

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M^{ME} VERICA TRSTENJAK

présentées le 21 octobre 2008¹

Table des matières

I	— Introduction	I - 2954
II	— Le cadre juridique	I - 2954
	A — Le droit communautaire	I - 2954
	B — Le droit national	I - 2958
III	— L'exposé des faits, les procédures au principal et les questions préjudicielles	I - 2960
IV	— La procédure devant la Cour	I - 2962
V	— Les arguments essentiels développés par les parties	I - 2962
	Sur la directive 2005/29	I - 2962
	Sur l'article 49 CE	I - 2964
VI	— En droit	I - 2966
	A — Observations liminaires	I - 2966
	B — Sur la recevabilité des demandes préjudicielles	I - 2968
	1. L'admissibilité de l'objet de l'interprétation	I - 2968
	2. La pertinence des questions préjudicielles aux fins de la décision en l'espèce	I - 2969
	C — La compatibilité de l'article 54 de la loi belge avec la directive 2005/29	I - 2972
	1. La notion de «pratiques commerciales» de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29	I - 2972
	2. Le champ d'application personnel de la directive 2005/29	I - 2974

1 — Langue originale: l'allemand.

3. L'examen des structures des deux réglementations	I - 2974
a) Les dispositions de la directive 2005/29	I - 2974
i) L'uniformisation complète et maximale des dispositions nationales en tant qu'objectif normatif	I - 2974
ii) La structure normative de la directive 2005/29	I - 2976
b) Les dispositions de la loi belge	I - 2977
4. Sur le retrait de la proposition de règlement de la Commission relatif aux promotions de vente dans le marché intérieur	I - 2980
5. Conclusion	I - 2981
D — La compatibilité de l'article 54 de la loi belge avec les libertés fondamentales	I - 2981
1. Les libertés fondamentales comme critère d'analyse	I - 2982
2. Le domaine d'application des libertés fondamentales	I - 2983
a) La libre prestation de services	I - 2983
b) La libre circulation des marchandises	I - 2983
c) Le rapport entre la libre prestation de services et la libre circulation des marchandises	I - 2984
3. La limitation des libertés fondamentales	I - 2985
a) La libre circulation des marchandises	I - 2985
i) La mesure d'effet équivalent	I - 2985
— La formule de l'arrêt Dassonville	I - 2985
— Les modalités de vente	I - 2986
ii) Conclusion intermédiaire	I - 2987
b) La libre prestation de services	I - 2987
4. La justification	I - 2989
a) La protection des consommateurs comme raison impérieuse	I - 2989
b) Le caractère approprié d'une interdiction de principe des offres conjointes	I - 2990
	I - 2953

c) Les principes de nécessité et de proportionnalité	I - 2990
5. Conclusion intermédiaire	I - 2991
VII — Conclusion	I - 2992

I — Introduction

1. Les affaires que nous examinons trouvent leur origine dans deux demandes de décision préjudicielle posées au titre de l'article 234 CE, par le rechtbank van koophandel te Antwerpen (Belgique), par lesquelles cette juridiction demande, en substance, à la Cour de répondre à la question de savoir s'il convient d'interpréter la directive 2005/29/CE (ci-après la «directive 2005/29») ² et l'article 49 CE en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale qui prévoit une interdiction de principe des offres conjointes.

2. Les deux affaires que nous allons examiner ont pour enjeu principal des aspects essentiels de l'harmonisation, en droit communautaire, du domaine de la protection des consommateurs ainsi que de ceux de la libre circulation des marchandises et de la libre prestation des services transfrontalières dans le marché intérieur.

2 — Directive 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).

II — Le cadre juridique

A — *Le droit communautaire*

3. Les onzième et dix-septième considérants de la directive 2005/29 sont, respectivement, rédigés comme suit:

«(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.

[...]

vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs.

(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.»

[...]»

5. L'article 3, paragraphes 1 et 5, de la directive 2005/29 dispose:

4. L'article 2, sous d), de la directive 2005/29 dispose:

«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.

«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

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. Conformément à l'article 4 de la directive 2005/29, 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 cette 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, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement [...]

ou

- b) agressives au sens des articles 8 et 9. 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 [...]

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 8 de la directive 2005/29 définit, quant à lui, ce qu'il faut entendre par «pratiques commerciales agressives»:

8. L'article 6 de la directive 2005/29 définit la notion de «pratiques commerciales trompeuses» dans les termes suivants:

«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 «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.»

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

acquérir, est liée à l'acquisition d'autres produits ou services, même identiques.

«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. [...]

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.»

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

12. Les articles 55 à 57 de la loi belge contiennent ensuite certaines exceptions à cette interdiction.

B — *Le droit national*

11. L'article 54 de la loi belge sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur³ (ci-après la «loi belge») est ainsi rédigé:

13. L'article 55 de la loi belge dispose:

«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

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

1. des produits ou des services constituant un ensemble;

3 — Loi du 14 juillet 1991 (*Moniteur belge* du 29 août 1991).

[...]

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

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

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;
- a) que chaque produit et chaque service puisse être acquis séparément à son prix habituel dans le même établissement;
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;
- b) que l'acquéreur soit clairement informé de cette faculté ainsi que du prix de vente séparé de chaque produit et de chaque service;
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;
- 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».

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 indis-

14. Selon l'article 56 de la loi belge:

pensables 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.»

III — L'exposé des faits, les procédures au principal et les questions préjudicielles

15. L'objet du litige au principal dans l'affaire C-261/07 est une plainte déposée par VTB-VAB NV (ci-après «VTB»), une société qui fournit des services dans le domaine de l'aide en cas de panne ou d'accident, contre Total Belgium NV (ci-après «Total»), une filiale du groupe Total qui vend surtout des carburants dans des stations-services.

16. Depuis le 15 janvier 2007, Total offre aux consommateurs qui sont détenteurs d'une carte TOTAL-CLUB, pour chaque remplissage du réservoir pour au moins 25 litres de carburant pour sa voiture ou au moins 10 litres pour son vélomoteur, gratuitement, trois semaines de service d'aide au dépannage (TOTAL ASSISTANCE).

17. Le 5 février 2007, VTB a demandé au rechtbank van koophandel te Antwerpen d'ordonner à Total la cessation de cette pratique commerciale en soutenant qu'elle constituait une offre conjointe interdite par l'article 54 de la loi belge.

18. Le litige au principal dans l'affaire C-299/07 oppose Galatea BVBA (ci-après «Galatea»), une société qui exploite un magasin de lingerie à Schoten (Belgique), à Sanoma Magazines Belgium NV, une filiale du groupe finlandais Sanoma (ci-après «Sanoma»), éditrice entre autres de plusieurs périodiques dont l'hebdomadaire *Flair*.

19. Dans son édition du 13 mars 2007, ce magazine était accompagné d'un carnet de 47 pages qui contenait un bon donnant droit,

entre le 13 mars 2007 et le 15 mai 2007, à une remise de 15 à 25 % sur différents produits vendus dans divers magasins de lingerie.

20. Le 22 mars 2007, Galatea a introduit devant le rechtbank van koophandel te Antwerpen une action en cessation de cette pratique commerciale, en faisant valoir que cette pratique enfreignait, entre autres, l'article 54 de la loi belge.

21. Dans ses décisions de renvoi, le rechtbank van koophandel te Antwerpen relève que, à ce moment-là, le délai de transposition de la directive 2005/29 n'était pas encore écoulé. La juridiction de renvoi exprime pourtant certains doutes quant à la compatibilité de l'interdiction des offres conjointes, inscrite dans l'article 54 de la loi belge, avec la directive 2005/29 ainsi que, à tout le moins dans le cadre de l'affaire C-299/07, avec l'article 49 CE. C'est pour ce motif que la juridiction de renvoi a décidé, dans les deux affaires, de surseoir à statuer et de demander à la Cour de statuer à titre préjudiciel sur les questions suivantes:

Dans l'affaire C-261/07

«La directive 2005/29 s'oppose-t-elle à une disposition nationale telle que celle de

l'article 54 de la [loi belge] qui — réserve faite des cas énumérés limitativement dans ladite 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?»

Et dans l'affaire C-299/07

«L'article 49 CE, relatif à la libre prestations des services, et la [directive 2005/29] s'opposent-ils à une disposition nationale telle que celle de l'article 54 de la [loi belge] qui — réserve faite des cas énumérés limitativement dans ladite loi — interdit toute offre conjointe d'un vendeur à un consommateur dans le cadre de laquelle l'acquisition gratuite ou non de produits, de services, d'avantages ou de 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?»

IV — La procédure devant la Cour

22. Les ordonnances rendues le 24 mai 2007 (affaire C-261/07) et le 21 juin 2007 (affaire C-299/07) sont parvenues respectivement le 1^{er} juin 2007 et le 27 juin 2007 au greffe de la Cour.

23. Le 29 août 2007, le président de la Cour a ordonné la jonction des deux affaires.

24. VTB, Total et Sanoma, les gouvernements belge, espagnol, français et portugais ainsi que la Commission des Communautés européennes ont présenté des observations écrites conformément à l'article 23 du statut de la Cour de justice.

25. Au titre de mesures d'organisation du procès, la Cour a posé aux parties une question à laquelle elles ont répondu.

26. À l'audience, qui a eu lieu le 18 juin 2008, les mandataires ad litem de VTB, de Total et de Sanoma ainsi que les agents des gouvernements belge, espagnol et français de même que l'agent de la Commission ont présenté leurs observations.

V — Les arguments essentiels développés par les parties

Sur la directive 2005/29

27. Dans les deux affaires examinées, la juridiction de renvoi pose à la Cour, essentiellement, la question de savoir si l'interdiction des offres conjointes, telle qu'elle est prévue à l'article 54 de la loi belge, est conforme à la directive 2005/29.

28. Tout d'abord, *VTB* met en cause la recevabilité de la question préjudicielle au motif qu'elle porte sur l'interprétation d'une directive dont le délai de transposition n'était pas encore expiré à la date à laquelle se sont produits les faits litigieux.

29. C'est pour le même motif et sans exciper formellement de l'irrecevabilité que les *gouvernements belge et espagnol* considèrent que la directive 2005/29 ne serait pas applicable dans une situation telle que celle en cause en l'espèce. En particulier, une règle de droit national ne pourrait pas être déclarée inapplicable par un juge pour violation de la directive 2005/29 aussi longtemps que le délai de transposition de cette directive ne serait pas écoulé.

30. En substance, *Total*, *Sanoma*, le *gouvernement portugais* et la *Commission* estiment que la directive 2005/29 s'oppose à une interdiction des offres conjointes telle celle prévue à l'article 54 de la loi belge.

CE et 56 CE, la loi belge prévoit un certain nombre d'exceptions.

31. *Sanoma*, *Total* et la *Commission* soutiennent que les offres conjointes relèvent de la notion de «pratique commerciale» au sens de la directive 2005/29. Attendu que cette dernière prévoit une harmonisation complète dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, ce sont seulement les pratiques qui, conformément à l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2005/29, sont mentionnées à l'annexe I de celle-ci, qui pourraient être interdites «en toutes circonstances» par les États membres. Or, attendu que les offres conjointes ne sont pas mentionnées en tant que telles dans cette annexe, elles ne pourraient être interdites en soi que si le juge national estime que, eu égard aux circonstances concrètes du cas d'espèce, les conditions de l'article 5 de ladite directive sont réunies. Sur ce point, la *Commission* ajoute que, de toute façon, l'interdiction de principe telle que prévue à l'article 54 de la loi belge ne serait pas nécessaire pour protéger de façon appropriée les consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales, pas plus qu'elle ne serait proportionnée au regard de cet objectif.

33. *VTB*, tout comme le *gouvernement belge* ainsi que le *gouvernement français* défendent une interprétation en sens contraire.

34. *VTB* prétend que les offres conjointes ne relèvent pas de la notion de «pratique commerciale» au sens de la directive 2005/29 et, en conséquence, ne sont pas visées par cette dernière. En tout cas, l'article 5 de ladite directive n'exclut pas la possibilité, pour les États membres, de prévoir d'autres pratiques commerciales en elles-mêmes déloyales telles que celles mentionnées à l'annexe I de cette directive.

32. Le *gouvernement portugais* se borne à soutenir que l'article 54 de la loi belge enfreint la directive 2005/29 dans la mesure où il prévoit une interdiction générale des offres conjointes et ce bien que, dans les articles 55

35. Le *gouvernement belge* soutient que les offres conjointes ne relevaient pas de la notion de «pratique commerciale» au sens de la directive 2005/29. Il précise, en revanche, que les offres conjointes ont fait l'objet d'une

proposition de règlement relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur⁴. Dès lors que cette proposition n'a été retirée qu'en 2006, les autorités belges sont, à bon droit, parties du principe que les offres conjointes ne constituaient pas des «pratiques commerciales». En conséquence, lors de la transposition de la directive 2005/29, le gouvernement belge n'a pas estimé devoir modifier l'article 54 de la loi belge ou devoir l'interpréter à la lumière de l'article 5 de ladite directive.

36. Le *gouvernement français* avance, en substance, les mêmes arguments que ceux du gouvernement belge et ajoute que, si la directive 2005/29 oblige les États membres à interdire les pratiques commerciales déloyales, elle ne saurait être interprétée comme interdisant désormais à ces États d'interdire, pour protéger les consommateurs, certaines pratiques qui ne sont pas nécessairement déloyales au sens de cette directive. Pour le gouvernement français, relèvent de cette catégorie les offres conjointes qui échapperaient au champ d'application de la directive 2005/29.

Sur l'article 49 CE

37. Dans l'affaire C-299/07, la juridiction de renvoi pose en outre la question de savoir si

⁴ — Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, COM(2001) 546 final — 2001/0227 (COD), présentée le 4 octobre 2001 (JO 2002, C 75 E, p. 11).

l'article 49 CE s'oppose à une interdiction des offres conjointes, telle qu'elle est prévue à l'article 54 de la loi belge.

38. *VTB*, tout comme les *gouvernements belge, espagnol et français*, proposent de répondre à cette question par la négative.

39. Pour *VTB*, l'interdiction en cause, qui s'applique indifféremment tant aux opérateurs établis en Belgique qu'aux opérateurs établis dans d'autres États membres, n'entraîne, pour ces derniers, ni charges économiques ni droits administratifs supplémentaires propres à entraver la libre prestation de services. En tout cas, une telle interdiction serait d'ailleurs justifiée au titre de motifs d'intérêt général, et en particulier de la protection des consommateurs.

40. Les *gouvernements belges et français* soutiennent que l'article 49 CE n'est pas pertinent aux fins de la réponse à donner à la question préjudicielle. À cet égard, les

autorités françaises indiquent que les offres en cause concernaient principalement la vente de marchandises (des carburants dans l'affaire C-261/07 et de la lingerie dans l'affaire C-299/07) et non pas des prestations de services. Dans l'hypothèse où la directive 2005/29 devrait être interprétée comme ne s'opposant pas à la législation belge, il conviendrait plutôt d'interpréter l'interdiction des offres conjointes à la lumière de l'article 28 CE, qui concerne la libre circulation des marchandises, auquel la juridiction de renvoi se réfère d'ailleurs dans sa décision de renvoi.

41. De la sorte, l'interdiction des offres conjointes prévue par la loi belge constitue-t-elle une modalité de vente au sens de l'arrêt du 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard* (C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097), et, en conséquence, cette interdiction n'est pas susceptible de faire obstacle à la libre circulation des marchandises attendu que les deux conditions établies par cette jurisprudence sont réunies. En effet, l'interdiction s'applique à tous les opérateurs exerçant leur activité sur le territoire belge et affecte de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et celle des produits d'autres États membres. Enfin, le *gouvernement français* fait valoir que l'interdiction en cause, d'une part, est justifiée par des motifs impérieux d'intérêt général, et en particulier par des motifs de protection des consommateurs et de protection d'une saine concurrence, et, d'autre part, est proportionnée au regard de ces objectifs, dès lors qu'elle prévoit de nombreuses exceptions à cette interdiction.

42. Le *gouvernement espagnol* exclut d'office l'applicabilité de l'article 49 CE à une situation interne à un État membre, comme c'est le cas en l'espèce, dont tous les éléments se limitaient à un seul État membre. En effet, il s'agit, en l'espèce, exclusivement d'entreprises établies en Belgique qui fournissaient des services sur le territoire belge.

43. En revanche, *Sanoma*, le *gouvernement portugais* et, dans une certaine mesure, la *Commission* considèrent que l'interdiction des offres conjointes prévue à l'article 54 de la loi belge enfreint la libre prestation de services garantie par l'article 49 CE.

44. *Sanoma* soutient surtout, en particulier, que son droit à la libre prestation de services est atteint dans la mesure où, en Belgique, elle ne pouvait pas promouvoir ses ventes comme elle le faisait dans d'autres États membres, qui autorisaient les offres conjointes (et en particulier le Royaume des Pays-Bas et le Grand-Duché de Luxembourg). *Sanoma* soutient en outre que, en raison de l'interdiction, ses clients belges ne pouvaient pas utiliser les bons de réduction qui avaient été publiés dans des revues en langue néerlandaise.

daise paraissant en Flandre et aux Pays-Bas, mais qui avaient aussi été diffusées dans toute la Belgique. Enfin, Sanoma soutient que l'interdiction en cause ne peut pas non plus être justifiée eu égard à l'harmonisation complète opérée par la directive 2005/29. En tout cas, une telle interdiction ne serait ni nécessaire ni proportionnée aux objectifs de protection des consommateurs et de garantie d'une saine concurrence.

45. Derechef, la *Commission* donne une réponse susceptible, dans une certaine mesure, de plusieurs interprétations.

46. Même si elle avance des arguments analogues à ceux soulevés par le gouvernement français, la *Commission* considère que c'est l'article 28 CE qui est la disposition pertinente en l'espèce. La *Commission* établit ensuite clairement que, en application de la jurisprudence de l'arrêt *Keck et Mithouard*, précité, l'interdiction des offres conjointes, en cause en l'espèce, échappe au champ d'application de cette disposition. La *Commission* affirme, en outre, qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse du point de vue de la libre prestation de services attendu que, dans les circonstances de l'espèce, conformément à la jurisprudence de la Cour, il s'avère que cette liberté peut être tout à fait secondaire par rapport à la libre circulation des marchandises et peut lui être rattachée (voir, en particulier, arrêt du 22 janvier 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, Rec. p. I-607, point 31). En outre, la *Commission* indique que l'analyse effectuée par la juridiction de renvoi dans son ordonnance ne s'est pas étendue à d'éventuelles restrictions à la libre prestation de services.

47. Toutefois, la *Commission* examine cette question avec beaucoup de vigilance, arrivant à en conclure que l'interdiction des offres conjointes est clairement constitutive d'une restriction à la libre prestation de services qui va au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de protection des consommateurs et de concurrence loyale.

VI — En droit

A — *Observations liminaires*

48. La directive 2005/29 vise à créer un cadre juridique uniforme de règles concernant les pratiques commerciales déloyales. Conformément au cinquième considérant de cette directive, cet objectif doit être atteint en

harmonisant le droit des pratiques commerciales déloyales dans l'intérêt de l'élimination des obstacles à la libre circulation transfrontalière sur le marché intérieur⁵. Son objectif normatif réside donc dans une harmonisation de ce domaine de vie au niveau de la Communauté européenne⁶.

l'Union européenne, soit le 12 juin 2005. Conformément à son article 19, premier alinéa, les États membres étaient tenus d'adapter leur droit national au plus tard le 12 juin 2007 en promulguant les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires, il est vrai avec un délai de transition de six mois pour certaines dispositions nationales plus sévères. Ces dispositions législatives, réglementaires et administratives devaient toutefois ne s'appliquer qu'à partir du 12 décembre 2007.

49. Conformément à son article 20, la directive 2005/29 entre en vigueur le jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de*

5 — La directive 2005/29 met en œuvre, sur le plan normatif, les propositions de la Commission relatives aux perspectives de la protection des consommateurs dans l'Union européenne, telles qu'elles ont été exposées dans son livre vert du 2 octobre 2001 [COM(2001) 531 final]. Dans ce livre vert, la Commission regrette que le marché intérieur n'ait pas réalisé ses potentialités, ni dans les transactions relatives aux relations de communication et de commerce entre les entreprises et les personnes privées (désignées sous le sigle «B2C», désignant les relations commerciales avec les consommateurs, en anglais «Business to Consumer»), par opposition aux relations de communication et de commerce entre les entreprises ou entre les entreprises et les autorités, désignées sous le sigle «B2B»), qui va de pair avec le développement progressif du marché intérieur. Ce n'est qu'en de rares cas que les consommateurs utilisaient les avantages directs du marché intérieur en procédant à des achats transfrontaliers. La Commission en voit la cause dans la multiplicité de réglementations disparates comme dans la fragmentation des mesures d'exécution, ce qui dissuaderait les consommateurs. Dans ce livre vert, elle propose entre autres l'adoption d'une directive d'harmonisation des règles des différents États membres qui régissent les pratiques commerciales entre les entreprises et les consommateurs (domaine désigné aussi comme domaine «B2C»). Ses initiatives visant la mise sur pied de cette directive-cadre se sont traduites dans la directive 2005/29.

6 — Voir, également, Henning-Bodewig, F., «Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, volume 8/9, p. 629, et en particulier p. 630; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal — La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006, p. 14, et en particulier p. 51 et 53; Micklitz, H.-W., «Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG», *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Bâle, 2006, p. 299, et en particulier p. 306; Kessler, J., «Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung — Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, volume 7, 2007, p. 716; De Cristofaro, G., «La direttiva 2005/29/CE — Contenuti, rationes, caratteristiche», *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turin, 2007, p. 32 et suiv.; Di Mauro, L., «L'iter normativo: Dal libro verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali», *Le pratiche commerciali — Direttive comunitarie ed ordinamento italiano*, Milan, 2007, p. 26, qui considèrent que l'objectif de la directive 2005/29 est l'harmonisation complète des dispositions nationales.

50. Le Royaume de Belgique a respecté ce délai de transposition, formellement en promulguant la loi du 5 juin 2007⁷, qui est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2007. Toutefois, dans sa décision de renvoi, la juridiction de renvoi se réfère à une disposition nationale plus ancienne, soit l'article 54 de la loi belge, dont l'existence précédait l'entrée en vigueur de la directive 2005/29, en exprimant des doutes quant à la compatibilité de cette disposition avec le droit communautaire.

7 — 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, n° 189, p. 34272).

B — *Sur la recevabilité des demandes préjudicielles*

1. L'admissibilité de l'objet de l'interprétation

51. Conformément à l'article 234 CE, l'objet de l'interprétation sollicitée, pour que celle-ci soit recevable, ne peut être, exclusivement, qu'une règle de droit communautaire. Les dispositions du droit primaire et du droit dérivé en relèvent. À cet égard, les questions préjudicielles posées par le rechtbank van koophandel te Antwerpen concernent un objet susceptible d'interprétation dès lors que la Cour est appelée à interpréter l'article 49 CE et la directive 2005/209.

52. À notre avis, il ne convient pas d'accorder d'importance, pour la question de la recevabilité des questions préjudicielles, à la circonstance que, au moment où la juridiction nationale a rendu son ordonnance de demande de décision préjudicielle aux fins d'interprétation de cette règle communautaire, le délai de transposition de la directive

2005/29 n'était pas encore écoulé. En effet, en toute hypothèse, la directive 2005/29 était en vigueur depuis le 12 juin 2005 et, partant, existait déjà en qualité d'acte juridique ayant force de droit obligatoire pour les États membres⁸.

53. Dans le cadre d'une procédure préjudicielle au titre de l'article 234 CE, la Cour est compétente pour statuer sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté, indépendamment du fait qu'ils soient directement applicables ou non⁹. Une directive dont le délai de transposition n'a pas encore expiré constitue donc un tel acte et la Cour peut valablement être saisie d'un renvoi préjudiciel portant sur cette directive, dès lors que ce renvoi répond par ailleurs aux conditions de recevabilité fixées par la jurisprudence de la Cour¹⁰.

8 — Comme l'a soutenu l'avocat général Jacobs au point 30 dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Inter-Environnement Wallonie (arrêt du 18 décembre 1997, C-129/96, Rec. p. I-7411), l'obligation d'atteindre le résultat requis par les directives prend naissance non pas à l'expiration du délai de transposition, mais le jour où la directive entre en vigueur ou prend effet aux fins de l'article 254 CE. En vertu de l'article 254, paragraphe 1, CE, les directives adoptées conformément à la procédure visée à l'article 251 CE entrent en vigueur à la date qu'ils fixent. Comme nous l'avons indiqué, tel a été le cas le 12 juin 2005. Selon von Hoffmann, C., «Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung» (La dimension temporelle de l'interprétation conforme des directives), *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, volume 46, p. 2113 et suiv.), pendant que s'écoule le délai de transposition, il n'y a pas absence d'effets juridiques. L'objectif d'harmonisation de la Communauté serait définitivement réalisé dès l'entrée en vigueur de la directive et l'injonction de mise en œuvre a été adressée aux États membres. Dès lors, sous l'angle des objectifs qu'elle poursuit, la directive serait déjà contraignante et dans cette mesure, ferait déjà partie intégrante de l'ordre juridique national.

9 — Arrêts du 20 mai 1976, *Mazzalai* (111/75, Rec. p. 657, point 7); du 10 juillet 1997, *Maso e.a.* (C-373/95, Rec. p. I-4051, point 28), ainsi que du 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco* (C-491/01, Rec. p. I-11453, point 32).

10 — Arrêt *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, précité (point 33).

2. La pertinence des questions préjudicielles aux fins de la décision en l'espèce

54. S'agissant de la pertinence des questions préjudicielles aux fins de la décision en l'espèce, il convient de rappeler qu'il résulte d'une jurisprudence constante que la procédure de décision à titre préjudiciel instituée par l'article 234 CE est un instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales, grâce auquel la première fournit aux secondes les éléments d'interprétation du droit communautaire qui leur sont nécessaires pour la solution du litige qu'elles sont appelées à trancher¹¹.

55. Dans le cadre de cette coopération, il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose 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 statuer¹².

56. Toutefois la Cour a également jugé que, dans des circonstances exceptionnelles, il lui appartient d'examiner les conditions dans lesquelles elle est saisie par le juge national en vue de vérifier sa propre compétence. Le

refus de statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale n'est possible que lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire sollicitée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées¹³.

57. Or, VTB, les gouvernements belge et espagnol n'ont pu avancer aucun argument à l'appui de la thèse selon laquelle l'interprétation de la directive 2005/29 serait dénuée de pertinence aux fins du jugement dans la procédure au principal. C'est que de nombreux éléments plaident pour la reconnaissance de la pertinence des questions préjudicielles aux fins du jugement à rendre dans cette affaire.

58. Il convient ainsi de constater que les événements qui ont conduit au litige au principal ne se sont produits que quelques mois avant l'expiration, le 12 juin 2007, du délai de transposition. À cette date, le droit national n'avait pas été adapté et le Royaume

11 — Voir arrêts du 16 juillet 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871, point 22), et du 5 février 2004, Schneider (C-380/01, Rec. p. I-1389, point 20).

12 — Arrêt Schneider, précité (point 21).

13 — Voir, notamment, arrêts du 16 décembre 1981, Foglia (244/80, Rec. p. 3045, point 18); du 15 juin 1995, Zabala Erasun e.a. (C-422/93 à C-424/93, Rec. p. I-1567, point 29); du 12 mars 1998, Djabali (C-314/96, Rec. p. I-1149, point 19), ainsi que Schneider, précité (point 22). Voir point 45 des conclusions présentées par l'avocat général Tizzano dans l'affaire Längst (arrêt du 30 juin 2005, C-165/03, Rec. p. I-5637) ainsi que points 30 à 35 dudit arrêt.

de Belgique ne paraissait pas non plus envisager d'abroger l'interdiction de principe des offres conjointes, ce dont la juridiction nationale avait conscience, comme cela ressort clairement de la décision de renvoi¹⁴.

59. S'il ne convenait pas d'exclure l'incompatibilité de la loi belge avec la directive 2005/29, la juridiction nationale serait, le cas échéant, en sa qualité de juridiction fonctionnant dans l'ordre communautaire, obligée de laisser inappliquées les dispositions nationales concernées. Cela résulte de la primauté de l'application du droit communautaire par rapport au droit national¹⁵, mais aussi surtout de l'obligation incombant aux États membres conformément aux articles 10, second alinéa, CE et 249, troisième alinéa, CE, de prendre toutes les mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par la directive concernée.

60. Nous y rattachons aussi l'obligation d'éviter ce qui pourrait empêcher d'atteindre l'objectif d'une directive. Selon la jurisprudence de la Cour, il résulte de l'application

combinée tant des dispositions susmentionnées du traité CE que de la directive concernée elle-même 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 directive¹⁶. Cette obligation d'abstention s'étend à tous les pouvoirs publics des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles¹⁷. Il appartient à la juridiction nationale d'apprécier si tel est le cas des dispositions nationales dont elle est chargée d'examiner la légalité¹⁸.

61. Dans le même sens, dans l'arrêt *Adelener e.a.*¹⁹, la Cour a énoncé que, 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. En outre, selon la jurisprudence de la Cour, doivent être considérées comme relevant du champ d'application de la directive, non

14 — Au point 5 des deux décisions de renvoi, la juridiction de renvoi formule, au départ, les constatations suivantes, à savoir, «s'agissant de la nouvelle directive [2005/29], celle-ci ne prévoit pas une interdiction des offres conjointes, en sorte que le législateur devra peut-être adapter et/ou abroger l'article 54 [de la loi belge], ce qui implique peut-être que les tribunaux — une fois écoulé le délai de mise en œuvre — pourront et devront ne pas appliquer cette interdiction en ce qu'elle impose des obligations que la directive n'autorise plus». La juridiction de renvoi ajoute que «l'État belge n'envisage manifestement pas d'abroger cette interdiction de principe des offres conjointes».

15 — Voir, notamment, arrêts du 5 février 1963, *van Gend & Loos* (26/62, Rec. p. 1); du 15 juillet 1964, *Costa* (6/64, Rec. p. 1141); du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70, Rec. p. 1125), ainsi que du 9 mars 1978, *Simmenthal* (106/77, Rec. p. 629).

16 — 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); du 22 novembre 2005, *Mangold* (C-144/04, Rec. p. I-9981, point 67), et du 4 juillet 2006, *Adelener e.a.* (C-212/04, Rec. p. I-6057, point 121).

17 — Arrêts du 13 novembre 1990, *Marleasing* (C-106/89, Rec. p. I-4135, point 8); du 14 juillet 1994, *Faccini Dori* (C-91/92, Rec. p. I-3325, point 26), *Inter-Environnement Wallonie*, précité (point 40); du 25 février 1999, *Carbonari e.a.* (C-131/97, Rec. p. I-1103, point 48), ainsi que du 5 octobre 2004, *Pfeiffer e.a.* (C-397/01 à C-403/01, Rec. p. I-8835, point 110).

18 — Arrêt *Inter-Environnement Wallonie*, précité (point 46). Dans ce sens, voir également *Vcelouch*, *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, Heinz Mayer, Vienne, 2004, article 249, point 45, p. 16.

19 — Précité (point 123).

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-ci²⁰.

applicable conforme à la directive n'est pas envisageable²².

62. Ainsi, si, comme dans les affaires examinées, le juge national soupçonne qu'une législation nationale est de nature à compromettre la finalité d'une directive qui doit être prochainement transposée, à l'expiration du délai de transposition²¹, il est tenu d'adopter les mesures nécessaires au cours de la phase de transposition. En outre, cela implique également, en principe, la possibilité de ne pas appliquer le droit national contraire dans la mesure où une interprétation du droit

63. Toutefois, la non-application de l'article 54 de la loi belge eût impliqué, selon toute vraisemblance, que la juridiction de renvoi ait dû partiellement rejeter les demandes en cessation introduites, respectivement, par VTB et Galatea contre Total et Sanoma.

64. Eu égard à l'ensemble de ces éléments, on ne peut pas contester la pertinence des questions préjudicielles aux fins de la décision à prendre dans la procédure au principal.

20 — Arrêt du 7 septembre 2006, Cordero Alonso (C-81/05, Rec. p. I-7569, point 29).

21 — L'intervention de la juridiction nationale suppose l'existence d'un risque de voir compromis les objectifs de la directive à l'expiration du délai de transposition (voir en ce sens, également, Hoffmann, C., «Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, volume 46, p. 2216). Pareillement, également, Schroeder, W., *ELIV/EGV Kommentar*, Rudolf Streinz, article 249 CEE, point 139, p. 2197: le point de vue qu'il défend, selon lequel les autorités et les juridictions, seraient tenues d'adopter une interprétation conforme aux directives entre en ligne de compte, lorsque des mesures législatives de transposition font présumer que la réalisation des objectifs de la directive devrait finalement être compromise.

22 — Toutefois, l'obligation, incombant au juge national, d'interprétation conforme aux directives trouve ses limites dans les principes généraux du droit, notamment dans ceux de sécurité juridique ainsi que de non-rétroactivité, et elle ne peut pas servir de fondement à une interprétation contra legem du droit national (voir arrêts du 8 octobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Rec. p. 3969, point 13; Adeneler e.a., précité, point 110, ainsi que du 15 avril 2008, Impact, C-268/06, Rec. p. I-2483, point 100; voir également, par analogie, arrêt du 16 juin 2005, Pupino, C-105/03, Rec. p. I-5285, points 44 et 47). Cependant, dès lors qu'une directive est directement applicable, le précepte général d'interprétation conforme au droit communautaire s'impose. Selon ce principe, si une telle application conforme n'est pas possible, la juridiction nationale a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute disposition dans la mesure où son application, dans les circonstances de l'espèce, aboutirait à un résultat contraire au droit communautaire (voir, dans un sens analogue, arrêts du 21 mai 1987, Albako Margarine fabrik, 249/85, Rec. p. 2345, points 13 et suiv.; du 4 février 1988, Murphy e.a., 157/86, Rec. p. 673, point 11, ainsi que du 26 septembre 2000, Engelbrecht, C-262/97, Rec. p. I-7321, point 40; voir, également Schroeder, W., op. cit., article 249 CEE, point 127, p. 2195).

65. Il s'ensuit que les questions préjudicielles sont recevables.

disposition relève du champ d'application matériel de la directive 2005/29.

C — La compatibilité de l'article 54 de la loi belge avec la directive 2005/29

66. À titre liminaire, il convient de rappeler, d'une part, que, dans le cadre d'une procédure introduite au titre de l'article 234 CE, la Cour n'est pas compétente pour statuer sur la compatibilité d'une mesure nationale avec le droit communautaire. Elle est toutefois compétente pour fournir à la juridiction nationale tous les éléments d'interprétation relevant du droit communautaire qui peuvent lui permettre d'apprécier cette compatibilité pour le jugement de l'affaire dont elle est saisie²³.

67. Les deux questions préjudicielles visent à faire établir par la Cour si la directive 2005/29 s'oppose à une disposition nationale telle que l'article 54 de la loi belge. Il convient tout d'abord, à cette fin, d'examiner la question de savoir si, dans son objet normatif, une telle

1. La notion de «pratiques commerciales» de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29

68. Ce qui est pertinent, en l'occurrence, c'est la réponse à la question de savoir si, en tout état de cause, les offres conjointes doivent être considérées comme des «pratiques commerciales» au sens de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29. Cette disposition comporte une large définition légale des «pratiques commerciales» qui, de notre point de vue, permet sans problèmes une telle catégorisation de la notion d'«offre conjointe».

69. Les offres conjointes se fondent sur la conjonction d'au moins deux offres distinctes de produits ou de services. Ainsi, il n'y a offre conjointe que lorsque les éléments constitutifs de la conjonction sont deux ou plusieurs produits distincts. L'élément caractéristique de la distinction entre les différentes formes dans lesquelles de tels liens apparaissent réside dans la nature et le mode de conjonc-

23 — Voir, notamment, arrêts *Costa*, précité; du 29 novembre 2001, *De Coster* (C-17/00, Rec. p. I-9445, point 23), ainsi que du 16 janvier 2003, *Pansard e.a.* (C-265/01, Rec. p. I-683, point 18).

tion, soit donc dans les conditions respectives dans lesquels les offreurs présentent leurs offres conjointes et les introduisent sur le marché²⁴. Vues du point de vue de l'économie de l'entreprise, les offres conjointes constituent une mesure de politique de prix et de communication, deux des politiques les plus importantes dans la stratégie commerciale. Dès lors que l'existence de marchés non concurrentiels est plutôt chose rare et que les annonceurs doivent presque toujours intervenir contre d'autres offreurs, les opérateurs sont forcés de se distinguer de l'environnement concurrentiel en créant des offres qui non seulement sont intéressantes, mais qui, en outre, exercent un fort attrait sur les différents consommateurs. Du fait de la combinaison particulière de différents produits ou services en une seule offre et de l'avantage de prix factice ou apparent qui

résulte de leur forme de combinaison, les offres conjointes devraient créer chez les clients une incitation à l'achat. En d'autres termes, elles servent à attirer les clients et à accroître le potentiel de conquête des entreprises²⁵.

24 — L'intensité de la conjonction, la fonction des éléments constitutifs de l'offre dans le cadre de cette offre conjointe (telle que par exemple la fonction d'élément principal ou d'élément accessoire) ainsi que la quote-part de prix que représente cette partie de l'offre dans le prix global sont des critères décisifs du classement des offres conjointes en différentes catégories. On distingue les offres conjointes au sens strict des offres conjointes au sens plus large. Dans le cas d'offres conjointes au sens strict, tous les produits offerts conjointement occupent une fonction principale. Contrairement à d'autres transactions conjointes, dans lesquelles il existe entre produits ou services un rapport de produit principal à produit secondaire ou, respectivement, à service secondaire, dans le cas des offres conjointes au sens strict, la même importance est attribuée à l'ensemble des éléments constitutifs de l'offre. Cette forme de conjonction comprend en particulier l'offre d'un prix global, dans laquelle les différents produits ou services sont réunis dans un ensemble à un prix global. Relèvent des offres conjointes au sens plus large les offres pour lesquelles sont intégrés et écoulés en un ensemble plusieurs produits ou services sans toutefois présenter les caractéristiques d'une offre à un prix global. En relèvent en partie ce qu'il est convenu d'appeler les offres d'appoint, dans lesquelles, outre un produit ou un service principal offert dans des conditions usuelles de marché, un autre produit ou un autre service, accessoire, est offert à un prix particulièrement avantageux, en ne pouvant pas, néanmoins, être acquis sans le bien principal. En relève le cas de remise à titre non onéreux d'un produit ou d'un service accompagnant un bien offert à titre onéreux (voir, à ce sujet, Charakiniotis, S., *Die lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeits-schranken der Kopplungsangebote nach der Aufhebung der Zugabeverordnung*, Francfort-sur-le-Main, 2005, p. 28 à 33).

70. Si l'on se fonde sur la fonction des offres conjointes telle qu'elle est décrite précédemment ainsi que sur la manière et les modalités selon lesquelles le consommateur les perçoit dans la vie de tous les jours, il est logique de les définir comme actes commerciaux ou communications commerciales relevant de la publicité et de la stratégie commerciale d'un opérateur, directement liés à la promotion des débouchés et à la vente. Elles correspondent ainsi parfaitement à la notion de «pratiques commerciales» au sens de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29. Il s'ensuit que les offres conjointes qui font l'objet de la réglementation prévue à l'article 54 de la loi belge relèvent du champ d'application matériel de la directive 2005/29.

25 — En ce sens, Charakiniotis, S., op. cit., p. 19; Köhler, H., «Kopplungsangebote (einschliesslich Zugaben) im geltenden und künftigen Wettbewerbsrecht», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2003, volume 9, p. 279, Bartolomucci, P., «Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: Un'evoluzione del principio della trasparenza», *Le pratiche commerciali — Direttive comunitaria ed ordinamento italiano*, Milan, 2007, p. 261, l'offre de services accessoires relève aussi des mesures de promotion commerciale auxquelles recourent les entreprises pour conquérir des parts sur leur marché de référence respectif et pour gagner à leur profit le plus grand nombre de clients.

2. Le champ d'application personnel de la directive 2005/29

telle que l'article 54 de la loi belge, il convient d'examiner et, ensuite, de comparer les deux réglementations sous l'angle de leur objectif normatif et de leur structure réglementaire.

71. Il n'en va pas autrement s'agissant du champ d'application personnel de la directive 2005/29. En effet, cette directive vise directement la protection des consommateurs. Toutefois, ce n'est pas une raison pour négliger les intérêts économiques des concurrents réguliers, qui ne sont pas moins dignes de protection.

72. Cela résulte tout d'abord du sixième considérant de la directive 2005/29, mais surtout du huitième considérant de celle-ci, dont il ressort que cette dernière protège aussi indirectement les entreprises légitimes contre les concurrents qui ne suivent pas les règles du jeu fixées par cette directive, garantissant ainsi une concurrence loyale dans le secteur d'activité qu'elle coordonne²⁶.

a) Les dispositions de la directive 2005/29

i) L'uniformisation complète et maximale des dispositions nationales en tant qu'objectif normatif

3. L'examen des structures des deux réglementations

73. Pour pouvoir établir si la directive 2005/29 s'oppose à une disposition nationale

74. Comme nous l'avons exposé initialement²⁷, la directive 2005/29 vise une harmonisation complète des règles légales des États membres concernant les pratiques commerciales déloyales. En outre, à la différence des instruments juridiques sectoriels spécifiques d'harmonisation du droit des consommateurs tels qu'ils se présentaient jusque-là, la directive 2005/29 vise non seulement une harmonisation minimale, mais aussi une uniformi-

26 — Voir Abbamonte, G., «The unfair commercial practices Directive and its general prohibition», *The Regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, p. 17, qui formule le point de vue selon lequel la protection des concurrents contre la concurrence déloyale serait un effet indirect de la directive.

27 — Voir le point 48 des présentes conclusions.

sation maximale des règles de droit national qui, sous réserve de certaines exceptions, ne permet pas aux États membres de conserver ou d'instaurer des règles plus sévères²⁸. L'une et l'autre de ces conclusions résultent d'une interprétation tant du préambule que des dispositions générales de cette directive.

créer un niveau commun élevé de protection des consommateurs et, d'autre part, de son douzième considérant, qui énonce que les consommateurs et les professionnels pourront ainsi s'appuyer sur un *cadre réglementaire unique* fondé sur un concept juridique clairement défini réglementant tous les aspects des pratiques commerciales déloyales au sein de l'Union européenne. Nous trouvons une nouvelle référence à la méthode du *rapprochement du droit* à l'article 1^{er} de la directive 2005/29, dont il ressort que l'objectif de ladite directive est de contribuer à l'amélioration de la protection des consommateurs et au bon fonctionnement du marché intérieur.

75. C'est ce qui résulte, d'une part, du onzième considérant de la directive 2005/29, selon lequel le *rapprochement* des dispositions nationales assuré par ladite directive doit

28 — En ce sens, Massaguer, J., op. cit., p. 15; Abbiamento, G., op. cit., p. 19, ainsi que De Brouwer, L., «Droit de la consommation – La directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales», *Revue de droit commercial belge*, volume 7, septembre 2005, p. 796, qui, de la circonstance de l'harmonisation maximale par la directive 2005/29, en concluent que les États membres n'ont pas la faculté d'arrêter des règles plus sévères, quand bien même celles-ci viseraient à garantir un degré plus élevé de protection des consommateurs. De Cristofaro, G., op. cit., p. 32, estime que les États membres ne peuvent déroger aux dispositions de la directive ni prévoir un niveau plus élevé de protection des consommateurs. Selon Kessler, J., op. cit., p. 716, la directive ne prévoit pas seulement des standards minimaux: elle empêche aussi les États membres de maintenir des mesures qui, dans l'intérêt d'une prétendue orientation en faveur des consommateurs, vont au-delà des prescriptions matérielles des directives et maintiennent ainsi des exigences plus sévères.

Voir, en outre, arrêt du 8 avril 2003, Pippig/Hartlauer (C-44/01, Rec. p. I-3095, points 40 et 44), dans lequel la Cour a indiqué la portée des compétences des États membres dans les cas d'harmonisation minimale et d'harmonisation exhaustive. D'une part, la Cour a constaté que le législateur communautaire n'avait procédé, en matière de publicité trompeuse, qu'à une harmonisation minimale des régimes nationaux, en ce sens que l'article 7, paragraphe 1, de la directive 84/450/CEE du Conseil, du 10 décembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse (JO L 250, p. 17) permet aux États membres d'appliquer, en cette matière, des dispositions nationales plus strictes visant à assurer une protection plus étendue, notamment, des consommateurs. D'autre part, le législateur a refusé de leur accorder une compétence équivalente en matière de protection contre la publicité trompeuse attendu que la directive 84/450 a procédé à une harmonisation exhaustive des conditions de licéité de la publicité comparative dans les États membres, une telle harmonisation impliquant la licéité de la publicité comparative dans les États membres.

76. L'objectif d'une réglementation exhaustive et maximale au niveau communautaire dans le domaine de vie visé par le champ d'application de la directive 2005/29 apparaît clairement dans les quatorzième et quinzième considérants de cette directive, qui mentionnent une *harmonisation complète*. Cela résulte, en outre, de la clause de marché intérieur de l'article 4 de la directive 2005/29, qui prévoit que 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 cette directive vise au *rapprochement* des dispositions en vigueur.

77. En guise d'exception, l'article 3, paragraphe 5, de la directive 2005/29 prévoit que, pendant une période de six ans à compter du 12 juin 2007, les États membres ont la faculté de conserver, dans le domaine du rapprochement opéré par cette directive, des dispositions nationales. Il est vrai que cette exception est limitée aux dispositions nationales qui mettent en œuvre des directives incluant des clauses d'harmonisation minimale²⁹. L'article 3, paragraphe 9, de la directive 2005/29 comporte enfin une exception supplémentaires pour ce qui est des services financiers au sens de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE (JO L 27, p. 16) et des biens immobiliers.

29 — Relèvent des directives incluant des clauses d'harmonisation minimale au sens de l'article 3, paragraphe 5, de la directive 2005/29 les directives suivantes: les directives 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (JO L 372, p. 31); 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait (JO L 158, p. 59); 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (JO L 280, p. 83); 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 — Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6 paragraphe 1 — Déclaration de la Commission sur l'article 3 paragraphe 1, premier tiret (JO L 144, p. 19); 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs (JO L 80, p. 27), et 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO L 298, p. 23).

ii) La structure normative de la directive 2005/29

78. La disposition clé autour de laquelle s'articule la directive 2005/29, c'est la clause générale énoncée à l'article 5, paragraphe 1, de cette dernière qui prescrit l'interdiction générale des pratiques commerciales déloyales. Ledit article 5, paragraphe 2, précise ce qu'il convient d'entendre par pratiques commerciales «déloyales». Conformément à cette disposition, une pratique commerciale est déloyale si, d'une part, elle est contraire aux exigences de la «diligence professionnelle» et, d'autre part, elle est susceptible d'«altérer de manière substantielle» le comportement économique. Conformément au paragraphe 4 dudit article, sont en particulier déloyales les pratiques commerciales qui sont trompeuses (articles 6 et 7 de la directive 2005/29) ou agressives (articles 8 et 9 de cette directive). Le paragraphe 5 du même article renvoie à l'annexe I de la directive 2005/29 et aux pratiques commerciales qui y sont mentionnées, qui sont «réputées déloyales en toutes circonstances». Cette liste s'applique de manière uniforme dans tous les États membres et ne peut être modifiée que par une modification de la directive 2005/29.

79. Dès lors, aux fins de l'application du droit par les juridictions nationales et par les autorités administratives, il convient tout d'abord de se référer à la liste, figurant à ladite annexe I, des 31 cas de pratiques commerciales déloyales. Si une pratique commerciale peut relever d'un de ces cas de figure, elle doit être interdite. Il n'y a pas lieu de procéder à une plus ample analyse, par exemple quant aux effets de la pratique concernée. Si le cas de figure concerné ne relève pas de cette liste d'interdictions, il

convient d'examiner s'il correspond à l'un des exemples régis par la clause générale — les pratiques commerciales trompeuses ou agressives. Ce n'est que si ce n'est pas le cas que l'article 5, paragraphe 1 de la directive 2005/29 s'applique³⁰.

b) Les dispositions de la loi belge

80. Selon une jurisprudence constante, chacun des États membres destinataires d'une directive a l'obligation de prendre, dans son ordre juridique national, toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer le plein effet de la directive, conformément à l'objectif qu'elle poursuit³¹. Y est liée l'obligation, incombant au législateur national, de dûment transposer la directive concernée³².

81. Il convient, tout d'abord, de constater que la loi belge présente une structure de réglementation différente de celle de la directive

2005/29 en ce que, en son article 54, elle prescrit une interdiction de principe qui n'est pas prévue dans la directive elle-même. À la différence de la loi belge, ladite directive part du principe de la loyauté des pratiques commerciales aussi longtemps que ne sont pas réunies les conditions d'une interdiction telle qu'elle les détermine³³. Elle suit ainsi une conception, de ce point de vue à l'opposé de la loi belge, qui favorise la liberté d'entreprendre des opérateurs qui, pour l'essentiel, correspondent au principe de droit «in dubio pro libertate»³⁴.

82. Attendu que les offres conjointes ne figurent pas dans les pratiques commerciales énumérées à ladite annexe I, qui doivent être considérées comme déloyales en toutes circonstances, elles ne peuvent être interdites par principe que lorsqu'elles constituent des pratiques commerciales déloyales, par exemple parce qu'elles sont trompeuses ou agressives au sens de la directive 2005/29. Ce

30 — Voir, également, le schéma d'analyse proposé par De Cristofaro, G., op. cit., p. 12, et Henning-Bodewig, F., op. cit., p. 631.

31 — Voir, notamment, arrêts du 1^{er} février 1977, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen* (51/76, Rec. p. 113, point 22); du 26 février 1986, *Marshall* (152/84, Rec. p. 723, point 48); du 24 octobre 1996, *Kraaijeveldt e.a.* (C-72/95, Rec. p. I-5403, point 55); du 17 juin 1999, *Commission/Italie* (C-336/97, Rec. p. I-3771, point 19); du 8 mars 2001, *Commission/France* (C-97/00, Rec. p. I-2053, point 9); du 7 mai 2002, *Commission/Suède* (C-478/99, Rec. p. I-4147, point 15), ainsi que du 26 juin 2003, *Commission/France* (C-233/00, Rec. p. I-6625, point 75).

32 — La transposition de la directive fait partie intégrante d'une procédure législative en deux étapes, dans laquelle la seconde étape doit être réalisée au niveau du droit national. La mise en œuvre matérielle au niveau du droit national concrétise le droit de la directive (voir à cet égard Vclouch, P., op. cit. points 48 et 50, p. 17 et 18).

33 — Abbamonte, G., op. cit., p. 15, qualifie de libérale la conception mise en œuvre par la directive. Selon cette conception, tout ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé. De Cristofaro, G., op. cit., p. 11, observe pertinemment que la directive se fonde sur une conception ponctuelle en ce qu'elle fixe les critères d'appréciation d'une pratique commerciale déloyale tandis qu'elle renonce complètement à décrire les caractéristiques d'une pratique commerciale loyale.

34 — Cette maxime romaine signifie littéralement «dans le doute, opter pour la liberté». Elle ne concernait à l'origine que la question de savoir si une personne était ou non esclave (voir Liebs, D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichswörter*, Munich, 1998, p. 103). Dans la doctrine actuelle, en vertu de ce principe de minimum de liberté, tout particulier est associé à un certain ordre social. C'est ainsi que Kelsen, H., dans *Reine Rechtslehre*, Vienne, 1960, p. 43, observe que, en tant qu'ordre social instaurant des sanctions, le droit règle le comportement humain non seulement dans un sens positif, car prescrit un comportement en ce sens qu'il sanctionne le comportement contraire par un acte de contrainte et qu'il fait en sorte ainsi que ce comportement soit interdit, mais aussi dans un sens négatif en ce qu'il n'assortit pas un comportement déterminé d'une sanction, faisant en sorte que ce comportement n'est pas interdit. Kelsen en conclut que «un comportement qui n'est pas interdit est juridiquement licite (en ce sens négatif)». En ce sens, également, Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 517, qui évoque un principe de primauté *prima facie* de la liberté juridique.

nonobstant, conformément à la directive 2005/29, il n'est question d'interdiction que lorsqu'une pratique commerciale est à considérer comme déloyale parce qu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle ou que, s'agissant du produit concerné, elle influence de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen ou est de nature à l'influencer de manière substantielle.

83. S'agissant toutefois de la question de savoir si tel est le cas des offres conjointes, une réponse de valeur universelle n'est pas possible. Ainsi que le gouvernement belge lui-même l'admet³⁵, il convient plutôt de procéder à une évaluation de la pratique commerciale au cas par cas. Par ailleurs, selon le dix-septième considérant de la directive 2005/29, le législateur communautaire part lui aussi du principe³⁶ de la nécessité d'une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de cette directive lorsqu'une pratique commerciale ne relève pas des pratiques commerciales mentionnées à l'annexe I de la même directive.

84. Le gouvernement belge soutient néanmoins que, en instaurant les dérogations des

articles 55 à 57 de la loi belge, le législateur national a lui-même prévu cette évaluation. On peut toutefois objecter que, même si les exceptions susmentionnées limitent effectivement l'interdiction de principe, cela ne change rien au fait qu'il s'agit en l'occurrence d'une énumération exhaustive de pratiques commerciales autorisées qui ne tolère pas d'extensions au bénéfice de la liberté d'entreprendre. Dans son concept même, la disposition belge est statique et ce n'est que par voie de modification législative qu'elle pourrait être modifiée pour se conformer aux exigences de la directive 2005/29.

85. Cette interdiction de principe aboutit finalement à transformer l'économie délibérément libérale du droit de la concurrence déloyale telle qu'elle est conçue par la directive 2005/29 en son contraire, en ce qu'elle élève l'interdiction au rang de principe et fait de la liberté d'entreprise l'exception. D'un point de vue juridique, si l'on excepte les exceptions prévues, l'article 54 de la loi belge implique une extension non négligeable de la liste des pratiques commerciales interdites que comporte l'annexe I de la directive 2005/29, que les États membres ne sont pas habilités à prévoir, eu égard à l'harmonisation complète et maximale de la directive 2005/29³⁷.

35 — Au point 19 de sa réponse écrite à la question posée par la Cour, le gouvernement belge indique que, initialement, l'article 54 de la loi belge remonte à la loi du 14 juillet 1971. À cette époque-là, le législateur belge avait estimé que les offres conjointes ne pouvaient pas être considérées comme constituant en elles-mêmes des pratiques commerciales déloyales impliquant une obligation de vérifier au cas par cas le caractère loyal des offres conjointes.

36 — Cela résulte a contrario de la troisième phrase dudit dix-septième considérant, qui entend en effet signifier que les pratiques commerciales énumérées à l'annexe I de la même directive sont les 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».

37 — Abbamonte, G., op. cit., p. 21, fait observer que les États membres ne sont pas habilités à modifier eux-mêmes la liste exhaustive des pratiques commerciales interdites que comporte l'annexe I de la directive 2005/29. S'ils étaient autorisés à le faire, cela aurait pour effet de tourner l'harmonisation maximale recherchée par cette directive, ce qui pourrait compromettre l'objectif de sécurité juridique.

86. Nonobstant les exceptions prévues par ses articles 55 à 57, l'article 54 de la loi belge, par sa structure normative, est articulé de façon nettement plus répressive et moins flexible que la directive 2005/29 qui requiert une évaluation relative à l'existence, dans le cas d'espèce, de l'élément de fait de la déloyauté³⁸.

87. Comme la Commission le relève à bon droit, c'est aux juridictions nationales ou aux autorités administratives que le législateur communautaire confie la mission consistant à 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. C'est ce qu'indique expressément le dix-huitième considérant de la directive 2005/29³⁹. C'est à ces juridictions et autorités qu'il incombe, conformément aux articles 11 et 12 de cette directive, d'assurer le respect des dispositions de cette dernière dans le cadre des systèmes de

sanctions à instaurer au niveau national⁴⁰. Toutefois, lorsque le législateur belge détermine par la voie législative et de façon exclusive les pratiques commerciales autorisées et ne laisse aucune marge d'appréciation aux organes habilités à interpréter et à exécuter les lois, cela compromet l'objectif de transposition effective de cette directive au niveau de l'État⁴¹.

88. En résumé, il convient de constater qu'une disposition nationale telle que l'article 54 de la loi belge qui prévoit une

38 — Selon Massaguer, J., op. cit., p. 50 et en particulier à la page 51, eu égard à l'harmonisation complète opérée par la directive 2005/29, le législateur national se voit empêché d'instaurer une interdiction de pratiques commerciales nouvelles au regard de celles énumérées à l'annexe I de la même directive. Les législateurs nationaux ne sont pas plus autorisés à introduire des interdictions de principe («per se») (c'est-à-dire des interdictions qui n'appellent pas d'évaluation au cas par cas relative aux conditions mentionnées aux articles 5 à 9 de la directive 2005/29), allant au-delà de celles énumérées à ladite annexe I. L'auteur émet des doutes quant au point de savoir si une interdiction de principe des offres conjointes serait en toute hypothèse compatible avec la directive 2005/29.

39 — Voir, également, Bernitz, U., «The Unfair Commercial Practices Directive: Its Scope, Ambition and Relation to the Law of Unfair Competition», *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 — New Rules and New Techniques*, Norfolk, 2007, p. 39, qui invoque également le dix-huitième considérant de la directive 2005/29. Ce considérant énonce ce qui suit, à savoir que «[l]es 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». En outre, le vingtième considérant de la directive 2005/29 évoque le recours à une action administrative ou judiciaire.

40 — Les États membres connaissent différents systèmes de sanctions relatives aux pratiques déloyales, issus de développements historiques et de structures différentes de l'ordre juridique. Jusqu'à présent, le droit communautaire n'a uniformisé que sur un mode ponctuel les dispositions des États membres en matière de sanctions et de procédure et il ne prescrit pas de système déterminé de lutte contre les pratiques commerciales déloyales. La directive 2005/29 n'apporte aucun changement quant à l'acceptation de différents systèmes de mise en œuvre. C'est encore au législateur national qu'il incombe d'établir si la lutte contre les pratiques commerciales déloyales s'effectue par des moyens de droit administratif, de droit pénal ou de droit civil, comme le confirme l'article 11, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 2005/29. Des combinaisons de différents systèmes de sanctions sont admis. Ce sont ces systèmes qui sont habilités à établir si c'est une procédure judiciaire et/ou de contentieux administratif qui doit intervenir (voir, à cet égard, Alexander, C., «Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/CE über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt — Umsetzungsbedarf in Deutschland?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2005, volume 10, p. 810, et Massaguer, J., op. cit., p. 144).

41 — Stuyck, J., «The Unfair Commercial Practices Directive as its Consequences for the Regulation of Sales Promotions and the Law of Unfair Competition», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, p. 170, relève que la directive 2005/29 exige une évaluation au cas par cas du caractère déloyal d'une pratique commerciale. Il estime qu'une disposition nationale qui prévoit une interdiction de principe de certaines formes de promotion des ventes, telles que les ventes à perte, les offres de loterie, les bons d'achat, les ventes en liquidation etc. ou les règles de façon abstraite, sans conférer au juge la faculté de juger, dans chaque cas, si chaque pratique commerciale est à considérer comme une pratique déloyale à l'égard des consommateurs, ne peut pas être maintenue eu égard à la directive 2005/29.

interdiction de principe des offres conjointes sans donner la possibilité de prendre en compte les circonstances propres à chaque cas particulier est par essence plus restrictive et plus sévère que ne le sont les dispositions de la directive 2005/29⁴².

89. Dans ce contexte, il convient de constater que l'article 54 de la loi belge concerne un domaine qui relève de l'harmonisation complète et auquel les dispositions transitoires de l'article 3, paragraphe 5, de la directive 2005/29 ne s'appliquent pas. En tout cas, il n'est pas possible de déterminer dans quelle mesure l'article 54 de la loi belge devait transposer les directives qui y sont mentionnées⁴³. Le gouvernement belge ne l'a pas d'ailleurs soutenu. L'exception prévue à l'article 3, paragraphe 9, de la directive 2005/29 n'est pas non plus applicable en l'occurrence.

4. Sur le retrait de la proposition de règlement de la Commission relatif aux promotions de vente dans le marché intérieur

90. Se pose la question de la détermination des conséquences que comporte, pour cette interprétation, le retrait de la proposition de règlement de la Commission relatif aux promotions de vente dans le marché intérieur.

En effet, le gouvernement belge, soutenu par le gouvernement français, soutient en substance qu'il est parti du principe que l'objet de la réglementation prévue par ce règlement incluait aussi, notamment, les offres conjointes. Selon ces deux gouvernements, on ne saurait conclure du retrait de la proposition de règlement que le champ d'application matériel de la directive 2005/29 pouvait désormais couvrir ce domaine.

91. À notre avis, le gouvernement belge ne saurait invoquer la protection de la confiance légitime d'autant plus que la confiance qu'il invoque ne repose que sur une proposition de norme de droit communautaire qui, en définitive, n'est jamais entrée en vigueur. Comme il le déclare lui-même, les procédures d'élaboration du règlement et de la directive 2005/29 se sont déroulées pour partie simultanément. En tant que représentant constitutionnel d'un État membre représenté au Conseil, le gouvernement belge a eu connaissance des deux procédures législatives et a, dès lors, été informé de leur déroulement. Il ne peut donc invoquer valablement sa méconnaissance quant au déroulement des deux procédures législatives⁴⁴.

42 — Voir De Brouwer, L., *op. cit.*, p. 795, qui exprime un doute quant à la compatibilité avec la directive 2005/29 de l'interdiction belge des offres conjointes.

43 — Voir point 77 des présentes conclusions.

44 — Voir point 45 des conclusions que nous avons présentées dans l'affaire Commission/Luxembourg (arrêt du 19 juin 2008, C-319/06, Rec. p. I-4323), dans lesquelles nous avons défendu le point de vue selon lequel, en tant que représentant constitutionnel d'un État représenté au Conseil, un gouvernement a eu connaissance des déclarations interprétatives qui ont été rendues par cet organe dans le cadre de la procédure législative.

92. La Cour a souligné la responsabilité particulière des gouvernements représentés au Conseil dans le cadre de la transposition des directives. Les gouvernements des États membres participant aux travaux préparatoires des directives, ils doivent, dès lors, être en mesure d'élaborer les dispositions législatives nécessaires à leur mise en œuvre dans le délai fixé⁴⁵.

93. Au plus tard au moment du retrait de la proposition de la Commission⁴⁶, le gouvernement belge aurait dû, le cas échéant, vérifier dans quelle mesure le champ d'application de la directive 2005/29 s'étendait aux domaines qui étaient jusque-là couverts par le règlement projeté. La nécessité d'une telle démarche se concevait d'autant plus aisément que, dans sa conception initiale, la directive 2005/29 était destinée, d'une part, à introduire des règles générales, subsidiaires dans le domaine du droit des consommateurs de la Communauté et, d'autre part, à réaliser une harmonisation complète des règles de droit des États membres relatives aux pratiques commerciales⁴⁷. Dans la mesure où le retrait a eu lieu à un moment où le délai de transposition

de la directive 2005/29 courait encore, il appartenait au législateur de tenir compte de ces considérations aux fins de l'adaptation du droit national.

94. Cet argument doit dès lors être rejeté.

5. Conclusion

95. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous en concluons que la directive 2005/29 s'oppose à une disposition nationale telle que l'article 54 de la loi belge.

D — La compatibilité de l'article 54 de la loi belge avec les libertés fondamentales

96. Dans l'affaire C-299/07, la demande de décision préjudicielle vise à faire établir si l'article 49 CE s'oppose à une disposition nationale telle que l'article 54 de la loi belge.

45 — Voir arrêts du 1^{er} mars 1983, *Commission/Belgique* (301/81, Rec. p. 467, point 11), et du 23 novembre 2000, *Commission/France* (C-319/99, Rec. p. I-10439, point 10).

46 — La décision de retrait de sa proposition de règlement prise par la Commission a été publiée dans le *Journal officiel de l'Union européenne*, série C, numéro 64, du 17 mars 2006, à la page 3. Il est vrai que la Commission avait déjà annoncé cette décision dans sa communication «Résultat de l'examen des propositions législatives en instance devant le législateur» COM(2005) 462 final, du 27 septembre 2005.

47 — Voir, également, Stuyck, J., *op. cit.*, p. 161, qui exprime l'hypothèse selon laquelle beaucoup d'États membres ne se rendaient manifestement pas compte que les dispositions de la proposition de règlement retirée qui concernaient le rapport entre les opérateurs économiques et le consommateur ont été bel et bien reprises par la directive 2005/29 (eu égard à son objectif d'harmonisation complète).

97. Certes, la demande de décision préjudicielle présentée dans l'affaire C-261/07 ne comporte pas une demande correspondante d'interprétation de l'article 49 CE formulée explicitement. Toutefois, la juridiction de renvoi aborde cette problématique dans les motifs de sa décision de renvoi. À cet égard, il convient de rappeler qu'il incombe à la Cour de fournir à la juridiction nationale tous les éléments d'interprétation du droit communautaire qui peuvent être utiles au jugement de l'affaire dont elle est saisie, qu'elle y ait fait ou non référence dans l'énoncé de ses questions⁴⁸. Étant donné les conséquences qu'une décision préjudicielle aura pour l'ordre juridique du Royaume de Belgique, il nous paraît indispensable d'évoquer l'article 49 CE aussi dans le cadre d'un examen de l'affaire C-261/07.

98. Il convient néanmoins au préalable de résoudre la question de savoir si les dispositions du traité entrent en ligne de compte et de déterminer les libertés fondamentales qui seraient applicables, le cas échéant, dans le cas d'espèce.

48 — Voir arrêts du 12 décembre 1990, SARPP (C-241/89, Rec. p. I-4695, point 8); du 2 février 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, «Clinique» (C-315/92, Rec. p. I-317, point 7); du 4 mars 1999, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (C-87/97, Rec. p. I-1301, point 16); du 7 septembre 2004, Trojani (C-456/02, Rec. p. I-7573, point 38), et du 17 février 2005, Oulane (C-215/03, Rec. p. I-1215, point 47).

1. Les libertés fondamentales comme critère d'analyse

99. Une jurisprudence constante de la Cour considère que, une fois qu'un domaine particulier a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive au niveau communautaire, toute mesure nationale liée à cette matière doit être appréciée au regard des dispositions de cette directive et non pas de celles du traité⁴⁹. Il convient toutefois, comme le relève à juste titre la Commission, de rappeler que les États membres étaient tenus de transposer la directive 2005/29 au plus tard le 12 décembre 2007⁵⁰. Comme nous l'avons précédemment exposé, il appartenait à la juridiction nationale d'examiner la question de savoir si, avant l'expiration du délai de transposition, une interprétation conforme à ladite directive était vraiment nécessaire pour garantir la réalisation des objectifs de celle-ci. Ce problème ne concernait toutefois pas les dispositions du traité relatives aux libertés fondamentales qui sont directement applicables, dont l'applicabilité de principe n'était pas en cause. C'est le motif pour lequel nous estimons que les dispositions du traité, à tout le moins en ce qui concerne les procédures préjudicielles concernées en l'espèce, entrent en ligne de compte comme critères d'examen aux côtés de la directive 2005/29.

49 — Arrêts du 5 octobre 1977, Tedeschi (5/77, Rec. p. 1555, point 35); du 30 novembre 1983, van Bennekom (227/82, Rec. p. 3883, point 35); du 12 octobre 1993, Vanacker et Lesage (C-37/92, Rec. p. I-4947, point 9); du 5 octobre 1994, Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Rec. p. I-5077, point 31); du 11 juillet 1996, Bristol-Myers Squibb e.a. (C-427/93, C-429/93 et C-436/93, Rec. p. I-3457, point 25); du 13 décembre 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Rec. p. I-9897, point 32), ainsi que du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Rec. p. I-14887, point 64). Voir en outre, à ce sujet, le point 79 dans les conclusions que nous avons présentées dans l'affaire Danske Slagterier (C-445/06, pendante devant la Cour).

50 — Voir le point 49 des présentes conclusions.

2. Le domaine d'application des libertés fondamentales

100. Dans sa décision de renvoi rendue dans l'affaire C-299/07, le rechtbank van Koophandel te Antwerpen examine la conformité au droit communautaire des dispositions nationales litigieuses à la lumière des dispositions de droit primaire relatives à la libre prestation de services et à la libre circulation des marchandises. Le centre de gravité de cet examen est, dans ce cadre, l'article 28 CE. Les gouvernements belge et français ainsi que la Commission mentionnent à cet égard, à l'appui de leurs thèses, que c'est la liberté fondamentale de circulation des marchandises et non la libre prestation de services qui est au centre des deux affaires.

a) La libre prestation de services

101. Conformément à l'article 50 CE, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération. Selon les indications qu'elle-même donne, Sanoma fournit des services contre rémunération dans les domaines des techniques de commercialisation et de la publicité en éditant plusieurs périodiques dont l'hebdomadaire *Flair* dans plusieurs États membres de la Communauté, au nombre desquels figurent les Royaumes de Belgique et des Pays-Bas, ainsi que le Grand-Duché de Luxembourg. Ces services ont donné lieu à la publication de l'offre de remise qui constitue le contexte du litige au principal. Nous pouvons donc y voir un service au sens de l'article 50 CE.

102. De même, dans l'affaire C-261/07, nous pouvons déduire de la décision de renvoi que Total offre à ses clients un service de dépannage gratuit dont les prestations sont fournies par un tiers, l'entreprise Touring. Certes, on ne connaît pas les détails de la relation contractuelle entre les deux entreprises. Nous pouvons néanmoins considérer que l'entreprise Touring fournit à Total, de la sorte, des services à titre onéreux.

b) La libre circulation des marchandises

103. Dans la perspective d'un consommateur, qui est celle qui retient notre attention, l'achat d'un périodique accompagné d'une offre de remise, cas de figure de l'affaire C-299/07, est en dernière analyse constitutif d'un droit sur un produit et non sur un service. Il en résulte que le champ d'application de la libre circulation des marchandises peut être considéré comme concerné en l'espèce.

104. Il en va de même des faits qui sont à la base de l'affaire C-261/07, dans laquelle il s'agit en première ligne de l'acquisition de carburant et donc d'une marchandise. Certes, les services de dépannage gratuits de l'entreprise Touring, associée à Total, bénéficient au consommateur. Toutefois, le consommateur n'achète pas les produits uniquement parce qu'il veut bénéficier des prestations de services qui accompagnent l'achat. Eu égard

à leur fonction, ces offres conjointes sont plutôt destinées à créer une incitation à l'achat⁵¹.

105. Le champ d'application de l'une et l'autre des libertés fondamentales se trouve donc concerné.

c) Le rapport entre la libre prestation de services et la libre circulation des marchandises

106. Se pose la question de la détermination du rapport existant entre ces libertés fondamentales. Il convient de comprendre les considérations développées par les gouvernements belge et français en ce sens que leur point de vue en matière de liberté de circulation des marchandises place au second rang la libre prestation de services.

107. Lorsqu'une mesure nationale restreint tant la libre circulation des marchandises que la libre prestation des services, la Cour l'examine, en principe, au regard de l'une seulement de ces deux libertés fondamentales s'il s'avère que, dans les circonstances de l'espèce, l'une de celles-ci est tout à fait secondaire par rapport à l'autre et peut lui

être rattachée⁵². Il convient, en outre, de considérer que, conformément à l'article 50 CE, la libre prestation de services joue un rôle subsidiaire par rapport à la libre circulation des marchandises.

108. Toutefois, dans les affaires examinées en l'espèce, la libre prestation de services ne peut pas purement et simplement être considérée comme subsidiaire au regard de la libre circulation des marchandises. Pour les gouvernements belge et français, ce n'est que dans le cas de ce qu'il est convenu d'appeler des «prestations mixtes» au sein du même rapport de prestation qu'une délimitation entre la libre circulation des marchandises et la prestation de services entre en ligne de compte⁵³.

52 — Arrêts du 24 mars 1994, Schindler (C-275/92, Rec. p. I-1039, point 22), et Canal Satélite Digital, précité (point 31).

53 — Pour von Holoubek, M., *EU-Kommentar*, Jürgen Schwarze, article 50 CE, point 15, p. 793; Budichowsky, J., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, Heinz Mayer, Vienne, 2004, articles 49 et 50, p. 15, ainsi que Kluth, W., Calliess et Ruffert, *Kommentar zu EUV/EGV*, 3^e éd., 2007, articles 49 et 50, point 15, p. 821, et en particulier à la p. 822, une délimitation entre la libre circulation de marchandises et la libre prestation de services est nécessaire lorsqu'il s'agit de «prestations mixtes». Dans ce cadre, la conjonction peut soit consister dans le fait que la fourniture de marchandises et le service qui s'y rapporte sont une même prestation de services (par exemple fourniture d'une installation EDV comprenant l'installation d'un programme d'exploitation) ou, de toute façon, on peut se poser la question de savoir si une prestation déterminée doit relever de la fourniture de marchandise ou de la prestation de services (par exemple certaines prestations artisanales). Dans le premier cas, il convient tout d'abord d'examiner la question de savoir si une dissociation des deux domaines est concevable (voir arrêt du 30 avril 1974, Sacchi, 155/73, Rec. p. 409, points 6 et suiv., dans lequel l'émission de messages télévisés est classée comme prestation de services tandis que les films et les supports de son sont classés comme marchandises). Si une telle dichotomie n'est pas possible pour certaines opérations particulières, c'est une prestation unique qu'il convient dès lors d'évaluer et il convient donc de se fonder sur une règle de prépondérance. À ce titre, c'est le contenu de la prestation en cause en l'espèce qu'il convient de mettre au premier plan. Une délimitation répondant à ce critère peut dès lors impliquer que l'aspect de prestation de service revête un caractère purement accessoire, de telle sorte que la libre prestation de service est intégrée dans la liberté de circulation des marchandises (voir arrêt du 19 mars 1991, France/Commission, C-202/88, Rec. p. I-1223, dans le contexte du raccordement, de la mise en service et de l'entretien d'appareils terminaux de télécommunication).

51 — Voir le point 69 des présentes conclusions.

109. Comme la Commission l'a reconnu à bon droit⁵⁴, les deux libertés fondamentales concernent, prises distinctement, des rapports de droit différents — d'une part, le rapport entre les entreprises et, d'autre part, le rapport entre l'entreprise et le consommateur — de sorte qu'aucune des deux ne peut être considérée comme secondaire par rapport à l'autre. Il convient, en conséquence, d'examiner la compatibilité avec le droit communautaire de l'article 54 de la loi belge à la lumière des deux libertés fondamentales.

entre les États membres de la Communauté européenne conformément à l'article 28 CE.

3. La limitation des libertés fondamentales

a) La libre circulation des marchandises

i) La mesure d'effet équivalent

111. Selon une jurisprudence constante de la Cour, toute réglementation des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, interdite par l'article 28 CE⁵⁵. Même si une mesure n'a pas pour objectif de régler le commerce intracommunautaire, ce qui est donc essentiel, c'est son effet — actuel ou potentiel — sur le commerce intracommunautaire⁵⁶. D'ailleurs, selon la jurisprudence, des effets potentiels sur le commerce intracommunautaire suffisent pour que, dans un cas particulier, il y ait situation de fait transfrontalière⁵⁷.

— La formule de l'arrêt Dassonville

110. La liberté de circulation des marchandises est garantie par l'interdiction des mesures de restriction des importations ainsi que de toutes les mesures d'effet équivalent

55 — Voir arrêts du 11 juillet 1974, *Dassonville* (8/74, Rec. p. 837, point 5); du 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, (C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097, point 11); du 16 novembre 2000, *Commission/Belgique* (C-217/99, Rec. p. I-10251, point 16); du 19 juin 2003, *Commission/Italie* (C-420/01, Rec. p. I-6445, point 25); du 23 septembre 2003, *Commission/Danemark* (C-192/01, Rec. p. I-9693, point 39); du 2 décembre 2004, *Commission/Pays-Bas* (C-41/02, Rec. p. I-11375, point 39); du 10 janvier 2006, *De Groot en Slot Allium et Bejo Zaden* (C-147/04, Rec. p. I-245, point 71); du 26 octobre 2006, *Commission/Grèce* (C-65/05, Rec. p. I-10341, point 27); du 15 mars 2007, *Commission/Finlande* (C-54/05, Rec. p. I-2473, point 30); du 20 septembre 2007, *Commission/Pays-Bas* (C-297/05, Rec. p. I-7467, point 53); du 8 novembre 2007, *Ludwigs-Apotheke* (C-143/06, Rec. p. I-9623, point 25), ainsi que du 10 avril 2008, *Commission/Portugal* (C-265/06, Rec. p. I-2245, point 31).

54 — Dans son mémoire, la Commission examine, tout d'abord, l'applicabilité des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises (points 28 à 30) et ensuite, prudemment, l'applicabilité de celles relatives à la libre prestation de services (points 32 à 38).

56 — Voir le point 39 des conclusions présentées par l'avocat général Mazák dans l'affaire *Commission/Belgique* (arrêt du 7 juin 2008, C-254/05, Rec. p. I-4269) ainsi que le point 37 des conclusions que nous avons présentées dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Commission/Portugal*, précité.

57 — Arrêt du 10 novembre 1992, *Exportur* (C-3/91, Rec. p. I-5529, points 17 et suiv.).

112. Dans l'arrêt *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*⁵⁸, s'agissant d'une interdiction des primes aux Pays-Bas, la Cour a admis l'existence d'une restriction à la libre circulation des marchandises. Elle a, à l'époque, considéré qu'une législation qui limite ou interdit certaines formes de promotion des ventes, bien qu'elle ne conditionne pas directement les importations, peut être de nature à restreindre le volume de celles-ci par le fait qu'elle affecte les possibilités de commercialisation pour les produits importés. On ne saurait exclure que la contrainte pesant sur l'opérateur concerné le poussant soit à adopter des systèmes différents de publicité ou de promotion des ventes en fonction des États membres concernés, soit à abandonner un système qu'il juge particulièrement efficace, puisse constituer un obstacle aux importations même si une telle législation s'applique aux produits nationaux et aux produits importés.

113. Nous y voyons un certain parallélisme avec les faits qui sont à l'origine de l'affaire C-299/07. En effet, une interdiction des offres conjointes telle celle prévue par la loi belge, bien qu'elle ne conditionne pas elle-même directement les importations, peut être de nature à rendre la vente de certains produits en Belgique potentiellement plus difficile que dans d'autres États membres dans lesquels les

offres conjointes sont autorisées. Tel est aussi pratiquement le cas pour Sanoma, une entreprise dont le siège principal est établi en Finlande qui, selon les indications qu'elle donne elle-même, par ses périodiques, procure des offres conjointes émanant de différents annonceurs, notamment au Luxembourg, aux Pays-Bas et en Finlande, pays dans lesquels il n'existe pas d'interdiction analogue. En toute hypothèse, une telle interdiction implique que Sanoma ne peut vendre de tels périodiques en Belgique que si elle s'est assurée du respect des dispositions de la loi belge.

114. Il existerait, à tout le moins, selon la définition large de la mesure d'effet équivalent au sens de l'article 28 CE, une restriction à la libre circulation des marchandises.

— Les modalités de vente

115. Toutefois, dans l'arrêt *Keck et Mithouard*⁵⁹, la Cour a clairement fait comprendre que des dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités

58 — Arrêt du 15 décembre 1982 (286/81, Rec. p. 4575, point 15). La demanderesse au principal était une entreprise qui commercialisait des encyclopédies fabriquées en Belgique et aux Pays-Bas dans l'ensemble de la zone linguistique néerlandophone (aux Pays-Bas, en Belgique et une partie du nord de la France). Depuis 1974, cette entreprise offrait en prime, dans sa publicité, au moyen d'annonces insérées dans ses journaux et magazines, ainsi qu'au moyen de dépliants, un dictionnaire, un atlas universel ou une petite encyclopédie à tous les souscripteurs d'une encyclopédie. Après l'entrée en vigueur d'une interdiction des primes aux Pays-Bas, des poursuites, en raison de cette pratique, ont été engagées pour infraction aux dispositions de cette loi d'interdiction. Selon la Cour, cette activité commerciale suffisait pour y reconnaître des « transactions du commerce intracommunautaire », soit une situation de fait transfrontalière (voir point 9 dudit arrêt).

59 — Arrêt précité (point 16). Voir, notamment, arrêts du 15 décembre 1993, *Hünernund e.a.* (C-292/92, Rec. p. I-6787, point 21); du 13 janvier 2000, *TK-Heimdienst* (C-254/98, Rec. p. I-151, point 23); *Deutscher Apothekerverband*, précité (point 68); du 25 mars 2004, *Karner* (C-71/02, Rec. p. I-3025, point 37); du 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.* (C-20/03, Rec. p. I-4133, point 24); du 23 février 2006, *A-Punkt Schmuckhandel* (C-441/04, Rec. p. I-2093, point 15); du 28 septembre 2006, *Ahokainen et Leppik* (C-434/04, Rec. p. I-9171, point 19), ainsi que du 14 février 2008, *Dynamic Medien* (C-244/06, Rec., p. I-505, point 29).

de vente ne sont pas aptes à entraver le commerce entre les États membres, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres.

116. L'interdiction des offres conjointes par un État membre ne constitue pas une règle relative aux produits, puisqu'elle n'a pas pour objet la dénomination, la forme, les dimensions, le poids, la composition, la présentation, l'étiquetage ou le conditionnement d'un produit⁶⁰. Il s'agit plutôt en l'occurrence d'une réglementation de la commercialisation qui interdit certaines méthodes de promotion des ventes⁶¹ et, partant, il s'agit, en définitive, d'une modalité de vente au sens de la jurisprudence.

60 — Voir arrêt Keck et Mithouard, précité (point 55), ainsi que du 6 juillet 1995, Mars (C-470/93, Rec. p. I-1923, point 12).

61 — Dubois, L., et Blumann, C., *Droit matériel de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, 2004, point 396, p. 243, expliquent que, jusqu'alors, la Cour a renoncé à formuler une définition des modalités de vente ou à citer des exemples en la matière. Toutefois, les auteurs relèvent que la question de l'existence de modalités de vente s'est posée avant tout dans le domaine de la publicité. Dans ce domaine, la Cour s'est référée largement à des modalités de vente, comme par exemple dans le contexte d'interdictions de publicité en certains lieux ou à des fins de protection de certains cercles de consommateurs (arrêt du 9 février 1995, Leclerc-Siplec, C-412/93, Rec. p. I-179), la vente ambulante de produits alimentaires (arrêt du 13 janvier 2000, Schutzverband, C-254/98, Rec. p. I-151), la vente des boissons alcoolisées (arrêt du 8 mars 2001, Gourmet International Products, C-405/98, Rec. p. I-1795) ou la vente de médicaments sur Internet (arrêt Deutscher Apothekerverband, précité). Stuyck, J., op. cit., p. 164, et en particulier à la page 165, expose, en se référant à la jurisprudence mentionnée précédemment, que la qualification de modalités de vente appliquée à des dispositions nationales relatives à la publicité et à la promotion des ventes implique qu'elles bénéficient d'une immunité au regard de l'article 28 CE.

117. Il convient enfin de déduire de la décision de renvoi⁶² que l'interdiction, en Belgique, s'applique tout autant aux opérateurs nationaux qu'aux opérateurs étrangers.

ii) Conclusion intermédiaire

118. Nous concluons de tous ces éléments que l'interdiction des offres conjointes édictée par la loi belge ne saurait être qualifiée de mesure d'effet équivalent au sens de l'article 28 CE.

119. En conséquence, l'article 28 CE ne s'oppose pas à une telle règle édictée par un État membre.

b) La libre prestation de services

120. L'article 49 CE exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre État membre en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique

62 — Voir le point 5 de la décision de renvoi dans l'affaire C-299/07.

indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues⁶³.

121. L'interdiction de l'article 54 de la loi belge, en cause en l'espèce, est source de difficultés pour des entreprises telles que Sanoma qui fournissent à une entreprise des prestations de services de publicité qui, conformément à la définition légale que comporte cette disposition légale, doivent être qualifiées d'offres conjointes. Comme nous l'avons précédemment exposé⁶⁴, Sanoma serait obligée, dans la pratique, de vérifier si toute mesure de publicité est conforme à la réglementation belge alors qu'une telle exigence n'existerait pas pour d'autres pays de commercialisation qui ne connaissent pas pareille réglementation. Foncièrement, cette prescription est de nature à rendre moins attractive l'insertion de certaines offres communes de Sanoma et

de ses partenaires économiques qui s'adressent entre autres également au lectorat belge. En conséquence, il existe en l'espèce une restriction à la libre prestation de services.

122. Selon une jurisprudence constante, l'article 49 CE ne s'applique pas à des activités dont les différents caractères constitutifs ne présentent pas d'élément de rattachement au-delà des frontières d'un État membre⁶⁵. Force est de constater que, à la différence de l'affaire C-299/07, il n'est pas en tous points évident que l'affaire C-261/07 présente un élément de rattachement qui aille au-delà des frontières, et ce d'autant plus que les deux entreprises, Total aussi bien que Touring, ont leur siège en Belgique. Toutefois, à notre avis, cette circonstance n'exclut pas l'applicabilité de l'article 49 CE attendu que la jurisprudence de la Cour reconnaît que les dispositions de l'article 49 CE doivent s'appliquer dans tous les cas où un prestataire de services offre des services sur le territoire d'un État membre autre que celui dans lequel il est établi, quel que soit le lieu où sont établis les destinataires de ces services⁶⁶. Comme Total l'expose dans

63 — Arrêts du 25 juillet 1991, Säger (C-76/90, Rec. p. I-4221, point 12); du 9 août 1994, Vander Elst (C-43/93, Rec. p. I-3803, point 14); du 28 mars 1996, Guiot (C-272/94, Rec. p. I-1905, point 10); du 12 décembre 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Rec. p. I-6511, point 25); du 9 juillet 1997, Parodi (C-222/95, Rec. p. I-3899, point 18); du 23 novembre 1999, Arblade e.a. (C-369/96 et C-376/96, Rec. p. I-8453, point 33); du 20 février 2001, Analir e.a. (C-205/99, Rec. p. I-1271, point 21), ainsi que du 15 janvier 2002, Commission/Italie (C-439/99, Rec. p. I-305, point 22).

64 — Voir point 113 des présentes conclusions.

65 — Arrêts du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979, point 37); du 28 janvier 1992, Steen (C-332/90, Rec. p. I-341, point 9); du 16 février 1995, Aubertin e.a. (C-29/94 à C-35/94, Rec. p. I-301, point 9), ainsi que du 16 janvier 1997, USSL n° 47 di Biella (C-134/95, Rec. p. I-195, point 19).

66 — La Cour a reconnu que si l'article 49 CE entendait viser les prestations de services transfrontalières actives et passives, le législateur communautaire n'a pas voulu limiter l'étendue de sa protection à de telles formes de prestations de services et, partant, exclure du domaine de sa protection d'autres cas de prestations de services transfrontalières. En conséquence, la Cour a aussi fait relever du domaine de protection de l'article 49 CE des cas de figure dans lesquels un prestataire de services offre ou fournit des services certes sur le territoire d'un autre État membre, mais à un destinataire qui est établi dans le même État membre que le prestataire de services (voir arrêts du 26 février 1991, Commission/Grèce, C-198/89, Rec. p. I-727, point 10; Commission/France, C-154/89, Rec. p. I-659, point 10; Commission/Italie, C-180/89, Rec. p. I-709, point 9, et du 1^{er} juillet 1993, Hubbard, C-20/92, Rec. p. I-3777, point 12).

son mémoire, l'offre de Total Assistance s'applique dans plus de 35 pays européens. Dès lors que l'entreprise Touring fournit au client de Total une aide au dépannage en dehors de la Belgique, l'entreprise Touring lui fournit, en tant que partenaire contractuel, une prestation de service qu'il convient de qualifier de transfrontalière au regard de l'article 49 CE.

un principe fondamental du traité⁶⁸, une restriction à cette liberté ne saurait être admise que si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le traité et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général, pour autant, en pareil cas, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre⁶⁹.

123. Une interdiction générale des offres conjointes qui prohibe la fourniture d'une aide au dépannage liée à l'acquisition de carburant sans possibilité d'examiner les circonstances de chaque cas particulier est indubitablement de nature à empêcher durablement les prestations de services du type décrit. Il convient, en conséquence, d'y voir une restriction à la libre prestation des services⁶⁷.

a) La protection des consommateurs comme raison impérieuse

4. La justification

124. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que la libre prestation des services constituant

125. Comme cela ressort déjà de la citation de la loi, la finalité réglementaire des dispositions nationales en cause est la protection des consommateurs. La protection des consommateurs est reconnue par la jurisprudence

67 — Voir Longfils, F., *L'offre conjointe: la métamorphose? — Régime actuel et perspectives en droits belge et européen*, Bruxelles, 2003, point 100, p. 45, pour lequel une disposition législative nationale réglementant l'offre conjointe qui instaure des conditions plus strictes que celles des autres États membres, et qui s'applique sans distinction aux produits nationaux et aux produits importés, peut faire obstacle au principe de la libre circulation des marchandises et des services.

68 — Voir, notamment, arrêts du 4 décembre 1986, *Commission/France* (220/83, Rec. p. 3663, point 17), et *Commission/Danemark* (252/83, Rec. p. 3713, point 17).

69 — Voir, en particulier, arrêts du 5 juin 1997, *SETTG* (C-398/95, Rec. p. I-3091, point 21); du 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* (C-451/03, Rec. p. I-2941, point 37); du 5 décembre 2006, *Cipolla e.a.* (C-94/04 et C-202/04, Rec. p. I-11421, point 61), ainsi que du 18 décembre 2007, *Laval un Partneri* (C-341/05, Rec. p. I-11767, point 101).

comme une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une restriction à la libre prestation de services⁷⁰.

b) Le caractère approprié d'une interdiction de principe des offres conjointes

126. Dans l'arrêt *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, précité⁷¹, la Cour constate que l'offre de primes en nature comme moyen de promotion des ventes est de nature à induire en erreur les consommateurs sur les prix réels des produits et à fausser les conditions d'une concurrence fondée sur la compétitivité. Partant, une législation qui, pour cette raison, restreint ou même interdit de telles pratiques commerciales est donc de nature à contribuer à la protection des consommateurs et à la loyauté des transactions commerciales.

127. Certes, conceptuellement, une offre conjointe ne peut pas être assimilée à une prime⁷². Toutefois, une offre conjointe dénuée de transparence est susceptible d'induire le consommateur en erreur quant

au contenu effectif et aux caractéristiques réelles de la combinaison de produits et de services qui font l'objet de la publicité. Il existe en particulier un potentiel accru d'induire le consommateur en erreur lorsque l'annonceur cache des informations essentielles, les présente de façon vague, incompréhensible ou ambiguë. Si, de ce fait, le consommateur est exposé à une présentation particulière de nature à induire en erreur quant à l'avantage en matière de prix de l'offre conjointe, aux caractéristiques ou à la valeur des prestations liées, il se trouve privé simultanément de la possibilité de procéder à une comparaison du point de vue du prix et de la qualité entre cette offre et des prestations correspondantes émanant d'autres opérateurs⁷³. Dans cette mesure, une interdiction de principe des offres conjointes est de nature à prévenir ce risque pour les consommateurs.

c) Les principes de nécessité et de proportionnalité

128. Toutefois, à notre avis, une interdiction de principe des offres conjointes va au-delà de

70 — Voir arrêts précités *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij* (point 16); du 4 décembre 1986, *Commission/France* (point 20), et *Reisebüro Broede* (points 38 et suiv.).

71 — Point 15.

72 — Voir, également, Köhler, H., et Piper, H., *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung*, 3^e édition, Munich, 2002.

73 — Voir, également, Charaktiniotis, S., op. cit., p. 197, qui se réfère aux dangers d'une offre conjointe sans transparence.

ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de protection des consommateurs.

de l'article 54 de la loi belge, en ce que cette disposition prévoit une interdiction de principe des offres conjointes et ne permet que des types d'offres de cette nature énumérés de manière exhaustive⁷⁵.

129. Nous sommes d'accord avec la Commission pour considérer que la protection du consommateur peut aussi être garantie par une interdiction plus sélective et plus différenciée, qui n'interdit les offres conjointes que soit lorsqu'elles sont à considérer concrètement, dans les circonstances de l'espèce, comme trompeuses ou agressives, soit lorsqu'elles altèrent ou sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen. La directive 2005/29 offre un exemple d'une conception allant en ce sens.

131. Il existe donc, en l'espèce, une restriction disproportionnée à la libre prestation de services.

130. Une analyse différenciée est d'autant plus nécessaire que, comme nous l'avons précédemment exposé, toute offre conjointe ne peut pas être qualifiée de pratique commerciale déloyale⁷⁴. C'est pourquoi seule peut correspondre au principe de proportionnalité une disposition qui met amplement en valeur la libre prestation de services et n'interdit que des pratiques dommageables du point de vue de la protection des consommateurs. Or, cette approche libérale est contredite par une disposition telle que celle

5. Conclusion intermédiaire

132. Il s'ensuit que l'article 49 CE s'oppose à une réglementation d'un État membre telle que l'article 54 de la loi belge.

74 — Voir point 83 des présentes conclusions.

75 — Voir point 85 des présentes conclusions.

VII — Conclusion

133. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre aux questions préjudicielles dans les termes suivants:

«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'), ainsi que l'article 49 CE, relatif à la libre prestation de services, s'opposent à une disposition nationale telle que l'article 54 de la loi belge du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur qui — exception faite des cas énumérés de façon exhaustive dans ladite loi — interdit toute offre conjointe d'un vendeur à un consommateur et dans le cadre de laquelle l'acquisition, gratuite ou non, de produits, de services, de tous autres avantages, ou de titres permettant de les acquérir est liée à l'acquisition d'autres produits ou services, même identiques, et ce quelles que soient les circonstances de l'espèce et en particulier sans prendre en compte l'influence que l'offre visée peut exercer sur le consommateur moyen et sans se préoccuper du point de savoir si, dans les circonstances concrètes de l'espèce, cette offre doit être considérée comme allant à l'encontre de l'obligation de diligence professionnelle ou des pratiques commerciales loyales.»