués sur le produit;
- c) l'étendue des engagements du professionnel, la motivation de la pratique commerciale et la nature du processus de vente, ainsi que toute affirmation ou tout symbole faisant croire que le professionnel ou le produit bénéficie d'un parrainage ou d'un appui direct ou indirect;
- d) le prix ou le mode de calcul du prix, ou l'existence d'un avantage spécifique quant au prix;
- e) la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation;
- f) la nature, les qualités et les droits du professionnel ou de son représentant, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications, son statut, son agrément, son affiliation ou ses liens et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les récompenses et distinctions qu'il a reçues;
- g) les droits du consommateur, en particulier le droit de remplacement ou de remboursement selon les dispositions de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation [8], ou les risques qu'il peut encourir.

2. Une pratique commerciale est également réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, et qu'elle implique:

- a) toute activité de marketing concernant un produit, y compris la publicité comparative, créant une confusion avec un autre produit, marque, nom commercial ou autre signe distinctif d'un concurrent;
- b) le non-respect par le professionnel d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors:
 - i) que ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables, et
 - ii) que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code.

Article 7

Omissions trompeuses

1. Une pratique commerciale est réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

2. Une pratique commerciale est également considérée comme une omission trompeuse lorsqu'un professionnel, compte tenu des aspects mentionnés au paragraphe 1, dissimule une information substantielle visée audit paragraphe ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, ou lorsqu'il n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte et lorsque, dans l'un ou l'autre cas, le consommateur moyen est ainsi amené ou est susceptible d'être amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

3. Lorsque le moyen de communication utilisé aux fins de la pratique commerciale impose des limites d'espace ou de temps, il convient, en vue de déterminer si des informations ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens.

4. Lors d'une invitation à l'achat, sont considérées comme substantielles, dès lors qu'elles ne ressortent pas déjà du contexte, les informations suivantes:

- a) les caractéristiques principales du produit, dans la mesure appropriée eu égard au moyen de communication utilisé et au produit concerné;
- b) l'adresse géographique et l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale et, le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité du professionnel pour le compte duquel il agit;
- c) le prix toutes taxes comprises, ou, lorsque la nature du produit signifie que le prix ne peut raisonnablement pas être calculé à l'avance, la manière dont le prix est calculé, ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, ou, lorsque ces coûts ne peuvent raisonnablement pas être calculés à l'avance, la mention que ces coûts peuvent être à la charge du consommateur;
- d) les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, si elles diffèrent des conditions de la diligence professionnelle;
- e) pour les produits et transactions impliquant un droit de rétractation ou d'annulation, l'existence d'un tel droit.

5. Les informations qui sont prévues par le droit communautaire et qui sont relatives aux communications commerciales, y compris la publicité ou le marketing, et dont une liste non exhaustive figure à l'annexe II, sont réputées substantielles.

Section 2

Pratiques commerciales agressives

Article 8

Pratiques commerciales agressives

Une pratique commerciale est réputée agressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la

force physique, ou d'une influence injustifiée, 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.

Article 9

Utilisation du harcèlement, de la contrainte ou d'une influence injustifiée

Afin de déterminer si une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée, les éléments suivants sont pris en considération:

- a) le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance;
- b) le recours à la menace physique ou verbale;
- c) l'exploitation en connaissance de cause par le professionnel de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit;
- d) tout obstacle non contractuel important ou disproportionné imposé par le professionnel lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur;
- e) toute menace d'action alors que cette action n'est pas légalement possible.

CHAPITRE 3

CODES DE CONDUITE

Article 10

Codes de conduite

La présente directive n'exclut pas le contrôle, que les États membres peuvent encourager, des pratiques commerciales déloyales par les responsables de codes de conduite, ni le recours à ces derniers par les personnes ou organisations visées à l'article 11, s'il existe des procédures devant de telles entités en sus des procédures judiciaires ou administratives visées audit article.

Le recours à de tels organismes de contrôle ne vaut en aucun cas renoncement à une voie de recours judiciaire ou administrative visée à l'article 11.

CHAPITRE 4

DISPOSITIONS FINALES

Article 11

Application de la législation

1. Les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales afin de faire respecter les dispositions de la présente directive dans l'intérêt des consommateurs.

Ces moyens doivent inclure des dispositions juridiques aux termes desquelles les personnes ou organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à lutter contre les pratiques commerciales déloyales, y compris les concurrents, peuvent:

- a) intenter une action en justice contre ces pratiques commerciales déloyales,
- et/ou
- b) porter ces pratiques commerciales déloyales devant une autorité administrative compétente soit pour statuer sur les plaintes, soit pour engager les poursuites judiciaires

appropriées.

Il appartient à chaque État membre de décider laquelle de ces procédures sera retenue et s'il convient que les tribunaux ou les autorités administratives puissent exiger le recours préalable à d'autres voies établies de règlement des plaintes, y compris celles mentionnées à l'article 10. Les consommateurs doivent avoir accès à ces moyens, qu'ils soient établis sur le territoire du même État membre que le professionnel ou sur celui d'un autre État membre.

Il incombe à chaque État membre de décider:

a) si ces moyens juridiques peuvent être mis en œuvre séparément ou conjointement contre un certain nombre de professionnels du même secteur économique,

et

b) si ces moyens juridiques peuvent être mis en œuvre contre le responsable d'un code lorsque ce code encourage le non-respect des prescriptions légales.

2. Dans le cadre des dispositions juridiques visées au paragraphe 1, les États membres confèrent aux tribunaux ou aux autorités administratives des pouvoirs les habilitant, dans les cas où ceux-ci estiment que ces mesures sont nécessaires compte tenu de tous les intérêts en jeu, et notamment de l'intérêt général:

a) à ordonner la cessation de pratiques commerciales déloyales ou à engager les poursuites appropriées en vue de faire ordonner la cessation desdites pratiques,

ou

b) si la pratique commerciale déloyale n'a pas encore été mise en œuvre mais est imminente, à interdire cette pratique ou à engager les poursuites appropriées en vue de faire ordonner son interdiction,

même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réels, ou d'une intention ou d'une négligence de la part du professionnel.

Les États membres prévoient en outre que les mesures visées au premier alinéa peuvent être prises dans le cadre d'une procédure accélérée:

- soit avec effet provisoire,

- soit avec effet définitif,

étant entendu qu'il appartient à chaque État membre de déterminer laquelle de ces deux options sera retenue.

En outre, les États membres peuvent conférer aux tribunaux ou aux autorités administratives des compétences les habilitant, en vue d'éliminer les effets persistants de pratiques commerciales déloyales dont la cessation a été ordonnée par une décision définitive:

a) à exiger la publication de ladite décision en tout ou en partie et dans la forme qu'ils jugent adéquate;

b) à exiger, en outre, la publication d'un communiqué rectificatif.

3. Les autorités administratives visées au paragraphe 1 doivent:

a) être composées de manière à ce que leur impartialité ne puisse être mise en doute;

b) avoir des pouvoirs suffisants, lorsqu'elles statuent sur des plaintes, pour surveiller et imposer de façon efficace le respect de leurs décisions;

c) motiver en principe leurs décisions.

Lorsque les pouvoirs visés au paragraphe 2 sont exclusivement exercés par une autorité administrative, celle-ci doit toujours motiver ses décisions. En outre, dans ce cas, des procédures doivent être prévues selon lesquelles tout exercice improprie ou injustifié des pouvoirs de l'autorité administrative ou tout manquement improprie ou injustifié à l'exercice desdits pouvoirs peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel.

Article 12

Tribunaux et autorités administratives: justification des allégations

Les États membres confèrent aux tribunaux ou aux autorités administratives des pouvoirs les habilitant, lors d'une procédure judiciaire ou administrative visée à l'article 11:

a) à exiger que le professionnel fournisse des preuves sur l'exactitude de ses allégations factuelles en rapport avec une pratique commerciale si, compte tenu de l'intérêt légitime du professionnel et de toute autre partie à la procédure, une telle exigence paraît appropriée au vu des circonstances du cas d'espèce,

et

b) à considérer des allégations factuelles comme inexactes si les preuves exigées conformément au point a) ne sont pas apportées ou sont jugées insuffisantes par le tribunal ou l'autorité administrative.

Article 13

Sanctions

Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive, et mettent tout en œuvre pour en assurer l'exécution. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

Article 14

Modifications de la directive 84/450/CEE

La directive 84/450/CEE est modifiée comme suit:

1) L'article premier est remplacé par le texte suivant:

"Article premier

La présente directive a pour objet de protéger les professionnels contre la publicité trompeuse et ses conséquences déloyales et d'établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est considérée comme licite."

2) À l'article 2:

- le point 3 est remplacé par le texte suivant:

"3. "professionnel": toute personne physique ou morale qui agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel."

;

- le point suivant est ajouté:

"4. "responsable de code": toute entité, y compris un professionnel ou groupe de professionnels, responsable de l'élaboration et de la révision d'un code de conduite et/ou de la surveillance du respect de ce code par ceux qui se sont engagés à être liés par lui."

3) L'article 3 bis est remplacé par le texte suivant:

"Article 3 bis

1. Pour ce qui concerne la comparaison, la publicité comparative est licite dès lors que les conditions suivantes sont remplies:

- a) elle n'est pas trompeuse au sens de l'article 2, paragraphe 2, de l'article 3 et de l'article 7, paragraphe 1, de la présente directive ou des articles 6 et 7 de 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 [];
- b) elle compare des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif;
- c) elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, y compris éventuellement le prix;
- d) elle n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activités ou situation d'un concurrent;
- e) pour les produits ayant une appellation d'origine, elle porte dans chaque cas sur des produits ayant la même appellation;
- f) elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou de l'appellation d'origine de produits concurrents;
- g) elle ne présente pas un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégés;
- h) elle ne soit pas source de confusion parmi les professionnels, entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent.

4) À l'article 4, le paragraphe 1 est remplacé par le texte suivant:

"1. Les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour lutter contre la publicité trompeuse et faire respecter les dispositions en matière de publicité comparative dans l'intérêt des professionnels et des concurrents. Ces moyens doivent inclure des dispositions juridiques aux termes desquelles les personnes ou organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à lutter contre la publicité trompeuse ou à réglementer la publicité comparative peuvent:

a) intenter une action en justice contre une telle publicité,

ou

b) porter une telle publicité devant une autorité administrative compétente soit pour statuer sur les plaintes, soit pour engager les poursuites judiciaires appropriées.

Il appartient à chaque État membre de décider laquelle de ces procédures sera retenue et s'il convient que les tribunaux ou les autorités administratives puissent exiger le recours préalable à d'autres voies établies de règlement des plaintes, y compris celles mentionnées à l'article 5.

Il incombe à chaque État membre de décider:

a) si ces moyens juridiques peuvent être mis en œuvre séparément ou conjointement contre un certain nombre de professionnels du même secteur économique,

et

b) si ces moyens juridiques peuvent être mis en œuvre contre le responsable d'un code lorsque ce code encourage le non respect des prescriptions légales."

5) À l'article 7, le paragraphe 1 est remplacé par le texte suivant:

"1. La présente directive ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption par les États membres de dispositions visant à assurer, en matière de publicité trompeuse, une protection plus étendue des professionnels et des concurrents."

Article 15

Modifications des directives 97/7/CE et 2002/65/CE

1) L'article 9 de la directive 97/7/CE est remplacé par le texte suivant:

"Article 9

Fourniture non demandée

Étant donné que les pratiques de fourniture non demandée sont interdites par 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 [], les États membres prennent les mesures nécessaires pour dispenser le consommateur de toute contre-prestation en cas de fourniture non demandée, l'absence de réponse ne valant pas consentement.

2) L'article 9 de la directive 2002/65/CE est remplacé par le texte suivant:

"Article 9

Étant donné que les pratiques de fourniture non demandée sont interdites par 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 sans préjudice des dispositions en vigueur dans la législation des États membres relatives à la reconduction tacite de contrats à distance lorsque celles-ci permettent une telle reconduction tacite, les États membres prennent les mesures nécessaires pour dispenser le consommateur de toute obligation en cas de fourniture non demandée, l'absence de réponse ne valant pas consentement.

Article 16

Modifications des directives 98/27/CE et du règlement (CE) no 2006/2004

1) À l'annexe de la directive 98/27/CE, le point 1 est remplacé par le texte suivant:

"1. 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 (JO L 149 du 11.6.2005, p. 22.)"

2) À l'annexe du règlement (CE) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales responsables de l'application de la législation en matière de protection des consommateurs ("règlement sur la coopération en matière de protection des consommateurs") [12] le point suivant est ajouté:

"16. 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 (JO L 149 du 11.6.2005, p. 22.)"

Article 17

Information

Les États membres prennent les mesures appropriées pour informer les consommateurs des dispositions de droit national qui transposent la présente directive et incitent, le cas échéant, les professionnels et les responsables de code à faire connaître leurs codes de conduite aux consommateurs.

Article 18

Révision

1. Au plus tard le 12 juin 2006, la Commission soumet au Parlement européen et au Conseil un rapport global sur l'application de son article 3, paragraphe 9, de la présente directive et en particulier sur l'application de son article 4 et de son annexe I, sur l'ampleur de toute harmonisation et simplification supplémentaires du droit communautaire en matière de protection des consommateurs et, compte tenu de l'article 3, paragraphe 5, sur toute mesure qu'il convient de prendre sur le plan communautaire afin de veiller à maintenir des niveaux appropriés de protection des consommateurs. Ce rapport est accompagné, si besoin est, d'une proposition de révision de la présente directive ou d'autres parties pertinentes du droit communautaire.

2. Le Parlement européen et le Conseil s'efforcent d'agir, conformément au traité, dans un délai de deux ans à compter de la présentation par la Commission de toute proposition présentée en vertu du paragraphe 1.

Article 19

Transposition

Les États membres adoptent et publient au plus tard le 12 juin 2007 les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive. Ils en informent immédiatement la Commission et ils lui notifient sans retard toute modification ultérieure.

Ils appliquent ces dispositions au plus tard le 12 décembre 2007. Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

Article 20

Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne.

Article 21

Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Strasbourg, le 11 mai 2005.

Par le Parlement européen

ARRÊT DE LA COUR (première chambre)

23 avril 2009 (*)

«Directive 2005/29/CE – Pratiques commerciales déloyales – Réglementation nationale interdisant les offres conjointes aux consommateurs»

Dans les affaires jointes C-261/07 et C-299/07,

ayant pour objet des demandes de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduites par le rechtbank van koophandel te Antwerpen (Belgique), par décisions des 24 mai et 21 juin 2007, parvenues à la Cour respectivement les 1^{er} et 27 juin 2007, dans les procédures

VTB-VAB NV (C-261/07)

contre

Total Belgium NV,

et

Galatea BVBA (C-299/07)

contre

Sanoma Magazines Belgium NV,

LA COUR (première chambre),

composée de M. P. Jann, président de chambre, MM. A. Tizzano (rapporteur), A. Borg Barthet, E. Levits et J.-J. Kasel, juges,

avocat général: M^{me} V. Trstenjak,

greffier: M^{me} M. Ferreira, administrateur principal,

(...)

Arrêt

- 1 Les demandes de décision préjudicielle portent sur l'interprétation de l'article 49 CE et de 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») (JO L 149, p. 22, ci-après la «directive»).
- 2 Ces demandes ont été présentées dans le cadre de deux litiges opposant, d'une part, VTB-VAB NV (ci-après «VTB») à Total Belgium NV (ci-après «Total Belgium») et, d'autre part, Galatea BVBA (ci-après «Galatea») à Sanoma Magazines Belgium NV (ci-après «Sanoma») au sujet de pratiques commerciales de Total Belgium et de Sanoma considérées comme déloyales par VTB ainsi que par Galatea.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

- 3 Les cinquième, sixième, onzième et dix-septième considérants de la directive énoncent:
 - «(5) [...] les obstacles à la libre circulation transfrontalière des services et des marchandises ou à la liberté d'établissement [...] devraient être éliminés. Ils ne peuvent l'être qu'en établissant, à l'échelon communautaire, des règles uniformes qui assurent un niveau élevé de protection des consommateurs, et en clarifiant certaines notions juridiques, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur et afin d'assurer la sécurité juridique.
 - (6) La présente directive a dès lors pour objet de rapprocher les législations des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale, portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs et, par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes. [...]
 - (11) Le niveau élevé de convergence résultant du rapprochement des dispositions nationales assuré par la présente directive crée un niveau commun élevé de protection des consommateurs. La présente directive établit une interdiction générale unique des pratiques commerciales déloyales qui altèrent le comportement économique des consommateurs. Elle établit également des règles sur les pratiques commerciales agressives, qui ne sont pas actuellement réglementées au niveau communautaire.
 - (17) Afin d'apporter une plus grande sécurité juridique, il est souhaitable d'identifier les pratiques commerciales qui sont, en toutes circonstances, déloyales. L'annexe I contient donc la liste complète de toutes ces pratiques. Il s'agit des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9. Cette liste ne peut être modifiée que par une révision de la directive.»
- 4 L'article 1^{er} de la directive dispose:

«L'objectif de la présente directive est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs.»
- 5 L'article 2 de la directive prévoit:

«Aux fins de la présente directive, on entend par:

[...]

d) 'pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs' (ci-après également dénommées 'pratiques commerciales'): 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;

[...]»
- 6 L'article 3, paragraphe 1, de la directive dispose:

«La présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telles que définies à l'article 5, avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit.»

7 Selon l'article 4 de la directive:

«Les États membres ne restreignent ni la libre prestation de services, ni la libre circulation des marchandises pour des raisons relevant du domaine dans lequel la présente directive vise au rapprochement des dispositions en vigueur.»

8 L'article 5 de la directive, intitulé «Interdiction des pratiques commerciales déloyales», est ainsi rédigé:

«1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.

2. Une pratique commerciale est déloyale si:

a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle,

et

b) 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, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs.

3. Les pratiques commerciales qui sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un groupe clairement identifiable de consommateurs parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement attendre du professionnel qu'il prévoie cette conséquence, sont évaluées du point de vue du membre moyen de ce groupe. Cette disposition est sans préjudice de la pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral.

4. En particulier, sont déloyales les pratiques commerciales qui sont:

a) trompeuses au sens des articles 6 et 7,

ou

b) agressives au sens des articles 8 et 9.

5. L'annexe I contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive.»

9 L'article 6 de la directive, intitulé «Actions trompeuses», dispose:

«1. Une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses, et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes, en ce qui concerne un ou plusieurs des aspects ci-après et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement:

a) l'existence ou la nature du produit;

b) les caractéristiques principales du produit, telles que sa disponibilité, ses avantages, les risques qu'il présente, son exécution, sa composition, ses accessoires, le service après-vente et le traitement des réclamations, le mode et la date de fabrication ou de prestation, sa livraison, son aptitude à l'usage, son utilisation, sa quantité, ses spécifications, son origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent

être attendus de son utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentielles des tests ou contrôles effectués sur le produit;

- c) l'étendue des engagements du professionnel, la motivation de la pratique commerciale et la nature du processus de vente, ainsi que toute affirmation ou tout symbole faisant croire que le professionnel ou le produit bénéficie d'un parrainage ou d'un appui direct ou indirect;
- d) le prix ou le mode de calcul du prix, ou l'existence d'un avantage spécifique quant au prix;
- e) la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation;
- f) la nature, les qualités et les droits du professionnel ou de son représentant, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications, son statut, son agrément, son affiliation ou ses liens et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les récompenses et distinctions qu'il a reçues;
- g) les droits du consommateur, en particulier le droit de remplacement ou de remboursement selon les dispositions de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation [(JO L 171, p. 12)], ou les risques qu'il peut encourir.

2. Une pratique commerciale est également réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, et qu'elle implique:

- a) toute activité de marketing concernant un produit, y compris la publicité comparative, créant une confusion avec un autre produit, marque, nom commercial ou autre signe distinctif d'un concurrent;
- b) le non-respect par le professionnel d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors:
 - i) que ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables,

et

 - ii) que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code.»

10 L'article 7 de la directive, intitulé «Omissions trompeuses», énonce:

«1. Une pratique commerciale est réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

2. Une pratique commerciale est également considérée comme une omission trompeuse lorsqu'un professionnel, compte tenu des aspects mentionnés au paragraphe 1, dissimule une information substantielle visée audit paragraphe ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, ou lorsqu'il n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte et lorsque, dans l'un ou l'autre cas, le consommateur moyen est ainsi amené ou est susceptible d'être amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

3. Lorsque le moyen de communication utilisé aux fins de la pratique commerciale impose des limites d'espace ou de temps, il convient, en vue de déterminer si des informations ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens.

4. Lors d'une invitation à l'achat, sont considérées comme substantielles, dès lors qu'elles ne ressortent pas déjà du contexte, les informations suivantes:

- a) les caractéristiques principales du produit, dans la mesure appropriée eu égard au moyen de communication utilisé et au produit concerné;
- b) l'adresse géographique et l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale et, le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité du professionnel pour le compte duquel il agit;
- c) le prix toutes taxes comprises, ou, lorsque la nature du produit signifie que le prix ne peut raisonnablement pas être calculé à l'avance, la manière dont le prix est calculé, ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, ou, lorsque ces coûts ne peuvent raisonnablement pas être calculés à l'avance, la mention que ces coûts peuvent être à la charge du consommateur;
- d) les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, si elles diffèrent des conditions de la diligence professionnelle;
- e) pour les produits et transactions impliquant un droit de rétractation ou d'annulation, l'existence d'un tel droit.

5. Les informations qui sont prévues par le droit communautaire et qui sont relatives aux communications commerciales, y compris la publicité ou le marketing, et dont une liste non exhaustive figure à l'annexe II, sont réputées substantielles.»

11 L'article 8 de la directive, intitulé «Pratiques commerciales agressives», prévoit:

«Une pratique commerciale est réputée agressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, 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.»

12 L'article 9 de la directive, intitulé «Utilisation du harcèlement, de la contrainte ou d'une influence injustifiée», est ainsi rédigé:

«Afin de déterminer si une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée, les éléments suivants sont pris en considération:

- a) le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance;
- b) le recours à la menace physique ou verbale;
- c) l'exploitation en connaissance de cause par le professionnel de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit;
- d) tout obstacle non contractuel important ou disproportionné imposé par le professionnel lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur;
- e) toute menace d'action alors que cette action n'est pas légalement possible.»

- 13 Enfin, conformément à l'article 19 de la directive:

«Les États membres adoptent et publient au plus tard le 12 juin 2007 les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive. [...]

Ils appliquent ces dispositions au plus tard le 12 décembre 2007. [...]»

La réglementation nationale

- 14 L'article 54 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (*Moniteur belge* du 29 août 1991, ci-après la «loi de 1991») est ainsi rédigé:

«Il y a offre conjointe au sens du présent article, lorsque l'acquisition, gratuite ou non, de produits, de services, de tous autres avantages, ou de titre permettant de les acquérir, est liée à l'acquisition d'autres produits ou services, même identiques.

Sauf les exceptions précisées ci-après, toute offre conjointe au consommateur effectuée par un vendeur est interdite. Est également interdite toute offre conjointe au consommateur effectuée par plusieurs vendeurs agissant dans une unité d'intention.»

- 15 Les articles 55 à 57 de la loi de 1991 contiennent certaines exceptions à cette interdiction.

- 16 L'article 55 de la loi de 1991 dispose:

«Il est permis d'offrir conjointement, pour un prix global:

1. des produits ou des services constituant un ensemble;

Le Roi peut, sur proposition des Ministres compétents et du Ministre des Finances, désigner les services offerts dans le secteur financier qui constituent un ensemble;

2. des produits ou des services identiques, à condition:

- a) que chaque produit et chaque service puissent être acquis séparément à leur prix habituel dans le même établissement;
- b) que l'acquéreur soit clairement informé de cette faculté ainsi que du prix de vente séparé de chaque produit et de chaque service;
- c) que la réduction de prix éventuellement offerte à l'acquéreur de la totalité des produits ou des services n'excède pas le tiers des prix additionnés.»

- 17 Selon l'article 56 de la loi de 1991:

«Il est permis d'offrir à titre gratuit, conjointement à un produit ou à un service principal:

1. les accessoires d'un produit principal, spécialement adaptés à ce produit par le fabricant de ce dernier et livrés en même temps que celui-ci en vue d'en étendre ou d'en faciliter l'utilisation;
2. l'emballage ou les récipients utilisés pour la protection et le conditionnement des produits, compte tenu de la nature et de la valeur de ces produits;
3. les menus produits et menus services admis par les usages commerciaux ainsi que la livraison, le placement, le contrôle et l'entretien des produits vendus;
4. des échantillons provenant de l'assortiment du fabricant ou du distributeur du produit principal, pour autant qu'ils soient offerts dans des conditions de quantité ou de mesure strictement indispensables à une appréciation des qualités du produit;

5. des chromos, vignettes et autres images d'une valeur commerciale minime;
 6. des titres de participation à des loteries légalement autorisées;
 7. des objets revêtus d'inscriptions publicitaires indélébiles et nettement apparentes qui ne se trouvent pas comme tels dans le commerce, à condition que leur prix d'acquisition par celui qui les offre ne dépasse pas 5 % du prix de vente du produit ou du service principal avec lequel ils sont attribués.»
- 18 Enfin, l'article 57 de la loi de 1991 prévoit:
- «Il est également permis d'offrir gratuitement, conjointement à un produit ou à un service principal:
1. des titres permettant l'acquisition d'un produit ou service identique, pour autant que la réduction de prix résultant de cette acquisition n'excède pas le pourcentage fixé à l'article 55, 2;
 2. des titres permettant l'acquisition d'un des avantages prévus à l'article 56, 5 et 6;
 3. des titres donnant exclusivement droit à une ristourne en espèces, à la condition:
 - a) qu'ils mentionnent la valeur en espèces qu'ils représentent;
 - b) que, dans les établissements de vente de produits ou de fourniture de service, le taux ou l'importance de la ristourne offerte soit clairement indiqué, de même que les produits ou services dont l'acquisition donne droit à l'obtention de titres;
 4. des titres consistant en des documents donnant droit, après acquisition d'un certain nombre de produits ou de services, à une offre gratuite ou à une réduction de prix lors de l'acquisition d'un produit ou d'un service similaire, pour autant que cet avantage soit procuré par le même vendeur et n'excède pas le tiers du prix des produits ou services précédemment acquis.
- Les titres doivent mentionner la limite éventuelle de leur durée de validité, ainsi que les modalités de l'offre.
- Lorsque le vendeur interrompt son offre, le consommateur doit bénéficier de l'avantage offert au prorata des achats précédemment effectués.»
- 19 Le 5 juin 2007, le Royaume de Belgique a adopté la loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (*Moniteur belge* du 21 juin 2007, p. 34272, ci-après la «loi du 5 juin 2007») qui, conformément à son article 1^{er}, transpose les dispositions de la directive.

Les litiges au principal et les questions préjudicielles

Affaire C-261/07

- 20 Il ressort de la décision de renvoi que, depuis le 15 janvier 2007, Total Belgium, une filiale du groupe Total qui distribue notamment du carburant dans des stations-service, offre aux consommateurs détenteurs d'une carte Total Club trois semaines gratuites d'assistance au dépannage, pour chaque plein d'au moins 25 litres pour une voiture ou d'au moins 10 litres pour un cyclomoteur.
- 21 Le 5 février 2007, VTB, une société active dans le domaine de l'aide au dépannage, a demandé au rechtbank van koophandel te Antwerpen d'ordonner à Total Belgium la cessation de cette pratique commerciale en ce qu'elle constituait, notamment, une offre conjointe interdite par l'article 54 de la loi de 1991.

- 22 Dans ces conditions, le rechtbank van koophandel te Antwerpen a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«La directive [...] s'oppose-t-elle à une disposition nationale telle que celle de l'article 54 de la loi [de 1991] qui □ réserve faite des cas énumérés limitativement dans la loi □ interdit toute offre conjointe d'un vendeur à un consommateur, y compris l'offre conjointe d'un produit que le consommateur doit acheter et d'un service gratuit, dont l'acquisition est liée à l'achat du produit, et ce nonobstant les circonstances de l'espèce et en particulier nonobstant l'influence que cette offre particulière peut exercer sur le consommateur moyen et nonobstant la question de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, cette offre peut être considérée comme contraire à la diligence professionnelle ou aux usages honnêtes en matière commerciale?»

Affaire C-299/07

- 23 Le litige au principal oppose Galatea, une société qui exploite un magasin de lingerie à Schoten (Belgique), à Sanoma, une filiale du groupe finlandais Sanoma, editrice de plusieurs périodiques dont l'hebdomadaire *Flair*.
- 24 Le numéro de *Flair* du 13 mars 2007 était accompagné d'un carnet donnant droit, entre le 13 mars et le 15 mai 2007, à une remise de 15 à 25 % sur des produits vendus dans certains magasins de lingerie situés dans la Région flamande.
- 25 Le 22 mars 2007, Galatea a introduit devant le rechtbank van koophandel te Antwerpen une action en cessation de la pratique en cause, en faisant valoir que Sanoma avait violé, notamment, l'article 54 de la loi de 1991.
- 26 Dans ces conditions, le rechtbank van koophandel te Antwerpen a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«L'article 49 CE, relatif à la libre prestation des services et la directive [...] s'opposent-ils à une disposition nationale telle que celle de l'article 54 de la loi [de 1991] qui □ réserve faite des cas énumérés limitativement dans la loi □ interdit toute offre conjointe d'un vendeur à un consommateur dans le cadre de laquelle l'acquisition gratuite ou non de produits, services, avantages ou titres avec lesquels on peut les obtenir est liée à l'acquisition d'autres produits ou services, même identiques, et ce nonobstant les circonstances de l'espèce, et en particulier nonobstant l'influence que cette offre spécifique peut exercer sur le consommateur moyen et nonobstant la question de savoir si, dans les circonstances spécifiques de l'espèce, cette offre peut être considérée comme contraire à la diligence professionnelle ou aux usages honnêtes en matière commerciale?»

- 27 Par ordonnance du président de la Cour du 29 août 2007, les affaires C-261/07 et C-299/07 ont été jointes aux fins des procédures écrite et orale ainsi que de l'arrêt.

Sur les questions préjudicielles

- 28 Par ses deux questions, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que l'article 54 de la loi de 1991, qui, sauf certaines exceptions, et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, établit un principe général d'interdiction des offres conjointes faites par un vendeur à un consommateur.

Sur la recevabilité de la demande de décision préjudicielle dans l'affaire C-261/07

- 29 VTB conteste la recevabilité de la demande de décision préjudicielle au motif qu'elle porterait sur l'interprétation d'une directive dont le délai de transposition, fixé au 12 décembre 2007, n'était pas encore expiré à la date à laquelle la décision de renvoi a été rendue, à savoir le 24 mai 2007.

- 30 Pour les mêmes raisons, et sans soulever expressément une exception d'irrecevabilité, les gouvernements belge et espagnol considèrent que la directive ne serait pas applicable au litige au principal. En particulier, selon le gouvernement espagnol, une disposition nationale ne pourrait pas être écartée par un juge pour violation de la directive avant l'expiration du délai prévu pour la transposition de celle-ci.
- 31 Ces arguments ne sauraient toutefois être retenus.
- 32 À cet égard, il convient de rappeler que, en vertu d'une jurisprudence constante, dans le cadre de la coopération entre la Cour et les juridictions nationales telle que prévue à l'article 234 CE, il appartient aux seules juridictions nationales, qui sont saisies du litige et doivent assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit communautaire, la Cour est, en principe, tenue de statuer (voir, notamment, arrêts du 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. p. I-2099, point 38; du 22 mai 2003, *Korhonen e.a.*, C-18/01, Rec. p. I-5321, point 19, ainsi que du 19 avril 2007, *Asemfo*, C-295/05, Rec. p. I-2999, point 30).
- 33 Il s'ensuit que la présomption de pertinence qui s'attache aux questions posées à titre préjudiciel par les juridictions nationales ne peut être écartée que dans des cas exceptionnels et, notamment, lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée des dispositions du droit communautaire visées dans ces questions n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal (voir, notamment, arrêts du 15 décembre 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921, point 61, ainsi que du 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon*, C-212/06, Rec. p. I-1683, point 29).
- 34 En l'occurrence, force est de constater qu'il n'apparaît pas de manière manifeste que la présente question préjudicielle est dépourvue de pertinence au regard de la décision que la juridiction de renvoi est appelée à rendre.
- 35 En effet, d'une part, il ressort de la jurisprudence que peuvent être considérées comme relevant du champ d'application d'une directive non seulement les dispositions nationales dont l'objectif exprès est de transposer cette directive, mais également, à compter de la date d'entrée en vigueur de ladite directive, les dispositions nationales préexistantes, susceptibles d'assurer la conformité du droit national à celle-ci (voir, en ce sens, arrêt du 7 septembre 2006, *Cordero Alonso*, C-81/05, Rec. p. I-7569, point 29).
- 36 Or, s'il est vrai, dans l'affaire au principal, que la loi du 5 juin 2007 modifiant la loi de 1991 et visant formellement à transposer la directive est postérieure aux faits au principal et à l'adoption de la décision de renvoi, il n'en demeure pas moins que, ainsi qu'il résulte de cette décision et comme l'a reconnu le gouvernement belge lors de l'audience, les dispositions litigieuses contenues aux articles 54 à 57 de la loi de 1991, à savoir celles posant le principe d'interdiction générale des offres conjointes et prévoyant certaines exceptions à ce principe, n'ont été ni abrogées ni même amendées par la loi du 5 juin 2007.
- 37 En d'autres termes, aussi bien au moment des faits au principal qu'à celui de l'adoption de la décision de renvoi, ces dispositions préexistantes étaient considérées par les autorités nationales comme susceptibles d'assurer la transposition de la directive depuis la date d'entrée en vigueur de celle-ci, à savoir le 12 juin 2005, et comme relevant, dès lors, de son champ d'application.
- 38 D'autre part, il résulte, en tout état de cause, de la jurisprudence de la Cour que, pendant le délai de transposition d'une directive, les États membres destinataires de celle-ci doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive (arrêts du 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, Rec. p. I-7411, point 45; du 8 mai 2003, *ATRAL*, C-14/02, Rec. p. I-4431, point 58, et du 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, Rec. p. I-9981, point 67).

- 39 À cet égard, la Cour a eu l'occasion de préciser qu'une telle obligation d'abstention s'impose à l'ensemble des autorités des États membres concernés, y compris les juridictions nationales. Dès lors, dès la date à laquelle une directive est entrée en vigueur, les juridictions des États membres doivent s'abstenir dans la mesure du possible d'interpréter le droit interne d'une manière qui risquerait de compromettre sérieusement, après l'expiration du délai de transposition, la réalisation de l'objectif poursuivi par cette directive (voir, en particulier, arrêt du 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.*, C-212/04, Rec. p. I-6057, points 122 et 123).
- 40 Dans la mesure où la directive était déjà entrée en vigueur au moment des faits au principal, l'interprétation sollicitée par le *rechtbank van koophandel te Antwerpen*, qui porte sur des dispositions centrales de la directive, doit être considérée comme utile à la juridiction de renvoi afin de lui permettre de statuer dans l'affaire dont elle est saisie en se conformant à ladite obligation d'abstention.
- 41 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que la demande de décision préjudicielle introduite par la juridiction de renvoi dans l'affaire C-261/07 est recevable.

Sur le fond

Observations soumises à la Cour

- 42 Total Belgium, Sanoma, le gouvernement portugais et la Commission des Communautés européennes sont d'avis que la directive s'oppose à une interdiction des offres conjointes telle que celle prévue à l'article 54 de la loi de 1991.
- 43 À cet égard, Total Belgium, Sanoma et la Commission font valoir que les offres conjointes relèvent de la notion de «pratique commerciale» au sens de la directive. Or, étant donné que cette dernière procède à une harmonisation totale en matière de pratiques commerciales déloyales, les seules pratiques pouvant être interdites «en toutes circonstances» par les États membres seraient, conformément à l'article 5, paragraphe 5, de la directive, celles mentionnées à l'annexe I de celle-ci. Les offres conjointes n'étant pas visées par cette annexe, elles ne sauraient, dès lors, être prohibées en tant que telles, mais pourraient être interdites seulement si, eu égard aux éléments spécifiques de l'espèce, le juge devait constater que les conditions posées à l'article 5 de la directive sont remplies. Par conséquent, comme le soutient également le gouvernement portugais, une interdiction de principe des offres conjointes, telle que celle énoncée à l'article 54 de la loi de 1991, serait contraire à la directive.
- 44 D'avis opposé, VTB ainsi que les gouvernements belge et français font essentiellement valoir que les offres conjointes échappent à la notion de «pratique commerciale» au sens de la directive et, dès lors, ne relèvent pas de son champ d'application.
- 45 À cet égard, le gouvernement belge précise que les offres conjointes avaient fait l'objet de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur (JO 2002, C 75, p. 11), qui distinguait clairement le traitement juridique desdites offres de celui des pratiques commerciales, visées par la directive. Or, cette proposition n'ayant été retirée qu'en 2006, les autorités belges étaient fondées à croire que les offres conjointes ne constituaient pas des «pratiques commerciales». Par conséquent, le législateur belge, dans le cadre de la transposition de la directive, n'a estimé ni devoir modifier l'article 54 de la loi de 1991 ni être dans l'obligation de l'interpréter à la lumière des critères posés à l'article 5 de la directive.
- 46 Le gouvernement français ajoute, en particulier, que, si la directive oblige les États membres à interdire les pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs, cela n'empêche toutefois pas ces États, afin de mieux protéger le consommateur, de prohiber d'autres pratiques, telles que les offres conjointes, indépendamment de leur caractère déloyal au sens de la directive.

- 47 Enfin, selon VTB, l'article 5 de la directive, en tout état de cause, n'exclut pas que les États membres qualifient de déloyales des pratiques commerciales autres que celles mentionnées à l'annexe I de celle-ci.

Réponse de la Cour

- 48 Afin de répondre aux présentes questions, il est nécessaire, à titre liminaire, de déterminer si les offres conjointes, objet de l'interdiction litigieuse, constituent des pratiques commerciales au sens de l'article 2, sous d), de la directive et sont, dès lors, soumises aux prescriptions édictées par cette dernière.
- 49 À cet égard, il y a lieu de relever que l'article 2, sous d), de la directive définit, en utilisant une formulation particulièrement large, la notion de pratique commerciale 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».
- 50 Or, ainsi que M^{me} l'avocat général l'a relevé aux points 69 et 70 de ses conclusions, les offres conjointes constituent des actes commerciaux s'inscrivant clairement dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opérateur et visant directement à la promotion et à l'écoulement des ventes de celui-ci. Il s'ensuit qu'elles constituent bien des pratiques commerciales au sens de l'article 2, sous d), de la directive et relèvent, en conséquence, du champ d'application de celle-ci.
- 51 Cela étant déterminé, il convient de rappeler, tout d'abord, que la directive vise à établir, conformément à ses cinquième et sixième considérants ainsi qu'à son article 1^{er}, des règles uniformes relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, afin de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection de ces derniers.
- 52 La directive procède, ainsi, à une harmonisation complète desdites règles au niveau communautaire. Dès lors, comme le prévoit expressément l'article 4 de celle-ci et contrairement à ce qu'affirment VTB et le gouvernement français, les États membres ne peuvent pas adopter des mesures plus restrictives que celles définies par la directive, même aux fins d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs.
- 53 Ensuite, il y a lieu de relever que l'article 5 de la directive prévoit l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et énonce les critères permettant de déterminer un tel caractère déloyal.
- 54 Ainsi, conformément au paragraphe 2 de cette disposition, une pratique commerciale est déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit.
- 55 En outre, l'article 5, paragraphe 4, de la directive définit deux catégories précises de pratiques commerciales déloyales, à savoir les «pratiques trompeuses» et les «pratiques agressives» répondant aux critères spécifiés respectivement aux articles 6 et 7 ainsi que 8 et 9 de la directive. En vertu de ces dispositions, de telles pratiques sont interdites lorsque, compte tenu de leurs caractéristiques et du contexte factuel, elles amènent ou sont susceptibles d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.
- 56 La directive établit également, à son annexe I, une liste exhaustive de 31 pratiques commerciales qui, conformément à l'article 5, paragraphe 5, de la directive, sont réputées déloyales «en toutes circonstances». Par conséquent, ainsi que le précise expressément le dix-septième considérant de la directive, il s'agit des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans faire l'objet d'une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de la directive.

- 57 Enfin, il importe de relever que les offres conjointes ne figurent pas parmi les pratiques énumérées à ladite annexe I.
- 58 Dès lors, c'est à la lumière du contenu et de l'économie générale des dispositions de la directive, rappelées aux points précédents, qu'il convient d'examiner les questions posées par la juridiction de renvoi.
- 59 Or, à cet égard, force est de constater que, en établissant une présomption d'illégalité des offres conjointes, une réglementation nationale telle que celle en cause au principal ne répond pas aux exigences posées par la directive.
- 60 En effet, d'abord, l'article 54 de la loi de 1991 établit le principe de l'interdiction des offres conjointes, alors même que de telles pratiques ne sont pas visées à l'annexe I de la directive.
- 61 Or, comme il a été rappelé au point 56 du présent arrêt, cette annexe énumère de manière exhaustive les seules pratiques commerciales interdites en toutes circonstances, lesquelles ne doivent, dès lors, pas faire l'objet d'un examen au cas par cas.
- 62 Ainsi, la directive s'oppose au régime institué par l'article 54 de la loi de 1991 en ce que cet article prohibe, de manière générale et préventive, les offres conjointes indépendamment de toute vérification de leur caractère déloyal au regard des critères posés aux articles 5 à 9 de la directive.
- 63 Ensuite, en opérant de la sorte, une règle du type de celle en cause au principal se heurte au contenu de l'article 4 de la directive qui interdit expressément aux États membres de maintenir ou d'adopter des mesures nationales plus restrictives, même lorsque de telles mesures visent à assurer un niveau de protection plus élevé des consommateurs.
- 64 Enfin, il convient d'ajouter qu'une telle interprétation ne saurait être remise en cause par le fait que la loi de 1991 prévoit, à ses articles 55 à 57, un certain nombre d'exceptions à ladite prohibition des offres conjointes.
- 65 En effet, même si ces exceptions sont susceptibles de restreindre la portée de l'interdiction des offres conjointes, il n'en reste pas moins qu'elles ne sauraient, du fait de leur nature limitée et prédéfinie, se substituer à l'analyse, devant être nécessairement menée au regard du contexte factuel de chaque espèce, du caractère «déloyal» d'une pratique commerciale à la lumière des critères énoncés aux articles 5 à 9 de la directive, lorsqu'il s'agit, comme dans les affaires au principal, d'une pratique non visée à l'annexe I de celle-ci.
- 66 Cette constatation est d'ailleurs confirmée par le contenu même de certaines des dérogations en cause. Ainsi, par exemple, l'article 55 de la loi de 1991 n'autorise les offres conjointes pour un prix global que pour autant qu'elles concernent des produits ou des services qui soit constituent un ensemble, soit sont identiques. Or, comme le relève à juste titre la Commission dans sa réponse à la question écrite posée par la Cour, il ne peut être exclu que, moyennant notamment une information correcte du consommateur, une offre conjointe de différents produits ou services qui ni ne constituent un ensemble ni ne sont identiques satisfasse aux exigences de loyauté posées par la directive.
- 67 Dans ces conditions, il y a lieu de constater que la directive s'oppose à une interdiction des offres conjointes telle que celle prévue par la loi de 1991. Partant, il n'est pas nécessaire de s'interroger sur une éventuelle violation de l'article 49 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

- 69 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

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.

ARRÊT DE LA COUR (première chambre)

14 janvier 2010 (*)

«Directive 2005/29/CE – Pratiques commerciales déloyales – Réglementation nationale énonçant une interdiction de principe des pratiques commerciales subordonnant la participation des consommateurs à un jeu promotionnel à l’acquisition d’un bien ou d’un service»

Dans l’affaire C-304/08,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 234 CE, introduite par le Bundesgerichtshof (Allemagne), par décision du 5 juin 2008, parvenue à la Cour le 9 juillet 2008, dans la procédure

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV

contre

Plus Warenhandelsgesellschaft mbH,

LA COUR (première chambre),

composée de M. A. Tizzano (rapporteur), président de chambre, faisant fonction de président de la première chambre, MM. E. Levits, A. Borg Barthet, M. Ilešič et J.-J. Kasel, juges,

avocat général: M^{me} V. Trstenjak,

greffier: M. B. Fülöp, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 11 juin 2009,

(...)

Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l’interprétation de l’article 5, paragraphe 2, de 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») (JO L 149, p. 22).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d’un litige opposant Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV (association allemande de lutte contre la concurrence déloyale, ci-après «Wettbewerbszentrale») à Plus Warenhandelsgesellschaft mbH, une entreprise allemande de vente au détail (ci-après «Plus»), au sujet d’une pratique commerciale de cette dernière considérée comme déloyale par Wettbewerbszentrale.

Le cadre juridique

La réglementation communautaire

- 3 Les sixième, septième et dix-septième considérants de la directive 2005/29 énoncent ce qui suit:

«(6) La présente directive a [...] pour objet de rapprocher les législations des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale, portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs et, par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes. 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. Elle ne couvre ni n'affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels; pour tenir pleinement compte du principe de subsidiarité, les États membres conserveront, s'ils le souhaitent, la faculté de réglementer les pratiques visées, conformément à la législation communautaire. [...]

(7) La présente directive porte sur les pratiques commerciales qui visent directement à influencer les décisions commerciales des consommateurs à l'égard de produits. Elle ne s'applique pas aux pratiques commerciales mises en œuvre principalement à d'autres fins, parmi lesquelles figurent par exemple les communications commerciales destinées aux investisseurs, telles que les rapports annuels et la documentation promotionnelle des entreprises. Elle ne s'applique pas aux prescriptions légales concernant le bon goût et la bienséance, qui sont très variables d'un État membre à l'autre. Des pratiques commerciales telles que, par exemple, la sollicitation commerciale dans la rue peuvent être malvenues dans certains États membres pour des raisons culturelles. Les États membres devraient par conséquent avoir la possibilité de continuer à interdire certaines pratiques commerciales sur leur territoire, conformément au droit communautaire, pour des motifs de bon goût et de bienséance, même lorsque ces pratiques ne restreignent pas la liberté de choix des consommateurs. Il serait judicieux, lors de l'application de la directive, notamment des clauses générales, de tenir largement compte des circonstances de chaque espèce.

[...]

(17) Afin d'apporter une plus grande sécurité juridique, il est souhaitable d'identifier les pratiques commerciales qui sont, en toutes circonstances, déloyales. L'annexe I contient donc la liste complète de toutes ces pratiques. Il s'agit des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9. Cette liste ne peut être modifiée que par une révision de la directive.»

- 4 L'article 2 de la directive 2005/29 prévoit:

«Aux fins de la présente directive, on entend par:

[...]

d) 'pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs' (ci-après également dénommées 'pratiques commerciales'): 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;

[...]»

- 5 L'article 3, paragraphe 1, de cette directive dispose:

«La présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telles que définies à l'article 5, avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit.»

6 Selon l'article 4 de ladite directive:

«Les États membres ne restreignent ni la libre prestation de services, ni la libre circulation des marchandises pour des raisons relevant du domaine dans lequel la présente directive vise au rapprochement des dispositions en vigueur.»

7 L'article 5 de la directive 2005/29, intitulé «Interdiction des pratiques commerciales déloyales», est ainsi rédigé:

«1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.

2. Une pratique commerciale est déloyale si:

a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle,

et

b) 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, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs.

3. Les pratiques commerciales qui sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un groupe clairement identifiable de consommateurs parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement attendre du professionnel qu'il prévoie cette conséquence, sont évaluées du point de vue du membre moyen de ce groupe. Cette disposition est sans préjudice de la pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral.

4. En particulier, sont déloyales les pratiques commerciales qui sont:

a) trompeuses au sens des articles 6 et 7,

ou

b) agressives au sens des articles 8 et 9.

5. L'annexe I contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive.»

8 Enfin, conformément à l'article 19 de la directive 2005/29:

«Les États membres adoptent et publient au plus tard le 12 juin 2007 les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive. [...]

Ils appliquent ces dispositions au plus tard le 12 décembre 2007. [...]»

La réglementation nationale

9 La loi sur la répression de la concurrence déloyale (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl. 2004 I, p. 1414, ci-après l'«UWG») a pour objectif, conformément à son article 1^{er}, de protéger de la concurrence déloyale les concurrents, les consommateurs et les autres acteurs du marché. Elle défend, en même temps, l'intérêt général lié à ce que la concurrence ne soit pas faussée.

10 L'article 3 de l'UWG est libellé comme suit:

«Les actes de concurrence déloyale qui sont de nature à entraver de manière non négligeable la concurrence au détriment des concurrents, des consommateurs ou d'autres acteurs du marché sont illicites.»

- 11 L'article 4 de l'UWG dispose:

«Se rend coupable d'actes déloyaux au sens de l'article 3 notamment toute personne

[...]

6. qui fait dépendre la participation des consommateurs à un concours promotionnel ou à un jeu promotionnel de l'acquisition d'un bien ou d'un service, à moins que le concours ou le jeu ne soit intrinsèquement lié audit bien ou service;

[...]»

Le litige au principal et la question préjudicielle

- 12 Il ressort de la décision de renvoi que, du 16 septembre au 13 novembre 2004, Plus a lancé la campagne promotionnelle «Ihre Millionenchance» (Votre chance de gagner des millions) dans le cadre de laquelle le public était invité à acheter des produits vendus dans ses magasins afin de collecter des points. L'accumulation de 20 points donnait la possibilité de participer gratuitement au tirage du 6 novembre 2004 ou à celui du 27 novembre 2004 du Deutscher Lottoblock (association nationale de 16 sociétés de loterie).
- 13 Considérant cette pratique comme déloyale au sens des dispositions combinées des articles 3 et 4, point 6, de l'UWG, en ce qu'elle faisait dépendre la participation des consommateurs à un jeu promotionnel de l'acquisition de biens, Wettbewerbszentrale a demandé au Landgericht Duisburg d'ordonner à Plus la cessation de ladite pratique.
- 14 Après avoir été condamnée en première et deuxième instances, Plus a introduit un pourvoi en «Revision» devant le Bundesgerichtshof.
- 15 Dans sa décision de renvoi, cette juridiction exprime des doutes quant à la compatibilité desdites dispositions nationales avec la directive 2005/29, dans la mesure où celles-ci prévoient une interdiction générale des concours et des jeux promotionnels avec obligation d'achat. Or, une telle pratique n'est pas comprise parmi celles énumérées à l'annexe I de cette directive, qui seules pourraient être interdites en toutes circonstances indépendamment d'une menace concrète pour les intérêts des consommateurs. En outre, selon la juridiction de renvoi, il n'est pas exclu que, en opérant de la sorte, l'UWG reconnaisse aux consommateurs une protection plus étendue que celle voulue par le législateur communautaire, alors même que ladite directive opérerait une harmonisation complète de la matière.
- 16 Dans sa décision de renvoi, le Bundesgerichtshof formule également certaines observations relatives à la recevabilité de son renvoi préjudiciel.
- 17 À cet égard, il précise que, bien que la directive 2005/29 n'ait pas encore été transposée en droit allemand et qu'aucune modification ou abrogation des dispositions de l'UWG en cause au principal ne soit par ailleurs prévue dans ce cadre, il est néanmoins tenu, en vertu de la jurisprudence résultant de l'arrêt du 4 juillet 2006, Adelenner e.a. (C-212/04, Rec. p. I-6057), d'interpréter le droit interne d'une manière conforme à la directive 2005/29 depuis le 12 décembre 2007, à savoir la date à laquelle, selon l'article 19 de cette directive, l'application des dispositions nationales de transposition devait au plus tard être assurée.
- 18 En outre, s'il est certes vrai que la publicité critiquée est antérieure même à la date d'entrée en vigueur de la directive 2005/29, à savoir le 12 juin 2005, la juridiction de renvoi explique que, compte tenu du fait que la demande de cessation présentée par Wettbewerbszentrale vise des infractions futures, le pourvoi en «Revision» ne pourra être accueilli que si la cessation peut également être demandée sur la base du droit en vigueur à la date du prononcé de sa décision.

- 19 Dans ces conditions, le Bundesgerichtshof a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«L'article 5, paragraphe 2, de la directive 2005/29 [...] doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale aux termes de laquelle une pratique commerciale faisant dépendre la participation des consommateurs à un concours promotionnel ou à un jeu promotionnel de l'acquisition d'un bien ou d'un service est par principe illicite, indépendamment du point de savoir si la mesure promotionnelle concrète affecte les intérêts des consommateurs?»

Sur la question préjudicielle

- 20 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2005/29 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que l'UWG, 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 promotionnels de l'acquisition d'un bien ou d'un service.

Sur la recevabilité

- 21 Le gouvernement espagnol conteste la recevabilité de la demande de décision préjudicielle au motif que la directive 2005/29 n'est pas applicable à une situation telle que celle au principal.
- 22 Selon ce gouvernement, étant donné que le litige oppose deux entreprises de nationalité allemande, la situation en cause au principal se caractérise par le fait que tous ses éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre de sorte que les dispositions de la directive 2005/29 ne trouvent pas à s'appliquer au litige au principal (voir arrêt 21 octobre 1999, Jägerskiöld, C-97/98, Rec. p. I-7319, point 45). À titre subsidiaire, le gouvernement espagnol fait valoir, en substance, que la directive 2005/29 n'est pas applicable à l'affaire au principal dans la mesure où les faits qui ont donné lieu à celle-ci se sont produits non seulement avant l'expiration du délai de transposition de cette directive, mais avant même l'adoption de cette dernière. Par conséquent, la Cour ne saurait apprécier la conformité de la loi allemande avec la directive 2005/29. Enfin, ce gouvernement souligne que, en tout état de cause, cette directive ne vise pas à réglementer les concours ou les loteries liés à la mise en commerce de biens ou de services destinés aux consommateurs, ce régime ayant expressément fait l'objet d'une proposition de règlement COM(2001) 546 final relatif aux promotions des ventes qui a ensuite été retirée par la Commission des Communautés européennes en 2006.
- 23 Ces arguments ne sauraient toutefois être retenus.
- 24 À cet égard, il convient d'emblée de rappeler que, en vertu d'une jurisprudence constante, dans le cadre de la coopération entre la Cour et les juridictions nationales telle que prévue à l'article 234 CE, il appartient aux seules juridictions nationales, qui sont saisies du litige et doivent assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit communautaire, la Cour est, en principe, tenue de statuer (voir, notamment, arrêts du 13 mars 2001, PreussenElektra, C-379/98, Rec. p. I-2099, point 38; du 22 mai 2003, Korhonen e.a., C-18/01, Rec. p. I-5321, point 19, ainsi que du 19 avril 2007, Asemfo, C-295/05, Rec. p. I-2999, point 30).
- 25 Il s'ensuit que la présomption de pertinence qui s'attache aux questions posées à titre préjudiciel par les juridictions nationales ne peut être écartée que dans des cas exceptionnels et, notamment, lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée des dispositions du droit communautaire visées dans ces questions n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal (voir, notamment, arrêts du 15 décembre 1995,

Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, point 61, ainsi que du 1^{er} avril 2008, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon, C-212/06, Rec. p. I-1683, point 29).

- 26 Or, tel n'apparaît pas être le cas en l'espèce.
- 27 S'agissant, tout d'abord, de la référence du gouvernement espagnol à l'arrêt Jägerskiöld, précité, afin de faire valoir l'absence de dimension communautaire de l'affaire à l'origine de la présente demande de décision préjudicielle, il suffit de constater que cet arrêt portait sur l'interprétation des dispositions du traité CE relatives à la libre prestations de services, lesquelles, ainsi que la Cour l'a rappelé expressément au point 42 dudit arrêt, ne sont pas applicables à des activités dont l'ensemble des éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre.
- 28 En revanche, dans l'affaire au principal, contrairement aux dispositions du traité en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Jägerskiöld, précité, l'application de la directive 2005/29 n'est pas subordonnée à la présence d'un élément d'extranéité. En vertu de son article 3, paragraphe 1, celle-ci est, en effet, applicable à toute pratique commerciale déloyale mise en œuvre par une entreprise à l'égard des consommateurs.
- 29 En ce qui concerne, ensuite, l'argument selon lequel la directive 2005/29 ne s'appliquerait pas au litige au principal au motif que les faits ayant donné lieu à celui-ci se sont produits avant l'adoption de cette directive, il convient de relever, d'une part, que, selon la jurisprudence de la Cour, dès la date à laquelle une directive est entrée en vigueur, les juridictions des États membres doivent s'abstenir dans la mesure du possible d'interpréter le droit interne d'une manière qui risquerait de compromettre sérieusement, après l'expiration du délai de transposition, la réalisation de l'objectif poursuivi par cette directive (voir, en particulier, arrêt du 23 avril 2009, VTB-VAB et Galatea, C-261/07 et C-299/07, non encore publié au Recueil, point 39 et jurisprudence citée).
- 30 En l'occurrence, une telle obligation d'abstention était applicable, à tout le moins, au moment de l'adoption de la décision de renvoi, à savoir le 5 juin 2008, date à laquelle non seulement la directive 2005/29 était entrée en vigueur, mais encore le délai de transposition de celle-ci, fixé au 12 décembre 2007, était expiré.
- 31 D'autre part, et en tout état de cause, il ressort expressément de la décision de renvoi que l'issue du pourvoi en «Revision» introduit par Plus dépend de la question de savoir si l'action en cessation en cause peut être demandée sur la base du droit applicable au moment où interviendra, à la suite du prononcé du présent arrêt, la décision statuant sur le litige au principal, dans la mesure où ladite action porte également sur des infractions futures.
- 32 Dans ces conditions, ainsi que M^{me} l'avocat général l'a relevé aux points 49 à 57 de ses conclusions, l'interprétation de la directive 2005/29 sollicitée par la juridiction de renvoi doit être considérée comme pouvant lui être utile afin de lui permettre de statuer dans l'affaire dont elle est saisie.
- 33 Enfin, s'agissant de l'argument selon lequel les pratiques de promotion des ventes en cause au principal ne seraient pas visées par la directive 2005/29 au motif qu'elles ont expressément fait l'objet d'une proposition de règlement de la Commission, il suffit de constater que cette circonstance ne saurait à elle seule exclure, notamment compte tenu du fait que ladite proposition a été retirée en 2006 et n'a donc pas abouti à l'adoption d'un règlement, que de telles pratiques puissent constituer, en l'état actuel du droit communautaire, des pratiques commerciales déloyales au sens de cette directive et relever du champ d'application de celle-ci.
- 34 Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que la demande de décision préjudicielle est recevable.

Sur le fond

- 35 Afin de répondre à la question posée, il convient, tout d'abord, de déterminer si les pratiques objet de l'interdiction en cause au principal, couplant l'achat de biens ou de

services à la participation des consommateurs à un jeu ou à un concours, constituent des pratiques commerciales au sens de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29 et sont, dès lors, soumises aux prescriptions édictées par cette dernière.

- 36 À cet égard, il y a lieu de relever que l'article 2, sous d), de la directive 2005/29 définit, en utilisant une formulation particulièrement large, la notion de pratique commerciale 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».
- 37 Or, force est de constater que des campagnes promotionnelles, telles que celle en cause au principal, subordonnant la participation gratuite du consommateur à une loterie à l'achat d'une certaine quantité de biens ou de services, s'inscrivent clairement dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opérateur et visent directement à la promotion et à l'écoulement des ventes de celui-ci. Il s'ensuit qu'elles constituent bien des pratiques commerciales au sens de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29 et relèvent, en conséquence, du champ d'application de celle-ci (voir par analogie, concernant les offres conjointes, arrêt VTB-VAB et Galatea, précité, point 50).
- 38 Cette conclusion ne saurait être remise en cause par l'argumentation, avancée par les gouvernements tchèque et autrichien, selon laquelle les dispositions de l'UWG en cause au principal, contrairement à celles de la directive 2005/29, auraient pour but principal non pas la protection des consommateurs, mais celle des concurrents contre des pratiques commerciales déloyales mises en œuvre par certains opérateurs, de sorte que de telles dispositions ne relèveraient pas du domaine d'application de cette directive.
- 39 En effet, comme il a été souligné au point 36 du présent arrêt, la directive 2005/29 se distingue 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. Ne sont ainsi exclues dudit champ d'application, comme il 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.
- 40 Or, ainsi que M^{me} l'avocat général l'a relevé aux points 65 et 66 de ses conclusions, tel n'est de toute évidence pas le cas des dispositions nationales en cause au principal, les articles 1^{er}, 3 et 4 de l'UWG visant expressément la protection des consommateurs et pas uniquement celle des concurrents et des autres acteurs du marché.
- 41 Cela étant précisé, il convient de rappeler, ensuite, que la directive 2005/29 procède à une harmonisation complète au niveau communautaire des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs. Dès lors, comme le prévoit expressément l'article 4 de celle-ci, les États membres ne peuvent pas adopter des mesures plus restrictives que celles définies par ladite directive, même aux fins d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs (arrêt VTB-VAB et Galatea, précité, point 52).
- 42 Il y a lieu également de relever que l'article 5 de la directive 2005/29 prévoit l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et énonce les critères permettant de déterminer un tel caractère déloyal.
- 43 Ainsi, conformément au paragraphe 2 de cet article, une pratique commerciale est déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit.
- 44 Quant au paragraphe 4 dudit article, il définit deux catégories précises de pratiques commerciales déloyales, à savoir les «pratiques trompeuses» et les «pratiques agressives» répondant aux critères spécifiés respectivement aux articles 6 et 7 ainsi que 8 et 9 de la directive 2005/29. En vertu de ces dispositions, de telles pratiques sont notamment interdites lorsque, compte tenu de leurs caractéristiques et du contexte factuel, elles

amènent ou sont susceptibles d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

- 45 Enfin, la directive 2005/29 établit, à son annexe I, une liste exhaustive de 31 pratiques commerciales qui, conformément à l'article 5, paragraphe 5, de cette directive, sont réputées déloyales «en toutes circonstances». Par conséquent, ainsi que le précise expressément le dix-septième considérant de ladite directive, seules ces pratiques commerciales sont susceptibles d'être considérées comme déloyales sans faire l'objet d'une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de la directive 2005/29.
- 46 Dès lors, c'est à la lumière du contenu et de l'économie générale des dispositions de la directive 2005/29, rappelées aux points précédents, qu'il convient d'examiner la question posée par la juridiction de renvoi.
- 47 À cet égard, force est de constater que, en établissant une interdiction de principe des pratiques subordonnant la participation des consommateurs à un jeu ou à un concours à l'achat de produits ou de services, une réglementation nationale telle que celle en cause au principal ne répond pas aux exigences posées par la directive 2005/29.
- 48 En effet, d'une part, l'article 4, point 6, de l'UWG prohibe toute opération commerciale couplant l'achat de produits ou de services à la participation des consommateurs à un concours ou à un jeu promotionnels, à la seule exception de celles portant sur un jeu ou un concours intrinsèquement lié au bien ou au service en cause. En d'autres termes, ce type de pratique est interdit de manière générale, sans qu'il soit nécessaire de déterminer, au regard du contexte factuel de chaque espèce, si l'opération commerciale en cause présente un caractère «déloyal» à la lumière des critères énoncés aux articles 5 à 9 de la directive 2005/29.
- 49 Or, il est constant que de telles pratiques, associant l'acquisition de biens ou de services à la participation des consommateurs à un jeu ou à un concours, ne sont pas visées à l'annexe I de ladite directive, laquelle énumère, comme il a été rappelé au point 45 du présent arrêt, de manière exhaustive les seules pratiques pouvant être interdites sans faire l'objet d'un examen au cas par cas.
- 50 D'autre part, une réglementation du type de celle en cause au principal se heurte au contenu de l'article 4 de la directive 2005/29 qui interdit expressément aux États membres de maintenir ou d'adopter des mesures nationales plus restrictives, même lorsque de telles mesures visent à assurer un niveau de protection plus élevé des consommateurs.
- 51 Dans ces conditions, il y a lieu de constater que la directive 2005/29 s'oppose à une interdiction des offres commerciales couplant l'achat de biens ou de services à la participation des consommateurs à un concours ou à un jeu, telle que celle prévue par la réglementation nationale en cause au principal.
- 52 Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que l'article 4, point 6, de l'UWG prévoit une exception en faveur des pratiques portant sur un jeu ou un concours intrinsèquement lié au bien ou au service en cause.
- 53 En effet, même si elle est susceptible de restreindre la portée de l'interdiction prévue à ladite disposition, il n'en reste pas moins qu'une telle exception ne saurait, du fait de sa nature limitée et prédéfinie, se substituer à l'analyse, devant nécessairement être menée au regard du contexte factuel de chaque espèce, du caractère «déloyal» d'une pratique commerciale à la lumière des critères énoncés aux articles 5 à 9 de la directive 2005/29, lorsqu'il s'agit, comme dans l'affaire au principal, d'une pratique non visée à l'annexe I de celle-ci (voir arrêt VTB-VAB et Galatea, précité, points 64 et 65).
- 54 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que la directive 2005/29 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, 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 promotionnels de l'acquisition d'un bien ou d'un service.

Sur les dépens

- 55 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

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 au principal, 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 promotionnels de l'acquisition d'un bien ou d'un service.

COUR D'APPEL DE PARIS

ARRET DU 14 MAI 2009

Numéro d'inscription au répertoire général : **09/03660**

Décision déférée à la Cour : Jugement du 23 Février 2009 - Tribunal de Commerce de PARIS - RG n° 2008078679

APPELANTES

La S.A FRANCE TELECOM agissant poursuites et diligences en la personne de son représentant légal

ayant son siège : 6 Place d'Alleray - 75015 PARIS

représentée par la SCP GRAPPOTTE BENETREAU JUMEL, avoués à la Cour

assistée de Me Hugues CALVET et Robert Saint-Esteben, avocats au Barreau de Paris - T12

La S.A ORANGE SPORTS agissant poursuites et diligences en la personne de son représentant légal

ayant son siège : 6 Place d'Alleray - 75055 PARIS

représentée par la SCP GRAPPOTTE BENETREAU JUMEL, avoués à la Cour

assistée de Me Hugues CALVET et Robert Saint-Esteben, avocats au Barreau de Paris - T12

INTIMEES

La S.A.S FREE

ayant son siège : 8 rue de la Ville l'Evêque - 75055 PARIS

représentée par la SCP DUBOSCQ - PELLERIN, avoués à la Cour

assistée de Me Didier THEOPHILE et Me Cyril BONAN, avocat au Barreau de Paris, plaident

pour Darrois -Villey- Maillot- Brochier - R170

La S.A NEUF CEGETEL

ayant son siège : 40 - 42 Quai du Point du Jour - 92100 BOULOGNE BILLANCOURT

représentée par Me François TEYTAUD, avoué à la Cour

L'ASSOCIATION LA LIGUE DE FOOTBALL PROFESSIONNEL

ayant son siège : 6 rue Léo Delibes - 75116 PARIS

représentée par Me Dominique OLIVIER, avoué à la Cour

assistée de Me Jacques Philippe GUNTHER, avocat plaident pour Willkie Farr & Gallagher J3 - Barreau de Paris

PARTIES INTERVENANTES ET COMME TELLES INTIMEES

L'ASSOCIATION NATIONALE DES LIGUES DE SPORT PROFESSIONNEL, agissant

poursuites et diligences de son Président, Alain SMADJA, domicilié en cette qualité audit siège

ayant son siège : 21 rue René Goscinny - 75013 Paris

représentée par Me Dominique OLIVIER, avoué à la Cour

assistée de Me Maurice LANTOURNE, avocat plaident pour Willkie Farr & Gallagher - J3 Barreau de Paris

La SOCIETE FRANÇAISE DE RADIOTELEPHONE SFR, venant aux droits de la société NEUF CEGETEL, prise en la personne de son représentant légal, domicilié audit siège

ayant son siège : sis 42, avenue de Friedland - 75008 Paris

représentée par Me François TEYTAUD, avoué à la Cour

assistée de Me Pierre-Olivier CHARTIER, avocat plaçant pour la société Carreras, Barsikian & Robertson - R139 et Me Olivier FREGET, avocat au Barreau de Paris, plaçant pour Allen & Overy J022 Paris

**LE MINISTERE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI,
DIRECTION GENERALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE
LA REPRESSION DES FRAUDES - DEPARTEMENT DE PARIS**

8, rue FROISSART - 75153 PARIS CEDEX 03

représenté par M. Emmanuel SELLIER, inspecteur, désigné par acte du Ministère de l'Economie du 29 avril 2009, conformément à l'arrêté du 12 MARS 1987 portant délégation de pouvoirs

COMPOSITION DE LA COUR :

Après le rapport oral de Mme Agnès MOUILLARD, Conseillère, conformément aux dispositions de l'article 785 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 30 Avril 2009,

en audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Hélène DEURBERGUE, Présidente

Madame Catherine LE BAIL, Conseillère

Mme Agnès MOUILLARD, Conseillère

qui en ont délibéré

Greffier, lors des débats : Monsieur Hadji MZE MCHINDA

ARRET :

- Contradictoire

- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Madame Hélène DEURBERGUE, Présidente et par Monsieur Hadji MZE MCHINDA, greffier de services judiciaires auquel la minute de la décision a été remise par le Magistrat signataire.

La société Free (Free) est un opérateur de communications électroniques, filiale à 100 % du groupe Iliad, qui a été le premier, en 2003, à commercialiser dans les zones dégroupées des offres dites multiservices, dites aussi "Multiplay", ou même "Triple Play" en l'espèce, combinant l'accès à Internet haut débit (ADSL), la téléphonie fixe illimitée par Internet et des services de télévision par ADSL. Elle dispose actuellement d'une base d'abonnés proche de 4 millions qui la place, en qualité de fournisseur d'accès Internet (FAI), en deuxième position en part de marché (25 %) derrière France Télécom.

La société Neuf Cegetel, détenue depuis le 19 juin 2008 par la Société Française de Radiotéléphone (SFR), elle-même filiale à 56 % de Vivendi, qui contrôle également Canal Plus

et Vodafone, propose au public une offre d'accès Internet haut débit. Elle aussi a lancé une offre multiservices combinant l'accès à Internet haut débit, la téléphonie fixe, la télévision par ADSL et d'autres services à la carte.

La société France Télécom (France Télécom) est l'opérateur historique de télécommunications en France. Elle commercialise des offres de téléphonie mobile, Internet haut débit et télévision sous la marque Orange, laquelle est devenue depuis 2006 la marque unique du groupe. Elle aussi propose des offres multiservices combinant des services d'accès Internet haut débit, de téléphonie illimitée et de télévision par ADSL. Pour les zones non éligibles à la télévision par ADSL, elle a également mis en place, en juillet 2008, une offre permettant l'accès à des services de télévision numérique par satellite. Depuis 2007, elle s'est lancée dans l'édition de contenus audiovisuels via sa filiale, la société Orange Sports, qui exploite et édite des services de communication audiovisuelle, notamment des émissions de télévision, et en particulier le service Orange Sports Info ainsi que, depuis août 2008, le service Orange Foot, devenu Orange Sports le 10 janvier 2009.

En effet, le 6 février 2008, France Télécom a obtenu, dans le cadre d'un appel à candidatures lancé par la Ligue de football professionnel pour la retransmission des matchs de la ligue 1 de football pour la période 2008-2012, les droits exclusifs sur trois des douze lots pour un montant annuel de 203 millions d'euros, le groupe Canal Plus ayant remporté les neuf autres pour la somme de 465 millions d'euros par an. La chaîne Orange Sports est diffusée à la fois par satellite et sur les réseaux ADSL, sous condition de souscription préalable à un abonnement à l'une des offres Internet haut débit d'Orange. Elle est alors accessible en option payante, à raison de 6 euros par mois.

Estimant que France Télécom et Orange commettent des actes de concurrence déloyale en subordonnant, en violation de l'article L. 122-1 du code de la consommation, l'abonnement à Orange Foot à la souscription d'un abonnement à Internet haut débit Orange, Free a, après une première tentative infructueuse en référé (ordonnance du président du tribunal de commerce de

Paris, en date du 1 juillet 2008, disant n'y avoir lieu à référé), assigné France Télécom à bref délai, le 30 octobre 2008, pour qu'il lui soit ordonné sous astreinte :

- de cesser de subordonner l'abonnement à Orange Foot à la souscription d'un abonnement à Internet haut débit Orange,
- de diffuser sur son site Internet un communiqué en ce sens,
- d'adresser un courrier à ses abonnés en ce sens, et demandant une expertise pour apprécier son préjudice commercial ainsi qu'une provision de 5 millions d'euros.

De son côté, la société Neuf Cegetel, qui s'était déjà associée par voie d'intervention volontaire principale à la procédure de référé sus-mentionnée, a assigné également France Télécom à jour fixe, le 31 octobre 2008, à des fins similaires.

Les affaires ont été jointes.

La Ligue de football professionnel est intervenue volontairement à l'instance au soutien des intérêts de France Télécom et de Orange Sports, lesquelles se sont opposées aux demandes en réclamant reconventionnellement des dommages et intérêts pour procédure abusive.

Par jugement du 23 février 2009, assorti de l'exécution provisoire, le tribunal de commerce de Paris a :

- fait injonction à France Télécom, sous astreinte de 50 000 euros par jour de retard pendant 3 mois, à compter du délai d'un mois à compter de la signification du jugement, de cesser de subordonner l'abonnement à Orange Foot à la souscription d'un abonnement Internet haut

débit Orange, tout en se réservant le droit de liquider l'astreinte,

- fait injonction à France Télécom de diffuser pendant deux mois un communiqué sur la page d'accueil de son site Internet www.Orange.fr, situé au même endroit que les publicités pour son offre Orange Foot, comportant les termes suivants : "Par jugement du 23 février 2009,

le Tribunal de commerce de Paris a enjoint à la société France Télécom de cesser de subordonner l'accès à sa chaîne Orange Foot à la souscription d'un abonnement Internet haut débit Orange, cette pratique étant constitutive de vente subordonnée interdite par la loi.",

- désigné un collège expertal composé de M. Didier Faury, qui le présidera, et M. Jean-Paul Aymar, pour évaluer le quantum du préjudice subi par Free et Neuf Cegetel à partir du nombre d'abonnements à une offre d'accès Internet Orange en même temps qu'à Orange Foot souscrits par désabonnement de Free et Neuf Cegetel et plus généralement du nombre d'abonnements à une offre d'accès Internet Orange souscrits en conséquence de la commercialisation illicite de l'offre Orange Foot et dont Free et Neuf Cegetel ont pu être privées de ce fait,

- débouté Free et Neuf Cegetel de leurs autres demandes de publication,

- débouté France Télécom et Orange Sports, et la Ligue de football professionnel de leurs demandes reconventionnelles,

- condamné France Télécom et Orange Sports à payer à chacune des sociétés Free et Neuf Cegetel la somme de 30 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

LA COUR :

Vu l'**appel** de ce jugement interjeté par France Télécom et Orange Sports le 27 février 2009 ;

Vu l'**ordonnance du Premier Président** de cette cour, en date du 5 mars 2009, autorisant France Télécom et Orange Sports à assigner à jour fixe pour le 30 avril 2009, à 14 heures ;

Vu l'**ordonnance du Premier Président** de cette cour, en date du 31 mars 2009, rejetant la demande de suspension d'exécution provisoire présentée par France Télécom et Orange Sports ;

Vu les assignations à jour fixe délivrées respectivement à Free et la Ligue de football professionnel le 11 mars 2009 et à Neuf Cegetel le 23 mars 2009, et les conclusions du 28 avril 2009 par lesquelles **France Télécom et Orange Sports** soulèvent l'irrecevabilité de la pièce cotée n° 3 de Free et n° 36 de SFR, en ce que sa communication est constitutive de recel de violation du secret professionnel, et poursuivent l'infirmerie du jugement et le débouté des demandes de Free et Neuf Cegetel, à qui elles réclament une indemnité de 150 000 euros chacune, en réparation de l'action abusive intentée, et une somme de 30 000 euros, pour chacune d'entre elles, en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

Vu les conclusions signifiées le 30 avril 2009 par lesquelles **Free** soulève l'irrecevabilité de l'intervention volontaire de l'Association nationale des Ligues de Sport Professionnel et du ministre chargé de l'Economie, poursuit la confirmation du jugement en ce qu'il a prononcé des injonctions et retenu le principe de la responsabilité civile de France Télécom et d'Orange Sports à son égard pour concurrence déloyale et, pour le surplus, demande à la cour :

- de lui donner acte de ce qu'elle n'a jamais soutenu que l'application de l'article L. 122-1 du code de la consommation devait nécessairement conduire France Télécom à la laisser commercialiser la chaîne Orange Sports au sein de ses offres de plan de services,

- d'évoquer l'appréciation du préjudice,
- de juger que l'article L. 122-1 du code de la consommation n'est pas incompatible avec le droit communautaire,
- de surseoir à statuer et, avant dire droit, de désigner le collège expertal déjà désigné par le tribunal de commerce de Paris, soit M. Didier Faury, demeurant 140 boulevard Haussmann 75008 Paris, et M. Jean-Paul Aymar, demeurant 5 rue de Castiglione 75001 Paris, experts, avec la mission, tenant compte des travaux déjà effectués à la demande du tribunal de commerce de Paris, de donner à la cour des éléments pour déterminer le quantum du préjudice subi par elle, à partir du nombre d'abonnements à une offre d'accès Internet Orange en même temps qu'à Orange Sports souscrits par désabonnement de Free et plus généralement du nombre d'abonnements à une offre d'accès Internet Orange souscrits en conséquence de la commercialisation illicite de l'offre Orange Sports dont elle a pu être privée de ce fait, de dire que le collège expertal sera présidé par Monsieur Faury, de fixer à 10 000 euros le montant de la consignation à valoir sur la rémunération du collège expertal, par moitié par Free et Neuf Cegetel, par application des dispositions de l'article 276 du code de procédure civile, de dire que le rapport de l'expert devra être déposé au greffe dans un délai de 4 mois à compter de la consignation de la provision fixée ci-dessus,
- à titre subsidiaire, de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice des Communautés Européennes afin de déterminer si la directive 2005/29/CE doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale telle que celle de l'article L. 122-1 du code de la consommation qui interdit les ventes subordonnées d'un vendeur professionnel à un consommateur en fonction des circonstances spécifiques du cas d'espèce et qui portent préjudice au consommateur en raison de leur caractère déloyal,
- en tout état de cause, de rejeter l'intégralité des demandes de France Télécom et Orange Sports à son encontre et notamment les demandes reconventionnelles, de celles de la Ligue de football professionnel et de l'Association nationale des ligues de sport professionnel, enfin de condamner France Télécom, Orange Sports, la Ligue de football professionnel et l'Association nationale des ligues de sport professionnel, chacune, à lui verser une somme de 30 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Vu les conclusions signifiées le 30 avril 2009 par lesquelles **SFR, venant aux droits de Neuf Cegetel** pour l'avoir absorbée le 31 mars 2009, poursuit la confirmation du jugement et demande à la cour :

- à titre principal, de déclarer l'intervention du ministre chargé de l'Economie irrecevable pour défaut de qualité à agir et défaut de compétence, de constater que l'article L. 122-1 du code de la consommation est conforme au droit communautaire, que les modalités de commercialisation de la chaîne de télévision Orange Sports, anciennement Orange Foot, sont constitutives d'une vente subordonnée prohibée, que le comportement illicite de France Télécom se double d'actes de concurrence déloyale à son préjudice, de rejeter l'ensemble des demandes de France Télécom et Orange Sports, de la Ligue de football professionnel et de l'ANLSP, - en conséquence de confirmer le jugement entrepris et, évoquant sur le préjudice subi par elle, de surseoir à statuer sur sa demande de réparation et, avant dire droit sur l'appréciation de ce préjudice, de désigner le collège déjà désigné par le tribunal de commerce de Paris, soit M. Didier Faury, demeurant 140 boulevard Haussmann 75008 Paris et présidant le collège, et M. Jean-Paul Aymar, demeurant 5 rue de Castiglione 75001 Paris, avec pour mission, tenant compte des travaux déjà effectués à la demande du tribunal de commerce de Paris, de donner à la cour des éléments pour déterminer le quantum du préjudice subi par elle, à partir du nombre

d'abonnements à une offre d'accès Internet Orange en même temps qu'à Orange Sports souscrits par désabonnement de SFR, du nombre d'abonnés à une offre d'accès Internet Orange FAI ayant pu être conservés comme clients par France Télécom du fait de la commercialisation d'Orange Sports et plus généralement du nombre d'abonnements à une offre d'accès Internet Orange souscrits en conséquence de la commercialisation illicite de l'offre Orange Sports et dont elle a pu être privée de ce fait, de fixer à 10 000 euros le montant de la consignation à valoir sur la rémunération des experts par moitié par Free et Neuf Cegetel, de dire que le rapport des experts devra être déposé au greffe dans un délai de 4 mois à compter de la consignation,

- à titre subsidiaire, de surseoir à statuer et de poser la question préjudicielle en interprétation du droit communautaire à la Cour de Justice des Communautés Européennes, suivante :

“Les principes de libre circulation des marchandises et des services de la liberté d'établissement, d'une part, et l'objectif de développement de pratiques commerciales loyales au sein de l'Espace Economique Européen poursuivis par la Directive, d'autre part, s'opposent- ils au maintien dans la législation française de la prohibition des pratiques de vente subordonnée alors que celle-ci ne détermine pas, par voie législative, les exceptions au principe de prohibition mais laisse au juge le soin d'apprécier si les circonstances de l'espèce permettent de considérer que la vente subordonnée est licite ?”

- en toute hypothèse, de lui donner acte de ce qu'elle ne revendique pas le droit de distribuer commercialement la chaîne Orange Sports, de débouter France Télécom et Orange Sports ainsi que la Ligue de football professionnel et de l'Association nationale des ligues de sport professionnel de toutes leurs demandes, enfin de condamner France Télécom et Orange Sports à lui verser la somme de complémentaire de 50 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Vu les conclusions signifiées le 24 avril 2009 par lesquelles **la Ligue de football professionnel** demande à la cour de confirmer le jugement en ce qu'il a déclaré son intervention volontaire recevable, de l'infirmen en ses autres dispositions et, statuant à nouveau, de dire l'article L. 122-1 du code de la consommation inapplicable car contraire à une norme supérieure du droit communautaire, de faire droit aux demandes de France Télécom et Orange Sports, enfin de condamner Free et Neuf Cegetel au paiement de 25 000 euros chacune au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Vu les conclusions signifiées le 24 avril 2009 par lesquelles **l'Association nationale des ligues de sport professionnel (l'ANLSP)** demande à la cour, vu l'article 554 du code de procédure civile, 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, interprétée par l'arrêt de la CJCE du 23 avril 2009 (aff. C-261/07 et C-299/07), vu le principe de primauté du droit communautaire, vu l'article L.122-1 du code de la consommation, de lui donner acte de son intervention en cause d'appel, de confirmer le jugement en ce qu'il a jugé recevable et bien fondée l'intervention volontaire de la Ligue de football professionnel en première instance, d'infirmen le jugement dans toutes ses autres dispositions et de faire droit aux demandes des sociétés France Télécom et Orange Sports et de la Ligue de football professionnel ;

Vu les conclusions d'intervention du ministre de l'Economie, en date du 29 avril 2009, par lesquelles ce dernier expose que l'article L. 122-1 du code de la consommation ne lui paraît pas être la base juridique la plus adaptée pour apporter la réponse appropriée aux préoccupations fondamentales des concurrents d'Orange relatives à la distribution d'Orange

Sports, lesquelles touchent à la question de l'exclusivité commerciale, soit au premier chef au droit de la concurrence, précisant qu'il a d'ailleurs saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis à ce sujet ;

SUR CE :

- sur la recevabilité de "l'intervention" du ministre de l'Economie, contestée par Free et

SFR

Considérant qu'en vertu de l'article L. 470-5 du code de commerce, le ministre chargé de l'économie ou son représentant peut, pour l'application, notamment, de l'article L. 122-1 du code de la consommation, déposer des conclusions devant les juridictions civiles ou pénales et les développer oralement à l'audience ; qu'aux termes des articles 1 et 2 d'un arrêté ministériel du 12 mars 1987 (publié au JO du 13 mars 1987), le ministre peut se faire représenter, pour ce faire, par les chefs de services départementaux de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes pour ce qui concerne les affaires traitées par les juridictions du département dans lequel ils exercent leurs attributions, et, en cas d'empêchement de ces derniers, des fonctionnaires désignés par eux, appartenant au cadre A, peuvent les suppléer pour développer oralement à l'audience les conclusions déposées ; qu'il suit de là que la participation à l'instance du ministre, qui a déposé des conclusions écrites signées de Mme Zylbermann, chef du service départemental de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de Paris, lesquelles ont été développées oralement à l'audience par M. Emmanuel Sellier, inspecteur régulièrement désigné à cette fin par Mme Zylbermann le 29 avril 2009, est donc régulière et recevable, peu important en outre qu'il ne formule aucune demande précise dès lors que sa présence aux débats ne revêt pas le caractère d'une intervention au sens des articles 325 et suivants du code de procédure civile ;

- sur la recevabilité de la pièce cotée n° 3 de Free et n° 36 de SFR, contestée par France Télécom et Orange pour violation du secret professionnel

Considérant qu'aucun élément du dossier n'établit que l'avis de l'ARCEP, quand bien même il n'aurait pas encore fait l'objet d'une mesure de publication de la part de cette autorité, soit confidentiel, alors en outre que son existence et son contenu ont déjà été relatés dans la presse (pièce 47 de Free) ; qu'en cet état, et à défaut d'autres éléments, il ne peut être retenu que ce document, dont la cour n'entend pas se servir au demeurant, ait été obtenu dans des conditions illicites ; qu'il n'y a donc pas lieu de l'écarter des débats ;

- sur la recevabilité de l'intervention volontaire de l'ANLSP, contestée par Free pour défaut d'intérêt

Considérant que l'ANLSP est une association régie par la loi du 1 juillet 1901 qui réunit différentes ligues de sport professionnel, parmi lesquelles la Ligue de football professionnel, la Ligue nationale de handball, la Ligue nationale de rugby, la Ligue nationale de basket et la Ligue nationale de volley-ball -lesquelles représentent près de 170 clubs professionnels- et qui a pour objet statutaire, notamment, la protection des intérêts généraux des ligues et la promotion du sport professionnel ; qu'elle revendique donc à juste titre un intérêt à intervenir à la présente instance en vue d'obtenir l'infirmité du jugement attaqué qui, selon elle, compromet, d'une part, la continuité d'exploitation des matchs dont les droits sont commercialisés par les ligues de sport professionnel et qui ont été concédés à France Télécom (actuellement la commercialisation de Orange Sports est arrêtée depuis le 24 mars dernier) et, d'autre part, le maintien d'une réelle concurrence sur le marché de l'achat de droits

sportifs “dans la mesure où l’intérêt financier et la visibilité de ces mêmes ligues dans les prochaines années en dépendent fortement” ;

Qu’il suit de là que l’intervention de l’ANLSP, conforme aux dispositions de l’article 554 du code de procédure civile, est recevable ;

- sur le fond

Considérant que **France Télécom et Orange Sports** soutiennent que l’offre multiservice incluant l’offre Orange Sports constitue un produit unique, excluant de ce fait la qualification de vente subordonnée illicite au sens de l’article L. 122-1 du code de la consommation, qu’à tout le moins, la commercialisation de l’offre Orange Sports dans le cadre de l’offre multiservices de France Télécom est justifiée par un usage commercial, excluant encore de ce fait la qualification de vente subordonnée illicite au sens de l’article L. 122-1 du code de la consommation, qu’en tout état de cause, il résulte d’une jurisprudence constante que le droit national doit être interprété de façon telle, quand c’est possible, qu’il soit conforme au droit communautaire, qu’à cet égard, la cour devrait retenir que l’article L. 122-1 du code de la consommation permet une appréciation au cas par cas, en ce qu’il ne prohibe pas la commercialisation d’un produit unique ou répondant à un usage commercial constant, ce qui est le cas en l’espèce, qu’ainsi, la cour devrait rejeter l’analyse du tribunal qui conduirait inexorablement à constater l’incompatibilité de l’article L. 122-1 du code de la consommation avec la directive n° 2005-28/CE, ce qu’elle ne ferait qu’à titre infiniment subsidiaire ; qu’elles en déduisent qu’elles ne se sont pas rendues coupables d’actes de concurrence déloyale, de sorte que les demandes de Free et SFR doivent être rejetées, et soulignent également l’absence de preuve du lien de causalité et du préjudice prétendument subi du fait de la pratique dénoncée, justifiant l’annulation de l’expertise ordonnée par le jugement ;

Considérant que **la Ligue de football professionnel et l’ANLSP** soulèvent à titre principal l’incompatibilité de l’article L. 122-1 du code de la consommation avec le droit communautaire, compte tenu de la jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés Européennes, et, pour le surplus, se rangent aux observations de France Télécom et Orange quant à l’application de cet article à la pratique en cause ;

*

Considérant que **SFR et Free** estiment que l’article L. 122-1 du code de la consommation, en ce qu’il permet une appréciation au cas par cas de la pratique, n’institue pas une interdiction généralisée et ne contrevient donc pas au droit communautaire, selon la jurisprudence en cause ; qu’elles invitent la cour à retenir, au sens de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, que la pratique reprochée “*altère ou est susceptible d’altérer, de manière significative, du fait de la contrainte, 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*” ; qu’en particulier, SFR prétend que l’offre de Orange exerce une contrainte sur le consommateur, d’une part, parce qu’elle est trompeuse, le site Orange.fr invitant le consommateur à s’abonner pour le prix, modique, de 6 euros par mois, sans l’aviser qu’il devra aussi quitter son FAI s’il en a déjà un et, de toute façon, acquitter le coût de l’abonnement à la fourniture d’accès par Orange, plus élevé que ceux proposés par les concurrents, d’autre part, parce qu’elle est agressive en ce qu’elle impose un changement de fournisseur de télécommunications sans nécessité alors que l’auto- distribution de la chaîne sur des réseaux tiers permettrait de ne pas exercer cette contrainte ; que Free estime également que l’offre d’Orange exerce une contrainte sur le consommateur, atteint dans sa liberté de contracter s’il veut regarder la retransmission

des matchs de football de ligue I retransmis sur la chaîne Orange Sports exclusivement, puisqu'il est alors obligé, le cas échéant, de résilier l'abonnement ADSL déjà souscrit auprès d'un opérateur concurrent et, de toute façon, de souscrire à l'offre multiservices la plus chère du marché, dont il ne veut pas nécessairement ;

Que, pour ce qui est du droit national, elles font valoir que la commercialisation des chaînes de télévision est indépendante de l'offre triple play du FAI, laquelle associe trois services de communications électroniques, Internet, la téléphonie et la télévision, qui sont d'ailleurs accessibles au consommateur séparément, s'il le souhaite, alors que les chaînes peuvent être commercialisées, soit par les FAI, qui jouent alors le rôle de distributeurs de services de communications audiovisuelles, soit par l'éditeur de la chaîne lui-même, en auto-distribution, le FAI agissant alors comme un simple transporteur, à l'instar de ce que fait Télédiffusion de France (TDF) pour la télédiffusion hertzienne ou Astra et Eutelsat lorsqu'elle est effectuée par satellite ; qu'elles ajoutent que, si Orange Sports n'est actuellement accessible que via le FAI Orange, cette situation, qui ne résulte nullement d'une contrainte technique, n'est pas le standard du marché et résulte d'une stratégie commerciale d'Orange ; qu'elle soulignent que cette situation est préjudiciable, tant au consommateur, contraint de résilier son abonnement chez un autre FAI au profit de Orange s'il souhaite voir la retransmission des matchs achetée par Orange Sports, en particulier ceux du samedi soir, et aux autres FAI, qui n'ont pas les moyens d'investir dans les contenus télévisuels de France Télécom, et qui voient ainsi leurs abonnés détournés par le biais d'un comportement illicite, cette pratique étant d'autant plus grave que le marché est mature et que le recrutement de nouveaux clients est difficile, et alors en outre que les trois principaux FAI ont annoncé des investissements importants afin de développer la fibre optique de très haut débit, qui devront être amortis par les abonnements souscrits ;

Considérant que l'article L122-1 du code de la consommation, en sa rédaction issue de la loi 2001-1168 du 11 décembre 2001, dispose que *"il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et 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"* ;

Considérant que le tribunal de commerce a jugé que France Télécom et Orange violent ce texte en subordonnant l'abonnement à la chaîne Orange Sports à la souscription d'un abonnement à Internet haut débit Orange ;

Considérant que, par arrêt du 23 avril 2009 (C-261/07 et C-299/07 Total Belgium NV et Galatea BVBA contre Sanoma Magazines Belgium NV), rendu sur renvoi préjudiciel, la Cour de justice des Communautés européennes (la CJCE) a dit pour droit que 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, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale -en l'espèce la loi belge- 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 ;

Considérant qu'au vu de cette jurisprudence, les quatre parties principales demandent à la

cour, non d'écarter la loi nationale comme incompatible avec le droit communautaire, mais de l'interpréter dans un sens qui la rende conforme au droit communautaire ;

Considérant qu'il résulte en effet d'une jurisprudence constante de la CJCE depuis l'arrêt du 10 avril 1984 (Von Colson et Kamann 14/83, Rec. p. 1891, point 26), que l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 10 du traité instituant la Communauté Européenne (TCE), de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des États membres y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles (voir, notamment, arrêts du 13 novembre 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I-4135, point 8 ; Faccini Dori, précité, point 26 ; du 18 décembre 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Rec. p. I-7411, point 40, et du 25 février 1999, Carbonari e.a., C-131/97, Rec. p. I-1103, point 48) ;

Que le devoir des juridictions nationales d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables des dispositions du droit communautaire et de garantir le plein effet de celles-ci s'impose de plus fort lorsque l'Etat membre a déjà pris les dispositions en vue de transposer une directive qui vise à conférer des droits aux particuliers, ce qui laisse présumer, eu égard à l'article 249, alinéa 3, du TCE, qu'ayant utilisé la marge d'appréciation dont il bénéficie en vertu de cette disposition, il a eu l'intention d'exécuter pleinement les obligations découlant de la directive concernée (voir arrêt du 16 décembre 1993, Wagner Miret, C-334/92, Rec. p. I-6911, point 20) ; que tel est cas en l'espèce, la transposition de la directive ayant été opérée essentiellement par la loi nE 2008-776 du 4 août 2008 ;

Qu'en outre, selon la jurisprudence de la CJCE, doivent être considérées comme relevant du champ d'application de la directive, non seulement les dispositions nationales dont l'objectif exprès est de transposer ladite directive, mais également, à compter de la date d'entrée en vigueur de cette directive, les dispositions nationales préexistantes, susceptibles d'assurer la conformité du droit national à celle-ci ;

Qu'ainsi, le principe d'interprétation conforme requiert que la cour fasse tout ce qui relève de sa compétence, en prenant en considération l'ensemble des règles du droit national, pour garantir, dans le cadre de l'application de l'article L. 122-1 du code de la consommation au présent litige, la pleine effectivité de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales ;

Considérant qu'à cet égard, l'arrêt du 23 avril 2009, même s'il ne concerne pas la loi française, contient les motifs propres à éclairer la cour sur la manière d'interpréter la règle communautaire en cette matière et peut donc être transposé, sans doute réel, au présent litige, sans qu'il soit nécessaire de poser une question préjudicielle ainsi que le requièrent SFR et Free à titre subsidiaire ;

Qu'en effet, tout d'abord, aucune des parties ne conteste que les offres en cause constituent des actes commerciaux s'inscrivant dans le cadre de la stratégie commerciale de France Telecom et d'Orange et visant directement à la promotion et à l'écoulement des ventes

de ces dernières, constituant à ce titre des pratiques commerciales au sens de l'article 2, sous d), de 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 qu'elles relèvent, en conséquence, du champ d'application de celle-ci ;

Qu'ensuite, la Cour de Justice rappelle :

- que la directive vise à établir, conformément à ses cinquième et sixième considérants ainsi qu'à son article 1er, des règles uniformes relatives aux pratiques commerciales déloyales des

entreprises vis-à-vis des consommateurs, afin de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection de ces derniers, qu'elle procède ainsi à une harmonisation complète desdites règles au niveau communautaire de telle sorte que, comme le prévoit expressément l'article 4, les États membres ne peuvent pas adopter des mesures plus restrictives que celles définies par la directive, même aux fins d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs,

- qu'en outre, l'article 5 de la directive prévoit l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et énonce les critères permettant de déterminer un tel caractère déloyal,

- qu'ainsi, et conformément au paragraphe 2 de cette disposition, une pratique commerciale est déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit,

- que l'article 5, paragraphe 4, définit deux catégories précises de pratiques commerciales déloyales, à savoir les «pratiques trompeuses» et les «pratiques agressives» répondant aux critères spécifiés respectivement aux articles 6 et 7 ainsi que 8 et 9 de la directive,

- qu'en vertu de ces dispositions, de telles pratiques sont interdites lorsque, compte tenu de leurs caractéristiques et du contexte factuel, elles amènent ou sont susceptibles d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement,

- que la directive établit également, à son annexe I, une liste exhaustive de 31 pratiques commerciales qui, conformément à l'article 5, paragraphe 5, de la directive, sont réputées déloyales «en toutes circonstances», de sorte que, ainsi que le précise expressément le dix-septième considérant de la directive, il s'agit des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans faire l'objet d'une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de la directive ;

Considérant que l'offre subordonnée ne figure pas parmi les pratiques énumérées à l'annexe I et, plus particulièrement, n'entre pas dans les prévisions du point 6 qui vise le fait de *“proposer l'achat de produits à un prix indiqué et ensuite de refuser de présenter aux consommateurs l'article ayant fait l'objet de la publicité ou de refuser de prendre des commandes concernant cet article ou de le livrer dans un délai raisonnable ou d'en présenter un échantillon défectueux dans le but de faire la promotion d'un produit différent (amorcer et ferrer)”*, ainsi que le prétend à tort SFR, au prix d'une reproduction tronquée de ce texte ;

Considérant que, dans une telle hypothèse, la Cour de Justice préconise de vérifier, à la lumière du contenu et de l'économie générale des dispositions de la directive, rappelées aux paragraphes précédents, si le texte qui la prohibe, soit l'article L. 122-1 du code de la consommation, répond aux exigences posées par la directive ;

Considérant qu'à l'instar de ce qu'a constaté la Cour de Justice dans l'arrêt précité à propos de la loi belge, il doit être relevé que l'article L. 122-1 du code de la consommation, qui établit le principe de l'interdiction des ventes subordonnées, alors même que de telles pratiques ne sont pas visées à l'annexe I de la directive -laquelle énumère de manière exhaustive les seules pratiques commerciales interdites en toutes circonstances, comme telles dispensées d'un examen au cas par cas- se heurte au régime institué par la directive en ce qu'il prohibe, de manière générale et préventive, les offres subordonnées indépendamment de toute vérification de leur caractère déloyal au regard des critères posés aux articles 5 à 9 de la directive ;

Considérant que cette interprétation ne saurait être remise en cause par le fait que la jurisprudence nationale prévoit un certain nombre d'exceptions à la prohibition des offres subordonnées, en particulier lorsque les biens vendus constituent un produit unique ou que les

offres en cause relèvent d'un usage commercial constant, comme le prétendent France Télécom et Orange ; qu'en effet, même si ces assouplissements sont susceptibles de restreindre la portée de l'interdiction des offres subordonnées, il n'en reste pas moins qu'ils ne sauraient, du fait de leur nature limitée et pré-définie, se substituer à l'analyse, qui doit être nécessairement menée au regard du contexte factuel de chaque espèce, du caractère déloyal d'une pratique commerciale à la lumière des critères énoncés aux articles 5 à 9 de la directive ;

Considérant qu'à ce stade du raisonnement, il convient de rappeler que c'est aux juridictions nationales que le législateur communautaire a confié la mission d'évaluer le caractère loyal d'une pratique commerciale eu égard aux circonstances de l'espèce et en particulier du point de vue de son influence sur le comportement économique d'un consommateur moyen ; que le principe d'interprétation conforme commande donc à la cour de procéder à cette appréciation, conformément aux critères énoncés dans la directive ;

Considérant que l'article 5 de la directive précise qu'une pratique commerciale est déloyale si, à la fois, elle est 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, en particulier lorsqu'elle est trompeuse au sens des articles 6 et 7, ou agressive au sens des articles 8 et 9 ;

Considérant que, pour ce qui est du moyen tiré du caractère trompeur de l'offre d'Orange Sports "pour un consommateur d'attention moyenne", invoqué par SFR pour la première fois dans ses ultimes écritures devant la cour, deux jours avant l'audience, en ce que le site Orange.fr mettrait en avant le coût modique de la souscription à la chaîne, en tant qu'option payante, sans attirer son attention sur la nécessité de souscrire un abonnement ADSL chez Orange et sur le coût de cet abonnement, le seul élément soumis à la cour à ce titre, qui se résume à un écran sur lequel s'affiche la possibilité de souscrire à l'option Orange Foot pour 6 euros par mois, assortie de la précision que "*pour profiter de l'option Orange Foot, il est nécessaire d'être client de la télévision d'Orange*" (§ 146 et suivants des conclusions du 30 avril 2009), ne permet pas de caractériser une pratique commerciale trompeuse susceptible d'induire en erreur "un consommateur moyen", au sens des articles 6 ou 7 de la directive ;

Considérant que, s'agissant de l'offre subordonnée, l'article 8 dispose qu'*une pratique commerciale est réputée agressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, 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*, cependant que l'article 9 précise que les critères à prendre en considération afin de déterminer si une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée sont :

- a) le moment et l'endroit où la pratique est mise en oeuvre, sa nature et sa persistance,
- b) le recours à la menace physique ou verbale,
- c) l'exploitation en connaissance de cause par le professionnel de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit,
- d) tout obstacle non contractuel important ou disproportionné imposé par le professionnel

lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur,

e) toute menace d'action alors que cette action n'est pas légalement possible ;

Considérant, d'abord, que les parties n'invoquent aucun élément précis au soutien de leur affirmation selon laquelle l'offre litigieuse serait contraire à la diligence professionnelle ;

Qu'ensuite, l'analyse de l'offre au regard des critères énumérés à l'article 9 ne conduit pas à retenir qu'elle recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée ;

Qu'enfin, et contrairement à ce que prétendent SFR et Free, le seul fait que le consommateur doive souscrire un abonnement ADSL Orange pour obtenir l'accès à la chaîne Orange Sports ne répond pas à la définition de la contrainte énoncée à l'article 8 ; qu'il est constant en effet que, dans le cadre de la concurrence qu'ils se livrent, tous les FAI s'efforcent d'enrichir le contenu de leurs offres pour les rendre plus attractives, par la mise en place de services innovants ou l'acquisition de droits exclusifs sur des contenus audiovisuels, cinématographiques ou sportifs événementiels ; qu'ainsi, Free proposait récemment 16 bouquets d'environ 150 chaînes, ayant intégré récemment 28 nouvelles chaînes dont 6 sportives, outre 50 chaînes à l'unité, et SFR, pour sa part, offrait 14 bouquets de plus de 150 chaînes et 11 chaînes à l'unité, dont la chaîne brésilienne TB Globe Internacional qui n'est pas accessible autrement en France ; qu'en outre, l'ARCEP a relevé dans un avis du 8 janvier 2008 l'existence d'accords exclusifs, conclus entre Free et le groupe Canal + pour l'accès des abonnés de Free à la plate-forme VoD "Canal Play", ou encore entre Neuf Cegetel et Universal Music pour la fourniture d'une offre de location illimitée de titres dans le cadre du forfait 100 % Neuf Box ; qu'il résulte nécessairement de cette configuration du marché, et en particulier de la structure de l'offre, que le consommateur moyen qui s'apprête à souscrire un abonnement ADSL se détermine, précisément, en considération des services qui y sont associés et, partant, des capacités de différenciation de ces dernières par rapport aux offres concurrentes ; que, dans ces conditions, il ne saurait être considéré que le fait que l'accès à la chaîne Orange Sports soit associé exclusivement à l'offre ADSL de Orange altère de façon significative sa liberté de choix à l'égard des offres ADSL, bien au contraire, l'essentiel au sens de la directive étant qu'il soit libre de ne pas y souscrire, ce qui n'est pas contesté en l'espèce ;

Considérant que, dans ces conditions, il ne peut être fait grief à France Télécom et Orange d'avoir enfreint l'article L. 122-1 du code de la consommation, tel qu'interprété à la lumière de 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 ; qu'il suit de là que le jugement doit être infirmé en toutes ses dispositions, sauf en ce qu'il déclare la Ligue de football professionnel recevable en son intervention volontaire, et les demandes de Free et SFR rejetées ;

Et considérant que, SFR et Free n'ont pas fait de leur droit d'agir en justice un usage fautif ; que France Télécom et Orange doivent être déboutées de leur demande de dommages et intérêts présentées sur ce fondement ;

Considérant enfin que France Télécom, Orange et la Ligue de football professionnel ont dû exposer des frais non compris dans les dépens qu'il serait inéquitable de laisser en totalité à leur charge ; qu'il y a lieu de leur accorder le bénéfice des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, dans la mesure qui sera précisée au dispositif ;

PAR CES MOTIFS

Dit n'y avoir lieu de rejeter les conclusions du ministre chargé de l'Economie, ni d'écarter l'avis de l'ARCEP du 19 mars 2009,
Déclare l'ANLSP recevable en son intervention volontaire,
Infirme le jugement en toutes ses dispositions, sauf en ce qu'il déclare la Ligue de football professionnel recevable en son intervention volontaire,
Et statuant à nouveau,
Rejette les demandes des sociétés SFR et Free,
Rejette la demande de dommages et intérêts pour procédure abusive formée par les sociétés France Télécom et Orange,
Condamne, en application de l'article 700 du code de procédure civile, les sociétés SFR et Free, chacune, à payer à la société France Télécom la somme de 10 000 euros, à la société Orange Foot celle de 10 000 euros et à la Ligue de football professionnel celle de 5 000 euros et rejette leurs demandes,
Condamne les sociétés SFR et Free aux dépens de première instance et d'appel et dit que ces derniers pourront être recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Le Greffier
H. MZE MCHINDA

La Présidente
H. DEURBERGUE