

# **La condamnation de l'interdiction des loteries avec obligation d'achat, nouvelle étape décisive dans la libéralisation des promotions**

**Étienne Petit, le 26 janvier 2010**

L'interdiction de principe des loteries commerciales avec obligation d'achat n'est pas conforme aux dispositions de la directive 2005/29 du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales. Cette solution retenue par la Cour de justice de l'Union Européenne le 14 janvier 2009, est aussi importante que prévisible. S'inscrivant dans la droite ligne de celle rendue en avril 2009 par la même institution à propos de l'interdiction des ventes liées et des ventes avec prime (CJCE 23 avr. 2009, Rec. Dalloz 2009, p. 1273, obs. É. Petit), elle atteste du bouleversement opéré conduisant à revisiter complètement notre approche du droit nouveau de la promotion des ventes. Et si la réglementation nationale en cause était, dans cette affaire, allemande, la solution est parfaitement transposable en droit interne, sans qu'il soit nécessaire de saisir la CJUE d'une nouvelle question préjudicielle.

## **La réglementation critiquée**

Il s'agissait d'une disposition de la loi allemande sur la concurrence déloyale qui interdit de subordonner la participation d'un consommateur à un jeu concours promotionnel à l'achat d'un bien ou d'un service, à moins que le concours ou le jeu ne soit intrinsèquement lié audit bien ou service. C'est sur le fondement de cette interdiction qu'une association avait dénoncé l'opération « *Votre chance de gagner des millions* » mise en œuvre par une entreprise qui réservait aux seuls acheteurs de ses produits ayant collecté 20 points la possibilité de participer au tirage au sort et de gagner ces millions.

Saisie sur renvoi préjudiciel, la Cour de justice constate, dans un premier temps, que l'opération entre bien dans le cadre de la définition des « *pratiques commerciales* » : le fait de subordonner la participation à une loterie à l'achat d'une certaine quantité de biens ou services s'inscrit clairement dans le cadre de la stratégie commerciale de l'annonceur et vise directement la promotion et l'écoulement de celui-ci.

Or, les opérations commerciales couplant l'achat d'un produit ou service à la participation à un concours ou un jeu promotionnels ne sont pas visées à l'annexe I de la directive qui énumère de manière exhaustive les seules pratiques pouvant être interdites de manière générale et préventive. Et puisque la directive interdit expressément aux Etats membres de maintenir ou d'adopter des mesures nationales plus restrictives, même si elles visent à assurer un niveau de protection plus élevé des consommateurs, la Cour conclut, logiquement, à la non conformité d'une telle interdiction aux exigences de la directive de 2005 (CJUE 14 janv. 2010, n° C-304/08).

## La transposition de la solution au droit français

Comme en Allemagne, les loteries promotionnelles avec obligation d'achat sont interdites en droit français avec, d'une part, une interdiction générale posée par la loi de 1836 qui interdit les loteries de toute espèce et, d'autre part, une interdiction propre aux loteries réalisées par voie d'écrit prévue par l'article L. 121-36 du Code de la consommation, initialement créé pour les seuls *sweepstakes*, c'est-à-dire dans lesquelles les participants sélectionnés ont tous l'assurance de gagner un lot, et dont le champ d'application a ensuite été étendu par la Cour de cassation à l'ensemble des loteries réalisées par voie d'écrit. La solution retenue par la Cour de justice est évidemment transposable et les interdictions françaises sont tout aussi contraires à la directive de 2005 que l'est l'interdiction allemande.

Cela ne veut pas pour autant dire que toutes les loteries sont autorisées et que, même autorisée, une loterie promotionnelle est affranchie de toutes contraintes. En effet, une distinction importante doit déjà être faite entre la loterie promotionnelle, dont l'objectif premier est de promouvoir la vente d'un produit ou service, et la loterie simple jeu d'argent. Dans le premier cas, en réservant, par exemple, aux seuls acheteurs d'un paquet de céréales la possibilité de gagner un téléviseur LCD, l'annonceur n'a d'autre but que de promouvoir la vente de ses céréales. Il s'agit d'une pratique commerciale et il pourra désormais s'affranchir de l'obligation de prévoir un « accès » ou un « canal » de participation gratuite, selon qu'il s'agit d'une loterie promotionnelle classique ou d'un instant gagnant. Dans le second cas, en revanche, l'opération ne sert qu'à promouvoir un jeu d'argent, et non la commercialisation d'un produit. L'affaire du jeu « *Perpétuité* » du magazine Fortune montre bien la différence de nature, et donc la différence de régime entre les deux. En l'espèce, il fallait acheter le magazine, vendu sous un emballage en plastique fermé, pour pouvoir participer et gagner, éventuellement, la rente viagère promise. Mais le magazine n'était qu'un prétexte, un alibi. Dépourvu de tout contenu propre, il ne constituait que le support spécialement conçu d'un jeu d'argent. Aussi, l'opération a-t-elle été condamnée, l'interdiction française étant commandée par « *une raison impérieuse d'intérêt général tenant à la protection de l'ordre public par la limitation des jeux et leur contrôle* » (Cass. Crim., 3 juin 2009, n° 08-82.941).

Quant aux règles nouvelles visant spécifiquement les loteries, il faudra veiller à attribuer les lots décrits ou un équivalent raisonnable (C. consomm.121-1-1, 18°), et s'interdire de faire croire à un gain qui n'existe pas ou dont l'attribution est en réalité subordonnée au versement d'une somme d'argent ou la prise en charge d'un coût (C. consomm.122-11-1, 8°). Deux exigences expressément posées par la directive de 2005.