Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
présentées le 19 octobre 2016 [1]

Affaire C-562/15

Carrefour Hypermarchés SAS
contre
ITM Alimentaire International SASU

[demande de décision préjudicielle formée par la cour d'appel de Paris (France)]

«Renvoi préjudiciel — Publicité trompeuse — Publicité comparative — Directive 2006/114/CE — Article 4, sous a) et c) — Publicité comparant les prix de produits vendus dans des magasins de tailles et de formats différents — Licéité — Pratiques commerciales déloyales — Directive 2005/29/CE — Article 7 — Omission trompeuse — Information substantielle»

I – Introduction

1. La Cour s'est déjà penchée, à de multiples reprises, sur la publicité comparative, en précisant les conditions de licéité d'une telle publicité [2], énumérées à l'article 4 de la directive 2006/114/CE [3]. La présente demande de décision préjudicielle s'inscrit dans le prolongement de cette jurisprudence. La cour d'appel de Paris (France) soulève des aspects inédits à l'égard de l'interprétation des points a) et c) dudit article, qui exigent que la publicité comparative ne soit pas trompeuse et qu'elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives des biens et des services comparés.

2. Le litige au principal, ayant donné lieu à cette demande, oppose deux sociétés concurrentes dans la grande distribution, à savoir ITM Alimentaire International SASU (ci-après « ITM »), société en charge de la stratégie et de la politique commerciale des magasins de l'enseigne Intermarché, et Carrefour Hypermarchés SAS (ci-après « Carrefour »), société faisant partie du groupe Carrefour. L'objet du litige est une campagne publicitaire, lancée par Carrefour en 2012, qui comparait les prix des produits de grandes marques pratiqués dans les magasins de l'enseigne Carrefour et dans des magasins concurrents, dont ceux des magasins de l'enseigne Intermarché. ITM allègue, notamment, que Carrefour n'a pas respecté les dispositions nationales concernant la neutralité et l'objectivité de toute campagne comparative, en procédant à une comparaison des prix pratiqués dans les *hypermarchés* de l'enseigne Carrefour à ceux pratiqués dans les *supermarchés* de l'enseigne Intermarché, sans informer le public des critères de sélection des magasins et de la différence des formats des points de vente comparés.

1 — Langue originale : le français.

2 — Voir, notamment, arrêts du 25 octobre 2001, Toshiba Europe (C-112/99, EU:C:2001:566), du 8 avril 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, EU:C:2003:205), du 19 septembre 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585), ainsi que du 18 novembre 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696).

3 — Directive 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).

3. Dans ce contexte, la juridiction de renvoi cherche à savoir si, en vertu de l'article 4, sous a) et c), de la directive 2006/114, une comparaison du 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. En outre, cette juridiction demande à la Cour si le fait que les magasins dont les prix sont comparés soient de tailles et de formats différents constitue une information substantielle au sens de l'article 7 de la directive 2005/29/CE[4] et, dans l'affirmative, quel devrait être le degré de diffusion de cette information auprès du consommateur. À cet égard, la présente affaire soulève la question de l'interaction entre la directive 2006/114 et la directive 2005/29.

II – Le cadre juridique

A – *Le droit de l'Union*

1. La directive 2006/114

4. L'article 2, sous b), de la directive 2006/114 dispose :

« Aux fins de la présente directive, on entend par

[...]

b) "publicité trompeuse", toute publicité qui, d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent ».

5. L'article 4, sous a) et c), de la directive 2006/114 dispose :

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

a) elle n'est pas trompeuse au sens de l'article 2, point b), de l'article 3 et de l'article 8, paragraphe 1, de la présente directive ou des articles 6 et 7 de la directive 2005/29[...]

[...]

c) elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, y compris éventuellement le prix ».

4 — 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) nº 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales ») (JO 2005, L 149, p. 22).

2. La directive 2005/29

6. L'article 6 de la directive 2005/29, intitulé « Actions trompeuses », dispose, à son paragraphe 1, sous d) :

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

[...]

d) le prix ou le mode de calcul du prix, ou l'existence d'un avantage spécifique quant au prix ».

7. L'article 7 de la directive 2005/29, intitulé « Omissions trompeuses », dispose, à ses paragraphes 1 et 2 :

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

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

B – *Le droit français*

8. L'article L. 121-8 du code de la consommation dispose :

« Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par le concurrent n'est licite que si :

1° Elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ;

2° Elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;

3° Elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie ».

9. Il ressort de la décision de renvoi que les articles L. 121-8 et suivants du code de la consommation constituent la transposition de la directive 2006/114 en droit français.

III – Le litige au principal, les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

10. Au cours du mois de décembre 2012, Carrefour a lancé une campagne publicitaire télévisée de grande ampleur, intitulée « Garantie prix le plus bas », comparant les prix de 500 produits de grandes marques pratiqués dans ses magasins et dans des magasins concurrents et offrant au consommateur de lui rembourser deux fois la différence de prix s'il trouvait moins cher ailleurs. Cette campagne, ayant fait l'objet de huit spots publicitaires, faisait apparaître des écarts de prix favorables aux magasins Carrefour par rapport aux magasins concurrents, dont des magasins Intermarché.

11. À partir du deuxième spot télévisé, les magasins Intermarché sélectionnés pour la comparaison étaient tous des supermarchés, alors que les magasins Carrefour étaient tous des hypermarchés. Dans les spots télévisés, apparaissaient en dessous du nom Intermarché, en lettres plus petites, la mention « super ».

12. Le 2 octobre 2013, après avoir mis Carrefour en demeure de cesser la diffusion de cette publicité, ITM a assigné Carrefour devant le tribunal de commerce de Paris (France) aux fins d'obtenir, entre autres, la condamnation de cette dernière au paiement de la somme de 3 millions d'euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par ITM, et l'interdiction de la diffusion à la télévision et sur Internet de la publicité concernée ainsi que de toute pratique de publicité comparative reposant sur des modalités de comparaison similaires.

13. Par jugement du 31 décembre 2014, le tribunal de commerce de Paris a condamné Carrefour à payer à ITM la somme de 800 000 euros en réparation du préjudice subi, a fait droit aux demandes d'interdiction de diffusion de la publicité et a ordonné la publication du jugement.

14. En effet, cette juridiction a considéré, entre autres, que Carrefour a adopté un mode de sélection des points de vente qui était trompeur, faussant la représentativité des relevés de prix et ne respectant pas les exigences d'objectivité résultant de l'article L. 121-8 du code de la consommation, et que ces manquements à l'objectivité d'une campagne de publicité comparative constituaient des actes de concurrence déloyale [5].

15. À cet égard, ladite juridiction a retenu les considérations suivantes :

« Attendu que les magasins CARREFOUR sélectionnés sont des hypermarchés ce dont le consommateur n'a pas clairement connaissance puisque cette information ne figure que sur le site internet – et non sur les spots télévisés, avec une mention en petits caractères sur la page d'accueil du site CARREFOUR qui précise que la garantie prix le plus bas "est valable uniquement dans les magasins CARREFOUR et CARREFOUR PLANET. Elle n'est donc pas valable dans les magasins CARREFOUR Market, CARREFOUR contact, CARREFOUR city" ;

Que les magasins INTERMARCHÉ sélectionnés sont tous, depuis le 2e spot, des supermarchés et que la base de comparaison a évolué sans que le consommateur en soit informé ;

Qu'ainsi ce changement dans la taille des points de vente INTERMARCHÉ sélectionnés (alors qu'INTERMARCHÉ détient 1 336 supermarchés et 79 hypermarchés soit 5 % du total), dans lesquels les relevés de prix sont effectués, illustre le caractère tendancieux de la méthode de comparaison des prix qui manque totalement d'objectivité puisque CARREFOUR compare, sans le dire explicitement, ses 223 hypermarchés avec les 1 336 supermarchés d'INTERMARCHÉ ; »

5 — Le tribunal de commerce de Paris a en outre considéré que Carrefour avait manqué à ses obligations, découlant de l'article L. 121-12 du code de la consommation, de prouver l'exactitude matérielle des énonciations et indications contenues dans les publicités concernées. En outre, ce tribunal a estimé que l'utilisation de constats de prix réalisés plusieurs mois avant la diffusion de spots télévisés était trompeuse au regard dudit article.

16. Carrefour a interjeté appel du jugement du tribunal de commerce de Paris devant la cour d'appel de Paris, qui a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) [L]'article 4, sous a) et c), de la directive 2006/114 [doit-il] être interprété en ce sens qu'une comparaison du 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 [?]

2) [L]e 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], devant être nécessairement portée à la connaissance du consommateur [?]

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

17. Des observations écrites ont été déposées par Carrefour, ITM, le gouvernement français ainsi que par la Commission européenne, lesquels ont participé à l'audience qui s'est tenue le 6 juillet 2016.

IV – Analyse juridique

A – *Sur l'interprétation de l'article 4, sous a) et c), de la directive 2006/114 (première question)*

1. Les interprétations proposées

18. Les deux parties au litige au principal estiment que la première question préjudicielle appelle une réponse négative, c'est-à-dire que l'article 4, sous a) et c), de la directive 2006/114 n'exige pas qu'une comparaison du prix des produits vendus par des enseignes de distribution porte sur des produits vendus dans des magasins de formats ou de tailles identiques.

19. Le gouvernement français estime qu'une comparaison des prix effectuée pour des produits vendus dans des magasins de formats et de tailles différents constitue une comparaison objective au sens de l'article 4, sous c), de la directive 2006/114, mais peut constituer une publicité comparative trompeuse au sens de l'article 4, sous a), de cette directive, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

20. La Commission considère que, dans la plupart des cas, une asymétrie de taille et de format entre annonceur et concurrent n'est pas de nature à induire en erreur le consommateur et à affecter son comportement. Toutefois, selon la Commission, il ne peut être exclu que, dans certaines circonstances, de telles différences puissent être de nature à présenter un caractère trompeur au sens de l'article 4, sous a), de la directive 2006/114, ce qui dépendrait notamment du niveau d'information donné au consommateur. De même, la vérification de la condition d'objectivité énoncée au point c) de cet article dépendrait d'une analyse au cas par cas.

21. Pour ma part, je considère, pour les motifs exposés ci-dessous, que l'article 4, sous a) et c), de la directive 2006/114 ne s'oppose pas, en principe, à ce que l'annonceur procède à une comparaison à des fins publicitaires des prix pratiqués dans des magasins de formats ou de tailles différents (partie A.2) [6]. Toutefois, j'estime qu'une publicité, telle que celle en cause au principal, peut, dans certaines circonstances, revêtir un caractère trompeur au sens dudit article 4, sous a) (partie A.3), et méconnaître la condition d'objectivité, énoncée au point c) de cet article (partie A.4).

6 — Il ne ressort pas de la décision de renvoi dans quel sens la juridiction de renvoi utilise les notions de « format » et de « taille ». Sur la base des observations présentées à la Cour, je suppose que la notion de « format » vise le type de magasin (par exemple un hypermarché, un supermarché ou un magasin de proximité), alors que la notion de « taille » vise la surface de vente du magasin.

2. Sur la possibilité, en principe, de procéder à une comparaison des prix des produits vendus dans des magasins de formats ou de tailles différents

22. L'article 4 de la directive 2006/114 énumère les conditions qui doivent être réunies cumulativement pour qu'une publicité comparative soit licite [7]. Parmi ces conditions figurent notamment, au point a) de cet article, l'exigence que la publicité comparative ne soit pas trompeuse et, au point c), celle que la publicité compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, y compris éventuellement le prix.

23. Il ressort de la jurisprudence de la Cour relative à la directive 84/450/CEE [8], laquelle a été abrogée et remplacée par la directive 2006/114 [9], que cette première directive a procédé à une harmonisation exhaustive des conditions de licéité de la publicité comparative dans les États membres, ce qui implique que la licéité de la publicité comparative dans toute l'Union européenne doit être appréciée uniquement à la lumière des critères établis par le législateur de l'Union [10].

24. Étant donné que la directive 2006/114 a procédé à une codification de la directive 84/450 [11], j'estime que la jurisprudence de la Cour sur l'interprétation de cette dernière directive est pleinement transposable aux situations relevant de la directive 2006/114.

25. Pour les motifs suivants, je considère que l'article 4, sous a) et c), de la directive 2006/114 ne s'oppose pas, en principe, à ce qu'une comparaison du prix à des fins publicitaires porte sur des produits vendus dans des magasins de formats ou de tailles différents, pour autant que la comparaison n'est pas trompeuse au sens dudit point a) et qu'elle est objective au sens dudit point c).

26. Premièrement, une interdiction générale des comparaisons de prix des produits vendus dans des magasins de formats ou de tailles différents n'aurait aucun fondement dans le texte de la directive 2006/114. Alors que l'article 4, sous b), de cette directive exige que les biens et services faisant l'objet de la publicité comparative soient comparables [12], une telle exigence n'est pas prévue à l'égard des points de vente dans lesquels sont vendus ces biens [13].

7 — Voir considérant 11 de la directive 2006/114. En vertu de l'article 2, sous c), de cette directive, on entend par « publicité comparative », « toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent ». Voir, sur la notion de « publicité comparative », arrêt du 19 avril 2007, De Landtsheer Emmanuel (C-381/05, EU:C:2007:230, points 14 à 24).

8 — Directive du Conseil, du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse (JO 1984, L 250, p. 17), telle que modifiée par la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997 (JO 1997, L 290, p. 18), et par la directive 2005/29.

9 — Voir considérant 1 et article 10 de la directive 2006/114.

10 — Voir 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). Voir, également, article 8, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2006/114 et article 7, paragraphe 2, de la directive 84/450.

11 — Voir considérant 1 de la directive 2006/114 et point 4 de l'exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, du 19 mai 2006 [COM(2006) 222 final], ayant abouti à son adoption.

12 — En vertu de cet article 4, sous b), la publicité comparative est licite dès lors qu'elle « compare des biens ou des services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ». Voir, en ce qui concerne cette condition, arrêt du 19 septembre 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, points 24 à 39), et du 18 novembre 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, points 25 à 40).

13 — Voir, en ce qui concerne la comparaison des produits achetés par des canaux de distribution différents, arrêt du 8 avril 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, EU:C:2003:205, point 65).

27. Deuxièmement, une telle interdiction serait, à mon sens, contraire aux objectifs poursuivis par l'article 4 de la directive 2006/114, à savoir, selon les termes de la Cour, de « *stimuler la concurrence* entre les fournisseurs de biens et de services, dans l'intérêt des consommateurs, en permettant aux concurrents de mettre en évidence de manière objective les avantages des différents produits comparables et en interdisant, dans le même temps, des pratiques pouvant entraîner une distorsion de concurrence, porter préjudice aux concurrents et avoir une incidence négative sur le choix des consommateurs» [14].

28. C'est dans cette optique de stimulation de la concurrence que la Cour a constaté que les conditions de licéité de la publicité comparative « doivent être interprétées *dans le sens le plus favorable*, afin de permettre les publicités comparant objectivement les caractéristiques de biens ou de services, tout en assurant que la publicité comparative ne soit pas utilisée de manière anticoncurrentielle et déloyale ou de manière à porter atteinte aux intérêts des consommateurs» [15]. Une interprétation restrictive de l'article 4, sous a) et c), qui conduirait à interdire, de manière générale, des comparaisons de prix des produits vendus dans des magasins de formats ou de tailles différents, ne serait évidemment pas la plus favorable à la publicité comparative et risquerait d'empêcher la concurrence par les prix.

29. Troisièmement, une telle interdiction serait difficilement conciliable avec la mise en avant par la Cour, dans sa jurisprudence sur la publicité comparative, de la liberté économique de l'annonceur en ce qui concerne les modalités de la comparaison. La Cour a notamment jugé que le choix du nombre de comparaisons auxquelles l'annonceur souhaite procéder entre les produits qu'il offre et ceux qu'offrent ses concurrents relève de la liberté économique de l'annonceur [16]. En outre, la Cour a admis la licéité, sous certaines conditions, d'une publicité comparative portant collectivement sur des assortiments de produits de consommation courante commercialisés par deux chaînes de grands magasins concurrentes et portant sur le niveau général des prix pratiqués par celles-ci en ce qui concerne leur assortiment comparable [17].

30. Selon moi, rien ne permet a priori de considérer que la liberté économique de l'annonceur ne s'étend pas également à la possibilité de procéder à une comparaison des prix pratiqués dans des magasins de formats et de tailles différents. Dans la mesure où l'annonceur serait capable de réaliser des économies d'échelle, grâce à la taille, le format ou le nombre de magasins dont il dispose, et, par conséquent, de pratiquer des prix inférieurs à ceux pratiqués par ses concurrents, il devrait avoir la possibilité d'en tirer des avantages à des fins de marketing.

31. En outre, des publicités portant sur de telles différences de prix peuvent s'avérer utiles pour le consommateur, lui permettant, selon les termes de la Cour, de tirer parti au maximum du marché intérieur, étant donné que la publicité est un moyen très important pour ouvrir des débouchés réels partout dans l'Union pour tous les biens et services [18]. J'estime que le consommateur moyen est pleinement capable de décider si une différence de prix justifie, à ses yeux, le fait d'acheter un produit dans l'un ou l'autre des magasins, lorsque ceux-ci présentent des différences de format ou de taille, ce qui peut également impliquer des différences en termes de proximité géographique des magasins.

14 — Souligné par mes soins. Arrêt du 18 novembre 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, point 20 et jurisprudence citée), qui portait sur la disposition correspondant à l'article 3 bis de la directive 84/450. Voir, également, considérants 6, 8 et 9 de la directive 2006/114 et arrêt du 19 septembre 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, point 33).

15 — Souligné par mes soins. Arrêt du 18 novembre 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, point 21 et jurisprudence citée). Voir, également, arrêt du 25 octobre 2001, Toshiba Europe (C-112/99, EU:C:2001:566, point 37). Cette jurisprudence concerne l'interprétation de l'article 3 bis de la directive 84/450 qui est, en substance, repris dans l'article 4 de la directive 2006/114.

16 — Arrêt du 19 septembre 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, point 29 et jurisprudence citée).

17 — Arrêt du 19 septembre 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, point 39).

18 — Arrêt du 23 février 2006, Siemens (C-59/05, EU:C:2006:147, point 22 et jurisprudence citée). Voir, également, considérant 6 de la directive 2006/114. Voir, sur l'utilité d'une information comparative portant sur le niveau général des prix pratiqués par les chaînes de grands magasins, arrêt du 19 septembre 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, point 35).

32. Je considère donc que l'article 4, sous a) et c), de la directive 2006/114 ne s'oppose pas, en principe, à ce qu'un exploitant d'un hypermarché procède à une comparaison des prix pratiqués dans son propre magasin avec ceux pratiqués dans des magasins concurrents de formats ou de tailles différents, tels que des supermarchés ou des magasins de proximité, pour autant que les produits choisis pour la comparaison sont comparables et que la comparaison n'est pas trompeuse au sens dudit point a) et qu'elle est objective au sens dudit point c).

33. Cette conclusion vaut également pour les enseignes de la grande distribution, telles que Carrefour et Intermarché [19]. Je ne vois ainsi aucune base légale qui permettrait d'imposer à de telles enseignes des conditions plus restrictives ou supplémentaires, en ce qui concerne la publicité comparative, par rapport à celles qui s'imposent aux autres acteurs économiques en vertu de la directive 2006/114.

34. Néanmoins, à l'instar du gouvernement français et de la Commission, j'estime que, dans des circonstances particulières, une différence de taille ou de format entre les magasins de l'annonceur et ceux du concurrent peut avoir une incidence sur la licéité de la publicité comparative au regard des conditions prévues à l'article 4, sous a) et c), de la directive 2006/114.

35. Tel peut notamment être le cas lorsque, comme en l'espèce, l'annonceur procède à une comparaison des prix pratiqués dans des magasins de formats ou de tailles différents, alors que l'annonceur et le concurrent font partie d'enseignes de distribution qui disposent chacune des magasins de formats et de tailles identiques ou similaires.

36. Dans un tel cas, il existe un risque que la publicité comparative revête un caractère trompeur au sens de l'article 4, sous a), de la directive 2006/114 et qu'elle méconnaisse la condition d'objectivité, prévue au point c) de cet article, ce qui sera développé dans les parties suivantes (parties A.3 et A.4).

3. Sur la condition prévue à l'article 4, sous a), de la directive 2006/114 que la publicité comparative ne soit pas trompeuse

37. L'article 4, sous a), de la directive 2006/114 prévoit, en tant que condition de licéité, que la publicité comparative ne soit pas trompeuse au sens notamment de l'article 2, sous b), de cette directive ou des articles 6 et 7 de la directive 2005/29 [20].

38. Il ressort d'une lecture combinée desdites dispositions [21] que la constatation du caractère trompeur d'une publicité comparative au sens de l'article 4, sous a), de la directive 2006/114, dépend, d'une part, de sa capacité à induire en erreur le consommateur, que ce soit par action ou par omission, et, d'autre part, de sa capacité à affecter le comportement économique de celui-ci, notamment en affectant sa décision commerciale [22], ou à porter préjudice à un concurrent. Une publicité comparative revêt

19 — Aux fins des présentes conclusions, les termes « enseigne de distribution » visent un groupe de magasins qui opèrent sous des enseignes identiques ou similaires. Lors de l'audience, Carrefour a relevé que l'enseigne Carrefour est utilisée pour les hypermarchés faisant partie du groupe Carrefour, alors que les supermarchés appartenant à ce groupe opèrent sous l'enseigne Carrefour Market. Il ressort des observations présentées par ITM que les hypermarchés appartenant au groupe Intermarché opèrent sous l'enseigne Intermarché Hyper, alors que les supermarchés utilisent l'enseigne Intermarché Super.

20 — L'article 4, sous a), de la directive 2006/114 renvoie également à l'article 3 de cette directive qui énumère les éléments qui doivent être pris en compte pour déterminer si une publicité est trompeuse, y compris, selon son point b), « le prix ou son mode d'établissement et les conditions de fourniture des biens ou de prestations de services », ainsi qu'à l'article 8 de ladite directive, selon lequel celle-ci ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption par les États membres de dispositions visant à assurer, en matière de publicité trompeuse, une protection plus étendue des professionnels et des concurrents.

21 — Voir points 4, 6 et 7 des présentes conclusions.

22 — Voir, en ce qui concerne la notion de « décision commerciale », article 2, sous k), de la directive 2005/29.

également un caractère trompeur au sens de cet article si l'annonceur omet une information substantielle, au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2005/29, pour autant que cette omission est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement [23].

39. Selon la jurisprudence de la Cour, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, au vu des circonstances de l'espèce, si, compte tenu des consommateurs auxquels elle s'adresse, une publicité comparative peut avoir un caractère trompeur, au sens de l'article 4, sous a), de la directive 2006/114 [24]. Le caractère trompeur d'une publicité comparative dépend ainsi d'une évaluation au cas par cas [25].

40. À cet égard, la juridiction de renvoi doit, d'une part, prendre en considération la perception qu'a le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, des produits ou des services faisant l'objet de la publicité en cause. Pour procéder à l'appréciation requise, cette juridiction doit, 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 litigieuse et, plus généralement, à tous les éléments de celle-ci [26].

41. En l'occurrence, Carrefour a procédé à une comparaison des prix pratiqués dans des magasins étant, à partir du deuxième spot télévisé, uniquement des hypermarchés de l'enseigne Carrefour et des supermarchés de l'enseigne Intermarché, alors que les deux enseignes disposent chacune tant d'hypermarchés que de supermarchés.

42. J'estime qu'une telle comparaison asymétrique risque d'induire en erreur le consommateur moyen quant à la différence réelle des prix pratiqués dans les magasins de l'annonceur et dans ceux du concurrent, en donnant l'impression à ce consommateur que tous les magasins faisant partie des enseignes ont été pris en considération pour calculer les indications de prix présentées dans la publicité, alors que ces indications ne valent que pour certains types des magasins desdites enseignes.

43. À cet égard, il convient de considérer que, généralement, les prix des biens de consommation courante sont susceptibles de varier en fonction du format et de la taille du magasin [27] et qu'une telle comparaison asymétrique pourrait donc avoir pour effet de créer ou d'augmenter artificiellement l'écart des prix entre l'annonceur et le concurrent, en fonction de la sélection des magasins faisant l'objet de la comparaison.

44. Je considère, en outre, qu'une telle publicité vantant le niveau général des prix plus bas de l'annonceur par rapport à ses concurrents est généralement susceptible d'exercer une influence sensible sur le comportement économique du consommateur, notamment sur sa décision d'entrer dans les magasins de l'une ou de l'autre enseigne [28].

23 — Voir, concernant l'interprétation de la notion d'« information substantielle » au sens dudit article 7, paragraphe 1, les points 62 à 71 des présentes conclusions.

24 — Voir arrêt du 18 novembre 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, point 46 et jurisprudence citée).

25 — Voir dans un sens analogue, à propos de la détermination du caractère « déloyal » d'une pratique commerciale à la lumière des critères énoncés aux articles 5 à 9 de la directive 2005/29, ordonnance du 8 septembre 2015, Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560, point 38 et jurisprudence citée).

26 — 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). Voir, également, considérant 18 de la directive 2005/29.

27 — Les informations fournies à la Cour ne permettent cependant pas de déterminer la corrélation exacte entre, d'une part, le format et la taille du magasin et, d'autre part, le niveau de prix.

28 — Conformément à la jurisprudence de la Cour, la notion de « décision commerciale », au sens de la directive 2005/29, inclut non seulement la décision d'acquérir ou non un produit, mais également celle qui présente un lien direct avec celle-ci, notamment celle d'entrer dans le magasin. Voir arrêt du 19 décembre 2013, Trento Sviluppo et Centrale Adriatica (C-281/12, EU:C:2013:859, point 36).

45. Il en résulte qu'une publicité telle que celle en cause au principal peut revêtir un caractère trompeur au sens de l'article 4, sous a), de la directive 2006/114, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier. Cette juridiction doit notamment déterminer si, eu égard à toutes les circonstances pertinentes de l'espèce, et notamment aux indications ou aux omissions dont s'accompagne la publicité litigieuse [29], la décision commerciale d'un nombre significatif de consommateurs auxquels s'adresse cette publicité est susceptible d'être prise dans la croyance erronée que tous les magasins faisant partie des enseignes ont été pris en considération pour calculer le niveau général des prix et le montant des économies vantés par la publicité et que, dès lors, ces consommateurs réaliseront des économies de l'ordre vanté par ladite publicité en effectuant régulièrement leurs achats de biens de consommation courante auprès des magasins de l'enseigne de l'annonceur plutôt qu'auprès des magasins de l'enseigne concurrente [30].

46. Si tel devait être le cas, la publicité serait, à mon sens, présumée trompeuse au sens de l'article 4, sous a), de la directive 2006/114, à moins que l'annonceur ne soit en mesure de démontrer que les indications de prix contenues dans la publicité valent, en effet, pour l'ensemble des magasins des enseignes [31].

4. Sur la condition prévue à l'article 4, sous c), de la directive 2006/114 que la comparaison soit objective

47. En vertu de l'article 4, sous c), de la directive 2006/114, la publicité comparative est licite si elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives des biens et services, y compris éventuellement le prix.

48. Conformément à la jurisprudence de la Cour, cette disposition énonce deux ordres d'exigences ayant trait à l'objectivité de la comparaison. D'une part, les critères cumulatifs des caractères essentiel, pertinent, vérifiable et représentatif de la caractéristique d'un produit sous l'angle de laquelle s'opère la comparaison, qu'impose cette disposition, contribuent à garantir que ladite comparaison revêt un caractère objectif. D'autre part, cet article souligne expressément que les caractéristiques qui satisfont aux quatre critères susmentionnés doivent être comparées objectivement. Cette dernière exigence vise en substance à exclure les comparaisons qui procéderaient de l'appréciation subjective de leur auteur plutôt que d'un constat d'ordre objectif [32].

49. Dans l'affaire au principal, le tribunal de commerce de Paris a reproché à Carrefour, notamment, d'avoir adopté un mode de sélection des points de vente qui faussait la représentativité des relevés de prix et qui ne respectait pas les exigences d'objectivité résultant des dispositions nationales en comparant les prix pratiqués dans ses propres hypermarchés avec ceux pratiqués dans les supermarchés de l'enseigne Intermarché [33].

29 — En l'occurrence, la mention « super » apparaissait, dans les spots télévisés, en dessous du nom Intermarché, en lettres plus petites. Voir point 11 des présentes conclusions.

30 — Voir, dans un sens analogue, arrêts du 19 septembre 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, points 83 à 85), ainsi que du 18 novembre 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, points 50 et 56).

31 — Voir, en ce qui concerne l'obligation de l'annonceur de prouver l'exactitude matérielle des données de fait contenues dans sa publicité, considérant 19 de la directive 2006/114 et arrêt du 19 septembre 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, points 68 et 70). En l'occurrence, il paraît incontesté que les indications des écarts de prix présentées dans la campagne publicitaire litigieuse ne valaient que pour les hypermarchés de l'enseigne Carrefour par rapport aux supermarchés de l'enseigne Intermarché.

32 — Arrêt du 19 septembre 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, points 43 à 46), qui portait sur l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive 84/450. Voir, également, considérant 9 de la directive 2006/114.

33 — Voir points 13 à 15 des présentes conclusions.

50. Pour sa part, Carrefour a fait valoir, lors de l'audience devant la Cour, qu'il y a lieu d'opérer une distinction entre, d'une part, la sélection des paramètres de comparaison, qui relève de la liberté économique de l'annonceur, et, d'autre part, la mise en œuvre concrète de la comparaison, qui est soumise à la condition d'objectivité prévue à l'article 4, sous c), de la directive 2006/114. Toujours selon Carrefour, la sélection des concurrents auxquels l'annonceur va se comparer relève de la liberté de celui-ci et ne peut pas être restreinte aux magasins de formats ou de tailles identiques.

51. Les arguments avancés par Carrefour n'emportent pas ma conviction pour les raisons suivantes.

52. Premièrement, s'il est vrai que l'annonceur dispose, selon la jurisprudence de la Cour, d'un pouvoir d'appréciation quant aux modalités de la comparaison [34], je n'entrevois aucune raison de considérer que ce pouvoir soit de caractère absolu. En outre, je ne vois aucune base légale dans la directive 2006/114 pour opérer la distinction proposée par Carrefour. Au contraire, selon le libellé de l'article 4, les conditions énumérées aux points a) à h) de cet article s'appliquent «[p]our ce qui concerne la comparaison », et non seulement pour certains éléments de celle-ci.

53. Deuxièmement, à l'instar de la Commission, je considère que, en l'occurrence, c'est non pas tant le choix du concurrent qui est en cause, mais plutôt la *manière* dont ce choix est effectué par l'annonceur et, dans ce contexte, l'information qui est donnée aux consommateurs.

54. J'estime donc que se pose, dans la présente affaire, surtout la question de savoir si une publicité, telle que la publicité litigieuse, satisfait à l'exigence découlant de l'article 4, sous c), de la directive 2006/114, que la publicité « compare objectivement » une ou plusieurs caractéristiques des biens.

55. Dans le contexte d'une comparaison sous l'angle du prix, l'exigence d'objectivité de la comparaison implique, à mon sens, que toute indication de prix contenue dans le message publicitaire doit refléter les prix réellement pratiqués par l'annonceur et le concurrent. En d'autres termes, l'exigence d'objectivité impose à l'annonceur de présenter les conditions du marché de manière correcte et loyale [35]. Je rappelle, à cet égard, que la directive 2006/114 vise notamment à protéger les professionnels contre la publicité trompeuse et ses conséquences déloyales [36].

56. Ainsi qu'il ressort du point 41 des présentes conclusions, en l'occurrence, Carrefour a procédé à une comparaison des prix pratiqués dans des magasins étant, à partir du deuxième spot télévisé, uniquement des hypermarchés de l'enseigne Carrefour et des supermarchés de l'enseigne Intermarché, alors que les deux enseignes disposent chacune tant d'hypermarchés que de supermarchés.

57. Comme indiqué précédemment, je considère que, généralement, les prix des biens de consommation courante sont susceptibles de varier en fonction du format et de la taille du magasin et que, par conséquent, une telle comparaison asymétrique pourrait avoir pour effet de créer ou d'augmenter artificiellement l'écart des prix entre l'annonceur et le concurrent, en fonction de la sélection des magasins faisant l'objet de la comparaison [37]. Dans ce cas, la comparaison ne refléterait pas les conditions du marché de manière correcte et loyale et ne satisferait pas, par conséquent, à l'exigence d'objectivité posée par l'article 4, sous c), de la directive 2006/114.

34 — Voir point 29 des présentes conclusions.

35 — Voir, à cet égard, point 18 de l'annexe I de la directive 2005/29, selon lequel le fait de « [c]ommuniquer des informations factuellement inexactes sur les conditions de marché [...], dans le but d'inciter le consommateur à acquérir celui-ci à des conditions moins favorables que les conditions normales de marché » constitue une pratique commerciale réputée déloyale en toutes circonstances. Voir, en ce qui concerne des outils d'évaluation par les consommateurs et des sites de comparaison des prix, point 3.4.2 du rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2005/29.

36 — Article 1er de la directive 2006/114. Voir, également, arrêt du 13 mars 2014, Posteshop (C-52/13, EU:C:2014:150, points 22 et 27).

37 — Voir point 43 des présentes conclusions.

58. En l'occurrence, il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer si la sélection des magasins faisant l'objet de la comparaison litigieuse a pour effet de créer ou d'augmenter artificiellement l'écart des prix entre l'annonceur et le concurrent.

B – *Sur l'interprétation de la directive 2005/29 (deuxième question)*

1. La question préjudicielle et les interprétations proposées

59. Par sa deuxième question préjudicielle, la juridiction de renvoi cherche à savoir si le fait que les magasins dont les offres sont comparées dans une publicité comparative soient de tailles et de formats différents constitue une information substantielle au sens de l'article 7 de la directive 2005/29 [38].

60. Carrefour propose de répondre à cette question préjudicielle par la négative. Selon cette partie, le consommateur est client d'une enseigne de distribution et son comportement n'est déterminé ni par le format ni par la superficie du magasin. En revanche, ITM estime que la différence de tailles ou de formats des magasins comparés constitue une information substantielle au sens de la directive 2005/29, lorsqu'elle affecte la représentativité des relevés de prix, puisqu'elle est, dans ce cas, de nature à conditionner sensiblement la décision d'achat du consommateur.

61. Le gouvernement français et la Commission considèrent que, dans le cas d'espèce, le fait, pour le consommateur, de savoir que les magasins dont les prix sont comparés sont de tailles ou de formats différents pourrait constituer une information substantielle au sens de la directive 2005/29, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

2. Sur l'interprétation de l'article 7 de la directive 2005/29

62. La directive 2005/29 ne définit pas la notion d'« information substantielle », sauf dans le cas particulier d'une invitation à l'achat au sens de l'article 2, sous i), de cette directive [39].

63. Il ressort de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2005/29 que l'omission d'« une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause », est trompeuse si elle « l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

64. Pour les motifs suivants, je considère que la circonstance que les magasins dont les prix sont comparés dans une publicité comparative sont de tailles ou de formats différents, ne constitue pas systématiquement une « information substantielle » au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2005/29.

65. Premièrement, s'il n'est certes pas exclu qu'une différence de format ou de taille des magasins puisse avoir une incidence sur le choix du consommateur d'effectuer ses achats dans l'un ou l'autre des magasins, la notion d'« information substantielle » au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2005/29 vise non pas tout facteur qui affecterait, d'une manière ou d'une autre, le comportement du consommateur, mais uniquement les informations dont le consommateur moyen « a besoin » pour

38 — Je note que, en vertu de son article 3, paragraphe 1, la directive 2005/29 ne s'applique qu'aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs. Toutefois, les articles 6 et 7 de cette directive peuvent s'appliquer indirectement aux relations entre des entreprises, telles que les parties du litige au principal, grâce à la référence que fait l'article 4, sous a), de la directive 2006/114 auxdites dispositions. Voir point 5 des présentes conclusions.

39 — Les informations fournies à la Cour par la juridiction de renvoi ne permettent pas de déterminer si la publicité litigieuse constitue une invitation à l'achat au sens de l'article 2, sous i), de la directive 2005/29. Si tel devait être le cas, les informations énumérées à l'article 7, paragraphe 4, sous a) à e), de cette directive seraient considérées comme substantielles, dès lors qu'elles ne ressortent pas déjà du contexte. Voir, en ce qui concerne la notion d' « invitation à l'achat », arrêt du 12 mai 2011, Ving Sverige (C-122/10, EU:C:2011:299).

prendre une décision commerciale en connaissance de cause [40]. Effectivement, ledit article se fonde, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la directive 2005/29, sur une approche visant « à établir un équilibre entre le besoin d'information des consommateurs et la reconnaissance du fait qu'un excès d'informations peut se révéler aussi problématique pour les consommateurs qu'un manque d'informations» [41].

66. Deuxièmement, il convient de rappeler que l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2005/29 impose aux professionnels l'obligation positive de fournir aux consommateurs toute information réputée substantielle [42], dont l'omission est soumise aux sanctions conformément au droit national, pour autant que cette omission est susceptible d'amener le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement [43]. Il en va de même, en vertu du paragraphe 2 dudit article, si une telle information est dissimulée ou fournie de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps. En outre, dans le contexte d'une publicité comparative, l'omission d'une information substantielle implique que la publicité est considérée comme étant trompeuse au sens de l'article 4, sous a), de la directive 2006/114, pour autant qu'elle est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

67. En l'absence d'une définition commune au niveau du droit de l'Union des notions de « format » et de « taille », imposer à l'annonceur une obligation générale d'informer le consommateur en raison du fait que les magasins comparés sont de formats ou de tailles différents risquerait, à mon sens, de créer de la confusion plutôt que de contribuer à un niveau élevé de protection des consommateurs, ce qui constitue l'objectif visé par la directive 2005/29 [44]. Eu égard à la variété des formes de distribution existantes, une telle obligation impliquerait, me semble-t-il, que cette information doive être fournie dans presque tous les cas où l'annonceur ferait usage d'une publicité comparative, ce qui diminuerait fortement la valeur informative d'une telle indication.

68. Néanmoins, je suis d'avis que, dans certaines circonstances, le fait que les magasins dont les offres sont comparées sont de tailles et de formats différents peut constituer une information substantielle au sens de l'article 7 de la directive 2005/29.

69. Tel peut notamment être le cas lorsque, comme en l'espèce, l'annonceur procède à une comparaison des prix pratiqués dans des magasins de formats ou de tailles différents, alors que l'annonceur et le concurrent font partie d'enseignes de distribution qui disposent chacune de magasins de formats et de tailles identiques ou similaires.

70. Comme indiqué précédemment [45], je considère qu'une telle comparaison asymétrique peut avoir pour effet de créer ou d'augmenter artificiellement l'écart des prix entre l'annonceur et le concurrent, en fonction de la sélection des magasins faisant l'objet de la comparaison. Si tel devait être le cas, il paraît logique que la différence de tailles et de formats entre les magasins de l'annonceur et du concurrent pourrait constituer une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause, au sens de l'article 7 de la directive 2005/29.

40 — Voir, également, point 3.4.1 du staff working document de la Commission, du 25 mai 2016, *Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial pratiques* [SWD(2016) 163 final, p. 69].

41 — Point 65 de l'exposé des motifs de la proposition du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales), du 18 juin 2003 [COM(2003) 356 final], ayant abouti à l'adoption de la directive 2005/29. Cependant, voir article 7, paragraphe 5, de la directive 2005/29, selon lequel les informations qui sont prévues par le droit de l'Union et qui sont relatives aux communications commerciales, y compris la publicité ou le marketing, et dont une liste non exhaustive figure à l'annexe II de cette directive, sont réputées substantielles.

42 — Voir, en ce sens, point 3.4.1 du staff working document de la Commission, du 25 mai 2016 (op. cit.).

43 — Voir article 13 de la directive 2005/29.

44 — Voir article 1er et considérants 5 et 11 de la directive 2005/29. Voir, en ce qui concerne le rapport entre les intérêts économiques des consommateurs et les intérêts des concurrents, considérant 8 de cette directive.

45 — Voir points 43 et 57 des présentes conclusions.

71. En l'occurrence, il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer si la sélection des magasins faisant l'objet de la comparaison litigieuse a pour effet de créer ou d'augmenter artificiellement l'écart des prix pratiqués par l'annonceur et par le concurrent et, dans ce contexte, si la différence de tailles et de formats entre les magasins de l'annonceur et ceux du concurrent constitue une information substantielle au sens de l'article 7 de la directive 2005/29.

C – *Sur la diffusion au consommateur de l'information substantielle (troisième question)*

72. Par sa troisième question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande à la Cour, en cas de réponse affirmative à la deuxième question, quel devrait être le degré et/ou le support de diffusion auprès du consommateur de l'information substantielle que les magasins comparés sont de tailles et de formats différents.

73. À cet égard, il convient de relever, d'abord, que la directive 2005/29 ne donne aucune indication précise quant aux modalités de la diffusion d'une information substantielle au consommateur. Or, il ressort 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 ». Il en résulte, a contrario, qu'une telle information doit être diffusée au consommateur de manière claire, intelligible, sans ambiguïté et à temps.

74. Pour rappel, en l'occurrence, Carrefour a procédé à une comparaison des prix pratiqués dans des magasins étant, à partir du deuxième spot télévisé, uniquement des hypermarchés de l'enseigne Carrefour et des supermarchés de l'enseigne Intermarché, alors que les deux enseignes disposent chacune tant d'hypermarchés que de supermarchés.

75. Dans un tel cas, si la juridiction nationale devait constater que la différence de formats ou de tailles de magasins dont les offres ont été comparées constitue une information substantielle au sens de l'article 7 de la directive 2005/29[46], je considère que cette information doit être contenue dans le message publicitaire lui-même.

76. À cet égard, je m'appuie sur les considérations suivantes.

77. Premièrement, si l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2005/29 prévoit la possibilité pour l'annonceur de mettre une information substantielle à la disposition du consommateur par « d'autres moyens », notamment lorsque le moyen de communication principal utilisé impose des limites d'espace ou de temps[47], je considère que cette disposition n'est pas susceptible de s'appliquer lorsque l'obligation de fournir cette information aux consommateurs s'impose non pas en fonction du caractère intrinsèque de celle-ci, mais uniquement en conséquence du choix du professionnel de procéder à une pratique commerciale qui risquerait de méconnaître les exigences découlant de la directive 2006/114.

78. Effectivement, lorsque, comme en l'espèce, l'annonceur procède à une comparaison asymétrique des prix pratiqués dans des magasins de formats ou de tailles différents, alors que l'annonceur et le concurrent font partie d'enseignes de distribution qui disposent chacune de magasins de formats et de tailles identiques ou similaires, l'obligation éventuelle de l'annonceur de préciser auprès des consommateurs le fait que les magasins faisant l'objet de la comparaison sont de formats ou de tailles différents s'impose uniquement en fonction du choix de l'annonceur de procéder à une telle comparaison.

46 — Voir points 68 à 71 des présentes conclusions.

47 — Voir, également, article 7, paragraphe 1, ainsi que, s'agissant de l'invitation à l'achat, article 4, sous a), de la directive 2005/29 et arrêt du 12 mai 2011, Ving Sverige (C-122/10, EU:C:2011:299, points 50 à 59).

79. Deuxièmement, je considère que, dans le cas où les indications de prix, donnant lieu à des précisions quant au format ou à la taille des magasins faisant l'objet de la comparaison, seraient contenues dans le message publicitaire lui-même, il doit en aller de même pour les informations visant à donner cette précision. Une telle solution garantit, à mon sens, que le message publicitaire diffusé aux consommateurs est équilibré.

80. En conclusion, je propose à la Cour de répondre à la troisième question préjudicielle en ce sens que, lorsque l'annonceur procède à une comparaison des prix pratiqués dans des magasins de formats ou de tailles différents, alors que l'annonceur et le concurrent font partie d'enseignes de distribution qui disposent chacune de magasins de formats et de tailles identiques ou similaires, et que la juridiction nationale constate que la différence de formats et de tailles des magasins constitue une information substantielle au sens de l'article 7 de la directive 2005/29, cette information doit être contenue dans le message publicitaire lui-même.

V – Conclusion

81. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par la cour d'appel de Paris (France) de la manière suivante :

1) 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, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que l'annonceur procède à une comparaison des prix pratiqués dans des magasins de formats ou de tailles différents, alors que l'annonceur et le concurrent font partie d'enseignes de distribution qui disposent chacune de magasins de formats et de tailles identiques ou similaires,

— s'il est constaté, eu égard à toutes les circonstances pertinentes du cas d'espèce, et notamment aux indications ou aux omissions dont s'accompagne la publicité, que la décision commerciale d'un nombre significatif de consommateurs auxquels s'adresse cette publicité est susceptible d'être prise dans la croyance erronée que tous les magasins faisant partie desdites enseignes ont été pris en considération pour calculer le niveau général des prix et le montant des économies vantés par la publicité et que, dès lors, ces consommateurs réaliseront des économies de l'ordre vanté par ladite publicité en effectuant régulièrement leurs achats de biens de consommation courante auprès des magasins de l'enseigne de l'annonceur plutôt qu'auprès des magasins de l'enseigne concurrente, ou

— si la sélection des magasins faisant l'objet de la comparaison a pour effet de créer ou d'augmenter artificiellement l'écart des prix pratiqués par l'annonceur et par le concurrent.

2) Le fait que les magasins dont les offres sont comparées dans une publicité comparative soient de tailles et de formats différents peut constituer une information substantielle au sens 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 »), lorsque l'annonceur procède à une comparaison des prix pratiqués dans des magasins de formats ou de tailles différents, alors que l'annonceur et le concurrent font partie d'enseignes de distribution qui disposent chacune de magasins de formats et de tailles identiques ou similaires, et que la sélection des magasins faisant l'objet de la comparaison a pour effet de créer ou d'augmenter artificiellement l'écart des prix pratiqués par l'annonceur et par le concurrent.

3) Lorsque l'annonceur procède à une comparaison des prix pratiqués dans des magasins de formats ou de tailles différents, alors que l'annonceur et le concurrent font partie d'enseignes de distribution qui disposent chacune de magasins de formats et de tailles identiques ou similaires, et que la juridiction nationale constate que la différence de formats et de tailles des magasins constitue une information substantielle au sens de l'article 7 de la directive 2005/29, cette information doit être contenue dans le message publicitaire lui-même.