

Hypers / supers, critère de contestation d'une publicité comparative ?

MOTS-CLÉS : publicité, publicité comparative, grande distribution

CJUE, 8 février 2017 (2^e ch.)

Affaire C-562/15

Carrefour Hypermarchés SAS

c/ ITM Alimentaire International SASU

347-27

Toute publicité telle que celle en cause au principal doit, afin de ne pas fausser l'objectivité de la comparaison des prix, indiquer qu'elle porte sur les prix pratiqués dans les magasins de tailles ou de formats supérieurs d'une enseigne et ceux relevés dans des magasins de tailles inférieures d'enseignes concurrentes.

Il appartient à la juridiction de renvoi, pour apprécier la licéité d'une telle publicité, de vérifier si la publicité en cause ne satisfait pas à l'exigence d'objectivité de la comparaison et/ou présente un caractère trompeur, d'une part, en prenant en considération la perception du consommateur moyen des produits concernés, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé et, d'autre part, en tenant compte des indications figurant dans ladite publicité, en particulier de celles concernant les magasins de l'enseigne de l'annonceur et ceux des enseignes concurrentes dont les prix ont été comparés, et, plus généralement, de tous les éléments de celle-ci.

6. CA Paris (11^e chambre B), 29 janvier 2004, *Légipresse* n° 210, III, p. 50, note A. Lepage.

7. Cass. crim. 19 septembre 2006, *Légipresse* n° 237-III, p. 235, note Basile Ader.

8. Cass. crim. 6 janvier 2009, *Légipresse* n° 259-III, p. 41, note Basile Ader.

1. La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 4, sous a) et c), de la directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (*JO* 2006, L 376, p. 21), et de l'article 7 de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur 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* 2005, L 149, p. 22).
2. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant ITM Alimentaire International SASU (ci-après « ITM ») à Carrefour Hypermarchés SAS (ci-après « Carrefour ») au sujet d'une campagne publicitaire télévisée, lancée par cette dernière, comparant les prix de produits de grandes marques pratiqués dans des magasins de l'enseigne Carrefour et dans des magasins d'enseignes concurrentes.
[...]

Sur les questions préjudicielles

18. Par ses trois questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 4, sous a) et c), de la directive 2006/114 doit être interprété en ce sens qu'est illicite une publicité, telle que celle en cause au principal, comparant les prix de produits vendus dans des magasins de tailles ou de formats différents. Elle se demande, en outre, si le fait que les magasins dont les prix sont comparés sont de tailles ou de formats différents constitue une information substantielle, au sens de l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 2005/29, auquel renvoie l'article 4, sous a), de la directive 2006/114, et, le cas échéant, quels sont le degré et le support de diffusion que doit avoir cette information.

19. Il convient de relever que la directive 2006/114 procède de la codification de la directive 84/450/CEE du Conseil, du 10 septembre 1984, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (*JO* 1984, L 250, p. 17), laquelle, après avoir été modifiée à plusieurs reprises a été abrogée et remplacée par la directive 2006/114, en sorte que la jurisprudence de la Cour relative à l'interprétation de la directive 84/450 est pleinement applicable aux situations relevant de la directive 2006/114.

20. Dès lors, il y a lieu de rappeler que la directive 2006/114 procède à une harmonisation exhaustive des conditions de licéité de la publicité comparative dans les États membres et qu'une telle harmonisation implique, par nature, que la licéité de la publicité comparative doit être appréciée uniquement à la lumière des critères établis par le législateur de l'Union (arrêts du 8 avril 2003, Pippig Augenoptik, C-44/01, EU:C:2003:205, point 44, et du 18 novembre 2010, Lidl, C-159/09, EU:C:2010:696, point 22).

21. En outre, selon une jurisprudence constante de la Cour, la publicité comparative contribuant à mettre en évidence de manière objective les avantages des différents produits comparables et ainsi à stimuler la concurrence entre les fournisseurs de biens et de services dans l'intérêt des consom-

mateurs, les conditions exigées d'une telle publicité doivent être interprétées dans le sens le plus favorable à celle-ci, tout en s'assurant que la publicité comparative ne soit pas utilisée de manière anticoncurrentielle et déloyale ou de manière à porter atteinte aux intérêts des consommateurs (voir, en ce sens, arrêts du 25 octobre 2001, Toshiba Europe, C-112/99, EU:C:2001:566, points 36 et 37 ; du 19 septembre 2006, Lidl Belgium, C-356/04, EU:C:2006:585, point 22, et du 18 novembre 2010, Lidl, C-159/09, EU:C:2010:696, points 20 et 21 ainsi que la jurisprudence citée).

22. Or, d'une part, l'article 4 de la directive 2006/114 n'impose pas que le format ou la taille des magasins dans lesquels sont vendus les produits dont les prix sont comparés soient similaires et, d'autre part, une comparaison des prix de produits comparables vendus dans des magasins de formats ou de tailles différents, en soi, est susceptible de contribuer à la réalisation des objectifs de la publicité comparative rappelés au point précédent du présent arrêt et ne porte pas atteinte à l'exigence d'une concurrence loyale ni aux intérêts des consommateurs.

23. Cela étant, une publicité comparant les prix de produits vendus dans des magasins de tailles ou de formats différents ne peut être considérée comme licite au sens de l'article 4 de la directive 2006/114 que pour autant que toutes les conditions énoncées à cet article sont remplies.

24. En particulier, une telle publicité doit comparer objectivement les prix et ne pas être trompeuse.

25. En effet, d'une part, il découle de l'article 4, sous c), de la directive 2006/114 que les prix doivent être comparés objectivement (voir, en ce sens, arrêt du 19 septembre 2006, Lidl Belgium, C-356/04, EU:C:2006:585, point 45).

26. Or, dans certaines circonstances, la différence de taille ou de format des magasins dans lesquels ont été relevés les prix comparés par l'annonceur peut fausser l'objectivité de la comparaison. Il peut en être ainsi lorsque l'annonceur et les concurrents auprès desquels les prix ont été relevés font partie d'enseignes qui possèdent chacune une gamme de magasins de tailles et de formats différents et que l'annonceur compare les prix pratiqués dans les magasins de tailles ou de formats supérieurs de son enseigne avec ceux relevés dans des magasins de tailles ou de formats inférieurs des enseignes concurrentes, sans que cela apparaisse dans la publicité.

27. En effet, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général aux points 43 et 57 de ses conclusions, les prix des biens de consommation courante sont susceptibles de varier en fonction du format ou de la taille du magasin, de sorte qu'une comparaison asymétrique peut avoir pour effet de créer ou d'augmenter artificiellement l'écart entre les prix de l'annonceur et ceux des concurrents en fonction de la sélection des magasins faisant l'objet de la comparaison.

28. D'autre part, l'article 4, sous a), de la directive 2006/114 exige que la publicité comparative ne soit pas trompeuse, au sens de l'article 2, sous b), de cette directive ou des articles 6 et 7 de la directive 2005/29.

29. Il ressort de ces dispositions qu'est trompeuse une publicité comparative qui, d'une manière quelconque, par action ou par omission, peut induire en erreur les consommateurs auxquels elle s'adresse et affecter le comportement économique de ceux-ci ou, pour ces raisons, porter préjudice à un

concurrent. Est ainsi trompeuse, notamment, en vertu de l'article 4, sous a), de la directive 2006/114, lu en combinaison avec l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 2005/29, une publicité qui omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause, ou qui dissimule une telle information ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, et qui, par conséquent, peut amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

30. Si la directive 2005/29 ne définit pas la notion d'« information substantielle », il ressort néanmoins de l'article 7, paragraphes 1 et 2, de celle-ci qu'a cette qualité une information dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et dont l'omission, par conséquent, peut amener celui-ci à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

31. C'est aux juridictions nationales qu'il appartient de vérifier, au vu des circonstances de chaque espèce, si, compte tenu des consommateurs auxquels elle s'adresse, une publicité peut avoir un caractère trompeur (voir, en ce sens, arrêts du 18 novembre 2010, Lidl, C-159/09, EU:C:2010:696, point 46 et jurisprudence citée, ainsi que du 12 mai 2011, Ving Sverige, C-122/10, EU:C:2011:299, point 51). Pour ce faire, elles doivent, d'une part, prendre en considération la perception du consommateur moyen des produits ou des services faisant l'objet de la publicité en cause, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé et, d'autre part, tenir compte de tous les éléments pertinents de l'affaire, en ayant égard, ainsi qu'il résulte de l'article 3 de la directive 2006/114, aux indications contenues dans la publicité et, plus généralement, à tous les éléments de celle-ci (voir, en ce sens, arrêt du 18 novembre 2010, Lidl, C-159/09, EU:C:2010:696, points 47 et 48 ainsi que jurisprudence citée).

32. En l'occurrence, une publicité dans laquelle l'annonceur, pour comparer les prix de produits vendus dans ses magasins avec ceux de produits vendus dans les magasins concurrents, retient d'un côté les prix pratiqués dans les magasins de tailles ou de formats supérieurs de son enseigne et de l'autre les prix relevés dans des magasins de tailles ou de formats inférieurs d'enseignes concurrentes, alors que toutes ces enseignes possèdent chacune une gamme de magasins de tailles et de formats différents, est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen en donnant l'impression à celui-ci que tous les magasins faisant partie de ces enseignes ont été pris en considération pour effectuer la comparaison et que les écarts de prix indiqués sont valables pour tous les magasins de chaque enseigne, quels que soient leur taille ou leur format, alors que, pour les raisons indiquées au point 27 du présent arrêt, tel n'est pas nécessairement le cas.

33. Cette publicité est susceptible d'avoir une influence sur le comportement économique du consommateur en amenant celui-ci à prendre une décision dans la croyance erronée qu'il bénéficiera des écarts de prix vantés dans la publicité en achetant les produits concernés dans tous les magasins de l'enseigne de l'annonceur plutôt que dans des magasins des enseignes concurrentes.

34. Il s'ensuit qu'une telle publicité est susceptible d'être trompeuse, au sens de l'article 4, sous a), de la directive 2006/114.

35. Il en est cependant autrement si le consommateur est informé de ce que la publicité en cause compare les prix pratiqués dans les magasins de tailles ou de formats supérieurs de l'enseigne de l'annonceur avec les prix relevés dans des magasins de tailles ou de formats inférieurs des enseignes concurrentes, puisque le consommateur sait alors que c'est en achetant les produits concernés dans les seuls magasins de tailles ou de formats supérieurs de l'enseigne de l'annonceur qu'il peut bénéficier des écarts de prix vantés dans la publicité. Par conséquent, cette information, dans le contexte d'une telle publicité comparant les prix pratiqués dans des magasins faisant partie d'enseignes possédant chacune une gamme de magasins de tailles et de formats différents, est nécessaire au consommateur pour qu'il prenne en connaissance de cause la décision d'acheter les produits concernés dans les magasins de l'annonceur plutôt que dans les magasins concurrents et ne soit pas amené à prendre une décision d'achat qu'il n'aurait pas prise autrement. Partant, il s'agit, dans ce contexte, d'une information substantielle, au sens de l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 2005/29.

36. Il découle des considérations qui précèdent qu'une publicité, telle que celle en cause au principal, comparant les prix de produits vendus dans des magasins de tailles ou de formats différents est susceptible, lorsque ces magasins font partie d'enseignes possédant chacune une gamme de magasins de tailles et de formats différents et que l'annonceur compare les prix pratiqués dans les magasins de tailles ou de formats supérieurs de son enseigne avec ceux relevés dans les magasins de tailles ou de formats inférieurs des enseignes concurrentes, de ne pas répondre à l'exigence d'objectivité de la comparaison découlant de l'article 4, sous c), la directive 2006/114 et d'être trompeuse, au sens de l'article 4, sous a), de cette directive, à moins que les consommateurs ne soient informés que la comparaison a été effectuée entre les prix pratiqués dans les magasins de tailles ou de formats supérieurs de l'enseigne de l'annonceur avec ceux relevés dans les magasins de tailles ou de formats inférieurs des enseignes concurrentes.

37. En ce qui concerne le degré et le support que doit avoir une telle information substantielle, il convient de relever que la directive 2005/29 ne contient aucune prescription précise à cet égard. Néanmoins, il ressort, d'une part, de l'article 7, paragraphe 2, de cette directive qu'une information substantielle ne saurait être dissimulée ou fournie de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps et, d'autre part, de l'article 7, paragraphes 1 et 3, de ladite directive qu'il doit être tenu compte, pour apprécier si des informations ont été omises, des limites propres au moyen de communication utilisé et, lorsque ce moyen impose des limites d'espace ou de temps, de toute mesure prise par le professionnel pour mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens.

38. S'agissant d'une publicité telle que celle en cause au principal, il découle des considérations énoncées précédemment que l'information de ce que la comparaison a été effectuée entre les prix pratiqués dans les magasins de tailles

ou de formats supérieurs de l'enseigne de l'annonceur et ceux relevés dans des magasins de tailles ou de formats inférieurs des enseignes concurrentes constitue un élément sans lequel il est fort probable que la publicité manque à l'exigence d'objectivité de la comparaison et présente un caractère trompeur. Dès lors, cette information doit non seulement être fournie de façon claire, mais, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général aux points 75 à 79 de ses conclusions, figurer dans le message publicitaire lui-même.

39. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si, dans l'affaire au principal, au vu des circonstances de l'espèce, la publicité en cause au principal manque à l'exigence d'objectivité de la comparaison et présente un caractère trompeur, en prenant en considération les éléments rappelés au point 31 du présent arrêt, en particulier les indications données dans la publicité elle-même en ce qui concerne les magasins de l'enseigne de l'annonceur et ceux des enseignes concurrentes dont les prix ont été comparés, ces éléments étant pertinents pour apprécier tant l'objectivité de la comparaison que le caractère trompeur de ladite publicité.

40. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux questions posées de la manière suivante :

- L'article 4, sous a) et c), de la directive 2006/114, lu en combinaison avec l'article 7, paragraphes 1 à 3, de la directive 2005/29, doit être interprété en ce sens qu'est susceptible d'être illicite, au sens de la première de ces dispositions, une publicité, telle que celle en cause au principal, comparant les prix de produits vendus dans des magasins de tailles ou de formats différents, lorsque ces magasins font partie d'enseignes possédant chacune une gamme de magasins de tailles et de formats différents et que l'annonceur compare les prix pratiqués dans les magasins de tailles ou de formats supérieurs de son enseigne avec ceux relevés dans des magasins de tailles ou de formats inférieurs des enseignes concurrentes, à moins que les consommateurs ne soient informés, de façon claire et par le message publicitaire lui-même, que la comparaison a été effectuée entre les prix pratiqués dans les magasins de tailles ou de formats supérieurs de l'enseigne de l'annonceur et ceux relevés dans les magasins de tailles ou de formats inférieurs des enseignes concurrentes.

- Il appartient à la juridiction de renvoi, pour apprécier la licéité d'une telle publicité, de vérifier si, dans l'affaire au principal, au vu des circonstances de l'espèce, la publicité en cause ne satisfait pas à l'exigence d'objectivité de la comparaison et/ou présente un caractère trompeur, d'une part, en prenant en considération la perception du consommateur moyen des produits concernés, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé et, d'autre part, en tenant compte des indications figurant dans ladite publicité, en particulier de celles concernant les magasins de l'enseigne de l'annonceur et ceux des enseignes concurrentes dont les prix ont été comparés, et, plus généralement, de tous les éléments de celle-ci.
[...]

Prés. : M. Ilešič – Av. gén. : M. H. Saugmandsgaard Øe – Av. : B. Moreau-Margotin, M. Karsenty-Ricard, B. Lhomme-Houzai et F. Guerre, P. Depez et J.-C. André.

COMMENTAIRE



Éric Andrieu

Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Péchenard et associés



Adriana de Turckheim

Élève avocat

La Cour de justice de l'Union européenne construit pierre à pierre une jurisprudence assez structurée pour préciser les conditions dans lesquelles peut s'exprimer la publicité comparative.

Nous savons que cette technique a été autorisée en France par une loi du 18 janvier 1992, puis a fait l'objet d'une harmonisation par les directives européennes 97/55/CE du 6 octobre 1997 et 2006/114/CE du 12 décembre 2006 dont les dispositions ont été transposées aux articles L.121-8 à L. 121-14 (devenus L.122-1 à L.122-7 depuis juillet 2016) du Code de la consommation.

Nous savons également que si la publicité comparative est ainsi autorisée, elle l'est d'une manière relativement restrictive, visant davantage à une information du consommateur qu'à des démonstrations de créativité publicitaire telles qu'elles peuvent exister aux États-Unis par exemple.

Malgré ces restrictions, cette technique s'est imposée en France et a pris une grande importance dans la communication de certains secteurs, particulièrement celui de la grande distribution qui nourrit très généreusement la jurisprudence, et particulièrement celle de la CJUE.

Il en est ainsi notamment de la présente affaire qui trouve sa source dans une campagne publicitaire mise en place à compter de janvier 2012 par Carrefour sur le thème « Garantie prix le plus bas Carrefour », offrant au consommateur de lui rembourser deux fois la différence de prix s'il trouvait moins cher ailleurs sur 500 produits commercialisés par l'enseigne.

À partir de décembre 2012, cette campagne était couplée à une publicité comparative, opposant les prix de ces 500 produits de marques pratiqués dans les enseignes Carrefour aux prix pratiqués dans des enseignes concurrentes.

Entre décembre 2012 et juin 2014, cette campagne a fait l'objet de huit spots publicitaires faisant apparaître des écarts de prix favorables à Carrefour, et notamment de manière systématique par rapport aux prix pratiqués par les enseignes Intermarché, d'un pourcentage qui variait selon les produits concernés de 9,8 à 12,4 %. À partir du deuxième spot, les magasins Intermarché sélectionnés pour la comparaison étaient des supermarchés et les magasins Carrefour des hypermarchés, mais cette information n'apparaissait que sous la forme d'une mention « Super » indiquée en petits caractères en dessous du nom « Intermarché ».

Le 2 octobre 2013, la société ITM Alimentaire international (ci-après « ITM »), en charge de la politique commerciale des enseignes alimentaires du groupe Mousquetaires et notamment d'Intermarché, après avoir mis en demeure Carrefour de cesser la diffusion des spots publicitaires, l'a assignée devant le tribunal de commerce de Paris aux fins notamment :

- de faire juger que Carrefour avait manqué à son obligation de prouver à bref délai l'exactitude matérielle des énonciations contenues dans ses publicités relatives aux écarts de prix allégués entre les enseignes Carrefour et Intermarché,
- de faire juger que Carrefour s'était rendu coupable d'une publicité comparative trompeuse et d'actes de concurrence déloyale à son détriment,
- de faire condamner Carrefour au paiement de la somme de 3 000 000 € à titre de réparation du préjudice subi par la société ITM.

Par jugement du 31 décembre 2014, le tribunal a caractérisé le manquement de Carrefour à son obligation de prouver l'exactitude des énonciations, posée par l'ancien article L.121-12 du Code de la consommation (nouvel article L.122-5)¹. Il a également jugé que la défenderesse s'était rendue coupable d'actes de concurrence déloyale. N'ayant pas indiqué clairement les dates de relevés des prix ayant servi à la diffusion des spots publicitaires, et retenant un mode de sélection des points de vente trompeur qui faussait la représentativité des comparaisons de prix, il a jugé qu'elle avait manqué aux exigences de neutralité et d'objectivité d'une campagne publicitaire posées par l'ancien article L.121-8 (nouvel article L.122-1) du Code de la consommation.

Le tribunal a condamné Carrefour à verser 800 000 € à ITM à titre de dommages et intérêts et a fait droit aux demandes d'interdiction de diffusion de la campagne publicitaire concernée.

Carrefour a interjeté appel de ce jugement devant la cour d'appel de Paris avant de solliciter que soit posée une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne portant sur la directive 2006/114 du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, dont les anciens articles L.121-8 et L.121-12 (maintenant L.122-1 et L.122-5) assurent la transposition.

La cour d'appel de Paris a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice les questions suivantes :

- « L'article 4, sous a) et c), de la directive 2006/114 aux termes duquel "la publicité comparative est licite dès lors que [...] elle n'est pas trompeuse [...] et compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et service" doit-il être interprété en ce sens qu'une comparaison des prix de produits vendus par des enseignes de distribution n'est licite que si les produits sont vendus dans des magasins de formats ou de tailles identiques ?

- Le fait que les magasins dont les prix sont comparés soient de tailles et de formats différents constitue-t-il une information substantielle, au sens de la directive 2005/29 du 11 mai 2005 relative

1. TC Paris, (1^{er} ch. A), 31 décembre 2014, Sté ITM Alimentaire International c/ Sté Carrefour Hypermarchés, *Légipresse* n° 325, p. 144.

aux pratiques commerciale déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur devant nécessairement être portée à la connaissance du consommateur ?

- Dans l'affirmative, [...] quel devrait être le degré et/ou le support de diffusion de cette information auprès du consommateur ?»

Rappelons tout d'abord que dans sa version européenne, la publicité comparative a pour finalité de comparer les caractéristiques essentielles, pertinentes et vérifiables de produits ou de services d'entreprises concurrentes et qu'il est expressément prévu qu'elle peut porter sur les prix pratiqués par ces entreprises. C'était précisément l'objet de la campagne publicitaire télévisée mise en place par Carrefour, ayant donné lieu à la saisine de la CJUE.

La Cour commence par rappeler, conformément à sa jurisprudence habituelle², que la publicité comparative vise à stimuler la concurrence dans l'intérêt des consommateurs, et que ses conditions de validité doivent donc être interprétées dans le sens le plus favorable à celle-ci, sans pour autant permettre qu'elle soit utilisée de manière anticoncurrentielle et déloyale ou de manière à porter atteinte aux intérêts du consommateur. Selon elle, une publicité comparative opposant des prix de produits comparables mais vendus dans des magasins de formats ou de tailles différents contribue à la réalisation des objectifs de la publicité comparative et n'est pas en soi contraire à l'article 4 de la directive 2006/114, sous réserve de respecter les conditions d'objectivité et d'absence de caractère trompeur posées par le même article.

S'agissant de l'exigence d'objectivité de la comparaison,

la jurisprudence européenne avait déjà affirmé que pour être objective, une publicité comparative doit « procéder d'un constat objectif permettant aux personnes auxquelles elle s'adresse d'avoir une connaissance précise des données sur lesquelles se fonde la comparaison »³. Dans le premier arrêt, elle avait précisé qu'afin de respecter cette condition d'objectivité, une comparaison de prix devait prendre en compte les prix réellement payés par le consommateur et ne pouvait porter sur les prix moyens pratiqués par les enseignes concernées.

L'arrêt du 8 février 2017 relève en son considérant 26 que « la différence de taille ou de format des magasins dans lesquels ont été relevés les prix comparés par un annonceur peut fausser l'objectivité de la comparaison, notamment lorsque l'annonceur et les concurrents auprès desquels les prix ont été relevés font partie d'enseignes qui possèdent chacune une gamme de magasins de tailles ou de formats différents et que l'annonceur compare les prix pratiqués dans les magasins de tailles ou de formats supérieurs de son enseigne avec ceux relevés dans des tailles inférieurs des enseignes concurrentes, sans que cela apparaisse dans la publicité ».

Les prix étant susceptibles de varier selon la taille du magasin concerné, une comparaison asymétrique entre des magasins de tailles différentes peut créer ou augmenter l'écart entre les prix de l'annonceur et ceux des concurrents. La Cour précise ainsi que toute publicité telle que celle en cause au principal doit, afin de ne pas

fausser l'objectivité de la comparaison des prix, indiquer qu'elle porte sur les prix pratiqués dans les magasins de tailles ou de formats supérieurs d'une enseigne et ceux relevés dans des magasins de tailles inférieures d'enseignes concurrentes.

La Cour examine ensuite la question du caractère trompeur de la publicité.

Il faut souligner que dans le domaine de la publicité comparative, la tromperie peut résider dans une absence volontaire d'information du consommateur.

La jurisprudence française a par exemple sanctionné une publicité de location de voitures Ucar qui n'avait pas apporté suffisamment de précisions à son annonce, omettant d'informer les consommateurs de l'impossibilité de bénéficier du tarif de location de 30 € annoncé dans la publicité le samedi à Paris, se rendant ainsi coupable de tromperie par omission⁴.

La nécessité d'éviter toute tromperie implique d'apporter une exhaustivité quant aux précisions sur les éléments substantiels de la comparaison.

À ce titre, l'arrêt relève qu'il ressort de l'article 4 de la directive 2006/114 et des articles 6 et 7 de la directive 2005/29 « qu'est trompeuse une publicité comparative qui, [...] par action ou par omission, peut induire en erreur les consommateurs [...] et affecter le comportement économique de ceux-ci ou, pour ces raisons, porter préjudice à un concurrent ». Il poursuit en affirmant qu'est « ainsi trompeuse une publicité qui omet une information substantielle dont le consommateur a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause, ou qui dissimule une telle information ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, et qui par conséquent, peut amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

Ces précisions dont le consommateur a besoin pour prendre une décision et sans lesquelles la publicité est trompeuse sont qualifiées d'informations substantielles au sens de la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales.

En l'occurrence, une publicité dans laquelle l'annonceur, pour comparer les prix de produits vendus dans ses magasins avec ceux de produits vendus dans les magasins concurrents, retient, d'un côté, les prix pratiqués dans les magasins de taille ou de format supérieurs de son enseigne, de l'autre, les prix relevés dans des magasins de tailles ou de formats inférieurs d'enseignes concurrentes, alors que toutes ces enseignes possèdent chacune une gamme de magasins de tailles et de formats différents, est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen en lui donnant l'impression que tous les magasins de ces enseignes ont été pris en compte pour effectuer la comparaison et que les écarts de prix indiqués sont valables pour tous les magasins de chaque enseigne, quels que soient leur taille ou leur format.

2. CJUE 18 juin 2009, C-487/07 et CJUE 18 novembre 2010 C-159/09.
3. CJCE 8 avril 2003, C-44/01 et CJCE 19 septembre 2006 C-356/04.

4. CA Paris, 21 mars 2007, n° 05.13581 – confirmé par Cass. Com., 1^{er} juillet 2008, n° 07-15.839.

Selon l'arrêt, une telle publicité est susceptible d'influencer le comportement du consommateur, en l'incitant à prendre une décision dans la croyance erronée qu'il bénéficiera des écarts de prix vantés dans la publicité en achetant les produits concernés dans l'enseigne visée et non chez ses concurrents, et revêt un caractère trompeur au sens de l'article 4 de la directive 2006/114, à moins que l'information ayant trait au fait que la publicité compare les prix pratiqués dans les magasins de tailles ou de formats différents soit portée à la connaissance du consommateur. Nécessaire pour que celui-ci achète en pleine connaissance de cause dans le magasin de l'annonceur, cette information est substantielle au sens de l'article 7 de la directive 2005/29, et doit par conséquent être indiquée dans la publicité afin que cette dernière respecte les conditions d'objectivité et d'absence de caractère trompeur posées par la directive.

Ces informations substantielles doivent être suffisamment visibles pour le consommateur. À cet égard, la Cour précise que ces informations doivent être fournies de façon claire mais également qu'elles doivent figurer dans le message publicitaire lui-même.

Il appartiendra donc à la juridiction de renvoi pour apprécier la licéité de la publicité litigieuse, de vérifier si, au vu des circonstances de l'espèce, la publicité en cause satisfaisait à l'exigence d'objectivité de la comparaison et/ou présentait un caractère trompeur, d'une part, en prenant en considération la perception du consommateur moyen des produits concernés, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé et, d'autre part, en tenant compte des indications figurant dans ladite publicité, en particulier de celles concernant les magasins de l'enseigne de l'annonceur et ceux des enseignes concurrentes dont les prix ont été comparés, et, plus généralement, de tous les éléments de celle-ci. **E.A. et A.T.**