CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. PHILIPPE LÉGER

présentées le 8 février 2001 [1]

1. La publicité comparative est une notion nouvelle en droit communautaire. Longtemps sujet de méfiance de la part des États membres, le principe de son introduction dans les droits nationaux n'a été récemment admis, à la suite de l'adoption de la directive 97/55/CE [2], qu'au prix d'un encadrement très strict de ses conditions de mise en œuvre.

2. La démarche comparative qui peut être adoptée par un opérateur économique à l'égard de l'activité d'autres opérateurs, dans le domaine de la publicité, comporte une part non négligeable de risques. On peut craindre que, dès lors qu'elles sont admises à confronter les mérites et les insuffisances des biens ou des services concurrents, les entreprises ne se laissent prendre au piège du dénigrement ou du parasitisme.

3. Comme la publicité traditionnelle, la publicité comparative vise à la fois à favoriser le développement de l'activité de l'entreprise et à informer les consommateurs. Comme elle, ce type de publicité évolue dans le registre de la séduction, ce qui, dans une optique comparatiste, fait peser sur les relations commerciales la menace constante de comportements déloyaux.

4. On peut donc difficilement contester la nécessité qui existe de faire dépendre la régularité juridique de tout projet de publicité comparative du respect de conditions strictes, motivées par des considérations tirées de la loyauté des relations commerciales.

5. La présente affaire illustre bien l'ambiguïté qui caractérise la fonction remplie par la publicité, écartelée entre information objective et communication commerciale. Elle nous fournit un exemple marquant de pratiques tout à la fois susceptibles d'être justifiées par des considérations fonctionnelles et suspectes de tirer indûment parti d'une notoriété à laquelle leur auteur n'a pris aucune part.

1 — Langue originale: le français.

2 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative (JO L 290, p. 18).

I — Faits et procédure au principal

6. Toshiba Europe GmbH (ci-après «Toshiba»), demanderesse au principal, est la filiale allemande de Toshiba Corporation. Elle distribue, en Europe, des photocopieurs ainsi que des fournitures telles que les pièces de rechange et les accessoires consommables de ces appareils.

7. Katun Germany GmbH (ci-après «Katun»), défenderesse au principal, commercialise des pièces de rechange et des accessoires consommables qui peuvent être utilisés pour les photocopieurs de Toshiba.

8. Pour identifier ses photocopieurs, Toshiba utilise des désignations spécifiques, par exemple «Toshiba 5010». Pour identifier ses fournitures, elle emploie également des désignations abrégées d'articles, par exemple «T-50 P» pour le toner, ainsi que des numéros de commande.

9. Dans ses catalogues, Katun utilise les désignations des modèles et les numéros de commande des articles Toshiba. Ces numéros sont mentionnés à coté de ceux de Katun et, comme eux, sont utilisés pour identifier les articles de Katun utilisables dans les photocopieurs Toshiba. Les numéros de commande de Toshiba se trouvent dans une colonne intitulée «OEM Art.-Nr.» («Original Equipment Manufacturer») (ci-après les «numéros d'articles») et ceux de Katun dans une colonne intitulée «Katun Art.-Nr.».

Pour un produit donné, le catalogue se présente sous cette forme (extrait du catalogue):

KATUN

Katun-Produkte für Toshiba-Kopierer 2510/2550

OEM Art.-Nr.	Katun Art.-Nr.	Beschreibung	Modelle
T2510	43013746	Toner, schwarz; 450 g Kartusche(Preis pro Kartusche, Verkauf im 4er-Paket)	2510.2550

10. Toshiba qualifie le comportement de Katun d'anticoncurrentiel. Elle demande notamment qu'il lui soit interdit de publier les données litigieuses et qu'il lui soit enjoint de payer des dommages-intérêts.

11. La juridiction de renvoi a partiellement fait droit à cette demande et a condamné Katun pour violation des droits dont Toshiba est titulaire en matière de marques, en raison de l'étiquette que Katun utilise pour le toner qu'elle commercialise. Dans le même temps, elle a disjoint la présente procédure du litige au principal.

II — Cadre juridique

A — *La directive 84/450/CEE modifiée*

12. La directive 97/55 a modifié la directive 84/450/CEE [3], qui porte depuis le titre de directive «en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative».

13. Aux termes du septième considérant de la directive 97/55:

«considérant qu'il convient d'établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est considérée comme licite, pour autant que la comparaison est concernée, afin de déterminer les pratiques en matière de publicité comparative qui peuvent entraîner une distorsion de concurrence, porter préjudice aux concurrents et avoir une incidence négative sur le choix des consommateurs; que ces conditions de licéité de la publicité doivent inclure des critères de comparaison objective des caractéristiques des biens et des services».

14. Selon l'article 2, point 2 bis, de la directive, doit être considérée comme de la publicité comparative «toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent».

15. Aux termes de l'article 3 bis, paragraphe 1, de la directive, «pour autant que la comparaison est concernée, la publicité comparative est licite dès lors que les conditions suivantes sont satisfaites:

a) elle n'est pas trompeuse au sens de l'article 2 point 2, de l'article 3 et de l'article 7 paragraphe 1;

3 — 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 L 250, p. 17, ci-après la «directive»).

b) elle compare des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif;

c) elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, dont le prix peut faire partie;

d) elle n'engendre pas de confusion sur le marché entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent;

e) elle n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activités ou situation d'un concurrent;

f) pour les produits ayant une appellation d'origine, elle se rapporte dans chaque cas à des produits ayant la même appellation;

g) elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou de l'appellation d'origine de produits concurrents;

h) elle ne présente pas un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégés».

B — *La loi allemande*

16. Le Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [4] (loi allemande contre la concurrence déloyale) prévoit, en son article 1er, que «quiconque accomplit, dans le cadre de relations commerciales et dans un but de concurrence, des actes contraires aux bonnes mœurs, peut se voir opposer une action en abstention et être poursuivi en vue d'obtenir réparation».

17. Il résulte d'une jurisprudence constante du Bundesgerichtshof que la comparaison par une entreprise de ses propres biens avec ceux d'un concurrent contrevient par principe aux bonnes mœurs, au sens de l'article 1er de l'UWG [5].

4 — Ci-après l'«UWG».

5 — Page 9, dernier alinéa, de la traduction en français de l'ordonnance de renvoi.

18. À la date de l'ordonnance de renvoi, la directive 97/55 n'était pas encore transposée en droit interne.

III — Questions préjudicielles

19. Le Landgericht Düsseldorf (Allemagne) explique que, à la suite de l'entrée en vigueur de la directive 97/55, le Bundesgerichtshof a jugé que la publicité comparative devait désormais être considérée comme autorisée, dès lors que les conditions énumérées à son article 3 bis, paragraphe 1, sous a) à h), étaient satisfaites.

20. Selon le juge de renvoi, bien que la directive 97/55 n'ait pas encore été transposée par le législateur allemand [6], le Bundesgerichtshof estime que rien ne s'oppose à ce qu'il soit fait de l'article 1er de l'UWG une interprétation conforme à celle-ci.

21. Considérant que, d'une part, la conception du Bundesgerichtshof selon laquelle l'article 1er de l'UWG doit être interprété de manière conforme à la directive est justifiée, et, d'autre part, une interprétation du droit communautaire est nécessaire à la solution du litige, le Landgericht Düsseldorf vous a adressé les questions préjudicielles suivantes:

«1) La publicité faite par un fournisseur de pièces de rechange et de consommables destinés au produit d'un fabricant d'appareils doit-elle être considérée comme étant de la publicité comparative au sens de l'article 2, point 2 bis), de la directive, lorsque, dans ladite publicité, les numéros d'articles (numéros OEM) du fabricant d'appareils attribués aux pièces de rechange et aux consommables d'origine qui leur correspondent sont indiqués à titre de référence pour l'identification des biens du fournisseur?

2) S'il y a lieu de répondre par l'affirmative à la première question:

a) L'indication en parallèle des numéros d'articles (numéros OEM) du fabricant d'appareils et des numéros de commande propres au fournisseur constitue-t-elle, au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive une comparaison licite des biens, notamment une comparaison des prix?

b) Les numéros d'articles (numéros OEM) sont-il des signes distinctifs d'un concurrent au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g)?

6 — Le délai de transposition n'était pas expiré à la date du renvoi préjudiciel.

3) En cas de réponse positive à la deuxième question:

a) En vertu de quels critères doit-on apprécier si une publicité au sens de l'article 2, point 2 bis), tire indûment profit de la notoriété attachée au signe distinctif d'un concurrent au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g)?

b) Le fait qu'un fournisseur indique, à côté des numéros d'articles (numéros OEM) du fabricant d'appareils, les numéros de commande qui lui sont propres est-il suffisant pour qu'il puisse lui être reproché de tirer profit de la notoriété d'un signe distinctif d'un concurrent au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), lorsqu'un tiers concurrent a la possibilité de remplacer la mention du numéro OEM par une référence au produit concerné auquel le consommable ou la pièce de rechange sont destinés?

c) Pour déterminer si un concurrent tire indûment profit d'une notoriété dans le cadre de la publicité comparative, faut-il se demander si le fait de faire référence (seulement) au produit auquel le consommable ou la pièce de rechange sont destinés plutôt qu'au numéro d'article (numéro OEM) est susceptible de rendre plus difficile la distribution des produits du fournisseur, notamment, parce que les acheteurs ont l'habitude de se référer aux numéros d'articles (numéro OEM) du fabricant d'appareils?»

IV — Sur la qualification de publicité comparative (première question)

22. Par la première question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande s'il y a lieu de qualifier de «publicité comparative», au sens de l'article 2, point 2 bis, de la directive, la publicité faite par un opérateur économique pour promouvoir des fournitures destinées au fonctionnement d'un appareil produit par un autre opérateur économique, lorsque ladite publicité mentionne les références attribuées par cet autre opérateur à ses propres fournitures à côté des références des fournitures de l'annonceur, dans le but d'identifier ces dernières.

23. Aux termes de l'article 2, point 1, de la directive, on entend par publicité, au sens de ladite directive, «toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations».

24. Le Landgericht Düsseldorf n'éprouve pas de doutes sur le fait que la pratique en cause constitue une publicité, au sens de ce texte, puisque c'est ainsi qu'il qualifie l'usage de catalogues destinés à informer sa clientèle de l'existence et des caractéristiques de ses produits [7].

25. De fait, il est constant que les catalogues en cause ont pour but de promouvoir les biens de Katun, en vue de les vendre, en communiquant aux consommateurs [8] des éléments d'information sur les pièces de rechange et les accessoires consommables nécessaires au fonctionnement des photocopieurs Toshiba.

26. Se pose ensuite la question de la nature comparative de la publicité. À l'exception de Toshiba, aucune des parties intervenantes ne rejette formellement cette qualification. La juridiction de renvoi elle-même, bien qu'elle ait fait de ce sujet une question préjudicielle, déclare la directive 97/55 applicable au litige au principal, ce qui suppose qu'elle a préalablement qualifié de comparative la publicité litigieuse [9].

27. Pour répondre au juge national, il nous faut rappeler les éléments de la directive qui traduisent l'objectif poursuivi par le législateur communautaire et examiner le libellé des dispositions pertinentes de celle-ci.

28. Il apparaît que tant le texte de la directive que sa finalité plaident en faveur d'une interprétation large de la notion en cause.

29. Son article 2, point 2 bis, désigne toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent.

30. Cette disposition présente deux caractéristiques.

La première tient à l'absence de référence claire à une démarche comparatiste. Il n'apparaît pas, au stade de la définition de la notion litigieuse, que, pour justifier la qualification de «publicité comparative», une publicité doive contenir une description des mérites comparés des produits ou des services. Nous verrons que cette exigence est formulée plus loin dans la directive, au moment où sont posées les conditions de la licéité de la publicité examinée. Cette particularité peut être lue comme le signe de la volonté du législateur communautaire d'embrasser le plus grand nombre de pratiques de communications commerciales mettant en cause plusieurs opérateurs économiques concurrents. On peut penser que la comparaison, au sens large, commence là où deux opérateurs économiques concur-

7 — Voir le libellé de la première question préjudicielle.

8 — La notion de «consommateur» doit ici être entendue comme désignant aussi les professionnels, qui constituent manifestement l'essentiel de la clientèle intéressée par les photocopieurs et par les fournitures qui les accompagnent.

9 — Page 12 de la traduction en français de l'ordonnance de renvoi.

rents sont associés, même d'une manière non descriptive, dans une opération publicitaire. En tout état de cause, la directive s'appliquerait dès qu'une publicité réalise ce type de confrontation.

Le deuxième élément de la définition qui témoigne d'une conception extensive de la notion de publicité comparative concerne l'absence d'exigence d'une identification explicite du concurrent. Il suffit que le contenu de la publicité permette aux clients qui en sont les destinataires de savoir quel autre opérateur concurrent de l'annonceur est évoqué pour que cette publicité entre dans le champ d'application de la directive.

31. Le souci du législateur communautaire de couvrir le plus grand nombre de situations possible est confirmé par le sixième considérant, aux termes duquel «il est souhaitable de définir un concept général de publicité comparative pour couvrir toutes les formes de celle-ci».

32. En l'espèce, parmi les informations contenues dans les catalogues de Katun, on trouve la mention de la marque Toshiba pour désigner le photocopieur. Sont aussi mentionnés les numéros d'articles, dont nul ne conteste qu'ils sont propres à la demanderesse au principal puisqu'ils désignent les pièces de rechange et les accessoires consommables qu'elle produit pour alimenter ses photocopieurs.

33. Le litige au principal porte exclusivement sur l'utilisation des numéros d'articles. Toshiba ne conteste pas l'utilisation de sa marque pour désigner le photocopieur auquel les fournitures assorties des numéros d'articles sont destinées [10].

34. La question posée est donc limitée à la nature de l'information que ces numéros sont susceptibles, par leur seule présence, de délivrer à ceux qui les lisent. Il s'agit en effet de déterminer si la simple mention de ces numéros permet d'identifier les fournitures de Toshiba et donc Toshiba elle-même.

35. Il n'appartient évidemment pas à votre Cour de trancher ce débat, le juge national étant le mieux placé pour le faire en utilisant les éléments de fait dont il dispose. Tout au plus peut-on relever que celui-ci a déjà précisé que «l'indication des numéros OEM de la demanderesse dans les prospectus de la défenderesse identifie en premier lieu les produits de la demanderesse et par là même implicitement aussi la demanderesse elle-même» [11]. Il lui revient de décider si cette première approche doit être confirmée.

36. S'agissant de l'interprétation de l'article 2, point 2 bis, de la directive, nous considérons qu'une publicité doit être qua-

10 — Toshiba fait valoir, en effet, que, «pour indiquer la destination des produits, il suffit de mentionner le type de photocopieur» (titre IV de ses observations écrites).

11 — Page 12 de la traduction en français de l'ordonnance de renvoi.

lifiée de «publicité comparative», au sens de ce texte, dès lors qu'elle permet une identification, même implicite, d'un concurrent ou des biens qu'il produit.

37. Il y a identification implicite du concurrent ou de ses produits s'il est démontré que les numéros attribués par celui-ci pour désigner ses propres fournitures suffisent à une personne normalement informée pour identifier ces fournitures ou leur fabricant.

38. En conséquence, nous concluons que la publicité faite par un opérateur économique pour promouvoir des fournitures destinées au fonctionnement d'un appareil produit par un autre opérateur économique, qui mentionne les références attribuées par ce dernier à ses propres fournitures à côté des références des fournitures de l'annonceur, dans le but d'identifier ces dernières, constitue une «publicité comparative», au sens de l'article 2, point 2 bis, de la directive, dès lors que cette mention permet à une personne normalement informée d'identifier l'opérateur économique dont les références sont reprises dans la publicité.

39. Il appartient au Landgericht Düsseldorf de vérifier que la simple mention des numéros d'articles dans le catalogue de Katun suffit aux yeux d'une personne normalement informée pour identifier les fournitures de Toshiba.

V — Sur la comparaison objective des biens [deuxième question, sous a)]

40. La licéité d'une publicité comparative est subordonnée au respect des conditions énoncées à l'article 3 bis, paragraphe 1, de la directive. Selon le onzième considérant de la directive 97/55, «les conditions de la publicité comparative doivent être cumulatives et respectées dans leur intégralité».

41. Les conditions prescrites par la directive sont soit positives soit négatives, en ce sens que, pour être qualifiée de «comparative», la publicité doit présenter certains caractères, mais doit être dépourvue de certains autres.

42. On trouve, parmi les conditions positives, l'exigence d'une comparaison objective des biens, qui est inscrite à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c).

43. La particularité de la situation soumise à la juridiction de renvoi, qui rend malaisée l'approche que l'on peut en avoir, tient au fait que l'indication en parallèle des numéros d'articles ne comporte aucune description comparative des produits litigieux.

44. Katun n'a pas procédé à l'énumération des caractéristiques respectives des deux produits pour identifier ce qui les distingue ou ce qui les rapproche. De ce fait, on pourrait penser que la publicité litigieuse n'obéit, en dépit de sa qualification juridique, à aucune logique comparative.

45. Le contexte factuel du litige au principal est marqué par une ambiguïté qui peut expliquer cette hésitation. On retrouve, dans la publicité réalisée par Katun, la double justification de la publicité comparative, tout à la fois destinée à améliorer l'information des consommateurs et à aiguiser la concurrence.

46. Comme le souligne Katun, l'indication en parallèle des numéros d'articles signifie que les différents articles qu'elle fabrique sont techniquement identiques aux articles correspondants du fabricant d'appareils et que, pour cette raison, ils peuvent être, de la même manière, utilisés dans les appareils de ce dernier [12]. Ce faisant, Katun peut sembler se contenter d'informer ses clients de la destination et des fonctions de ses propres produits sans pour autant adopter une démarche active de description comparée des deux produits concurrents.

47. Cependant, la publicité en cause n'est pas dépourvue de toute logique comparative. La juxtaposition des deux références des fournitures procède d'une telle démarche, même si le caractère régulier de la méthode adoptée n'est pas pour autant assuré.

48. Si la comparaison consiste dans le fait «d'envisager ensemble (deux ou plusieurs objets de pensée) pour en chercher les ressemblances ou les différences» [13], il est possible de considérer la juxtaposition de numéros possédant en eux-mêmes un sens comme une comparaison implicite à vocation assimilatrice. En d'autres termes, lorsqu'elle n'est assortie d'aucun commentaire mettant en évidence leurs ressemblances ou leurs différences, la présentation de deux produits conduit en toute logique à la conclusion qu'ils sont interchangeables. Le caractère général et vague de la confrontation passive des deux produits incite à conclure, dans ce cas, à une volonté d'assimiler totalement un produit à l'autre.

49. Il reste à savoir si une comparaison implicite peut encore être considérée comme une comparaison objective, au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive. On peut d'ailleurs se demander s'il en est ainsi lorsque la comparaison implicite présente un caractère général, de telle manière qu'elle semble accréditer l'idée d'une stricte identité des produits.

12 — Page 7 de la traduction en français de ses observations écrites.

13 — Voir *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, Paris, Édition Dictionnaires Le Robert, 1999.

50. Il convient de rappeler que le caractère objectif de la comparaison impose que les indications portées sur les qualités ou les défauts du produit soient vérifiables [14].

51. Une comparaison implicite n'est pas nécessairement subjective si l'information qu'elle contient, pourvu qu'elle soit objective, n'est pas équivoque. Dire, par exemple, qu'un bien est plus beau ou meilleur qu'un autre produit constitue une appréciation subjective. Présenter simultanément deux produits, sans recourir à un mode descriptif, de telle manière que l'on peut en déduire qu'ils sont destinés au même usage doit être considéré, sur ce point, comme une comparaison objective, car vérifiable, malgré le caractère implicite de l'information.

52. À cet égard, l'indication en parallèle des numéros d'articles constitue une comparaison objective, s'agissant de la destination ou de l'usage des pièces de rechange et des accessoires consommables. Il est clair que l'assimilation des fournitures des deux provenances traduit d'abord une identité de fonction, le message exprimé implicitement mais sans équivoque étant que le produit Katun est, comme son équivalent Toshiba, destiné à alimenter un photocopieur Toshiba.

53. La même conclusion s'impose en ce qui concerne la comparaison qui est faite des prix. L'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive désigne le prix comme l'une des caractéristiques possibles sur laquelle peut porter la comparaison. Le prix est cité à titre d'exemple, ainsi qu'il ressort du libellé de l'article, selon lequel «le prix peut faire partie» des caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives des biens.

Katun explique que ses catalogues contiennent une comparaison des prix, au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive, dans la mesure où il y est suggéré qu'un prix plus avantageux est proposé pour des produits de même qualité [15]. Même si, d'après les éléments du dossier, aucune indication de prix ne figure dans les catalogues, une telle affirmation doit être considérée comme dépourvue de subjectivité. Un concurrent lésé peut parfaitement démontrer que les prix pratiqués démentent l'information contenue dans la publicité. Les consommateurs sont de la même manière en mesure de vérifier la véracité de cette information en recourant à d'autres sources, telles que les tarifs mis à leur disposition par les deux opérateurs concurrents.

54. Ainsi, l'assimilation suggérée par la publicité litigieuse comporte un certain

14 — Cette condition est énoncée à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive, qui impose également que les caractéristiques des biens qui font l'objet de la comparaison soient essentielles, pertinentes et représentatives de ces biens. Ces qualités ne sont pas véritablement en cause en l'espèce, dans la mesure où il n'est pas douteux que les caractéristiques que nous considérons, ainsi que nous le verrons, comme étant au cœur de la comparaison ne sont pas accessoires et constituent au contraire des éléments déterminants pour le choix des produits concernés.

15 — Selon Katun, qui n'a pas été démentie sur ce point, les catalogues comportent la mention suivante: «Avec le toner Katun pour les modèles de copieurs Toshiba 2510/2550 et 3220/4010, vous pouvez réduire vos coûts sans perte de qualité ou de performances» (p. 9 de ses observations écrites). C'est sans doute la seule nuance qu'il convient d'apporter à l'idée d'une simple juxtaposition des numéros d'articles.

nombre d'informations objectives, comme le prix et l'usage, qu'il est facile à la fois d'identifier et de vérifier. De ce point de vue, elle pourrait être considérée comme procédant à une comparaison objective de caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives des biens en cause, au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive.

55. Toutefois, le mode de comparaison qui consiste à présenter deux produits — ou deux références — en parallèle sans assortir la publicité d'un commentaire minimal sur les éléments de ressemblance ou de différence est susceptible, selon nous, en évitant de désigner précisément ces points de comparaison, d'engendrer une confusion préjudiciable à l'opérateur économique concurrent.

56. Si le caractère implicite de la comparaison n'est pas en soi de nature à rendre déloyale la publicité, il n'en va pas de même de son caractère général. Le rapprochement passif des produits invite à l'assimilation de caractéristiques qui ne sont pas toutes identifiables. Si l'on ignore le prix ou l'usage des fournitures en cause, la publicité apparaît marquée par une prétention de l'annonceur à vouloir conférer à son produit toutes les vertus du produit concurrent, y compris celles qui sont liées à la marque concurrente elle-même.

57. Rappelons, en l'espèce, que non seulement chaque numéro de commande est inscrit l'un à côté de l'autre sur la ligne de l'article correspondant, mais que Katun fait valoir que ses produits sont moins chers à égalité de qualité ou de performances [16].

58. La juxtaposition des références des fournitures sans commentaire descriptif traduit l'intention de l'annonceur de défendre l'idée d'une identité de qualité de ses produits et de ceux de son concurrent. Or, la qualité d'un produit est la résultante d'une pluralité de vertus qu'il peut être souvent difficile d'identifier avec précision et de manière complète, quand bien même le produit concerné serait rudimentaire.

59. L'objectivité de l'information est masquée par l'impossibilité d'inventorier les caractéristiques sur lesquelles porte la comparaison et, partant, de contrôler les mérites qu'on leur prête. De ce point de vue et au regard des éléments du dossier, une publicité de ce type ne nous paraît pas répondre à la condition d'une présentation objective des biens.

60. Il appartiendra à la juridiction de renvoi de s'en assurer en recherchant si cette présentation n'est pas accompagnée d'une description concrète et précise des qualités ou des défauts des fournitures présentées, tels que, notamment, leur durée de vie, leur solidité, leur maniement.

16 — Ibidem.

61. Il y a donc lieu de considérer que ne réalise pas une comparaison objective des biens, au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive, une publicité comparative qui mentionne les références attribuées par l'annonceur aux fournitures qu'il produit, à côté des références attribuées par un opérateur économique concurrent à ses propres fournitures, sans autre précision sur les caractéristiques respectives des produits présentés.

La même qualification doit être écartée, à plus forte raison, lorsque ladite publicité comparative présente les fournitures en cause comme étant de même qualité, sans décrire les caractéristiques vérifiables de ces fournitures qui justifient cette appréciation, même si ladite publicité comparative présente les fournitures de l'annonceur comme étant vendues à un prix inférieur.

62. Pour être complet, nous devons également examiner la méthode utilisée sous l'angle de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), de la directive, relatif à l'interdiction des abus de notoriété qui pourraient survenir à l'occasion des pratiques de publicité comparative, lequel fait l'objet de la deuxième question, sous b), et de la troisième question, posées par le Landgericht Düsseldorf.

VI — Sur l'abus de notoriété

63. Recourir à la publicité comparative, c'est aussi nécessairement faire usage de la marque d'un concurrent ou en tout cas des signes qui le distinguent aux yeux de la clientèle. Le risque existe donc, sous prétexte de faire jouer la concurrence et de développer l'information des consommateurs, de tirer un profit illégitime des références faites à un opérateur concurrent. Le droit ouvert par la publicité comparative à l'utilisation de la marque d'autrui doit donc être scrupuleusement délimité. Avant de tenter d'en déterminer les contours, il convient d'abord de préciser ce que l'on doit entendre par «signes distinctifs», au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), de la directive.

A — *Sur la notion de «signes distinctifs» [deuxième question, sous b)]*

64. Par le régime juridique institué, le législateur communautaire a cherché à favoriser les comparaisons objectives qui peuvent être faites des biens ou des services tout en préservant les droits conférés aux opérateurs économiques, notamment par le droit communautaire, sur leurs marques et autres moyens d'identification des opérateurs économiques [17].

17 — Douzième et treizième considérants. Selon ce dernier, «l'article 5 de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques [...] confère au titulaire d'une marque enregistrée des droits exclusifs, qui comportent, notamment, le droit d'interdire à tout tiers d'utiliser, dans la vie des affaires, un signe identique ou un signe similaire à la marque pour des produits ou des services identiques ou, le cas échéant, même pour d'autres produits».

65. Cependant, pour être effective et loyale, la publicité comparative doit permettre à ses destinataires d'identifier les produits présentés et de distinguer ceux proposés par une entreprise de ceux de son concurrent [18]. On ne saurait donc exclure toute référence par un opérateur à des signes distinctifs utilisés par ses concurrents [19].

66. La qualité principale d'un «signe distinctif» est de faciliter la reconnaissance. Ne peut donc être considéré comme un «signe distinctif», au sens de la directive, un élément qui ne permettrait pas d'identifier, d'une manière ou d'une autre, un opérateur économique.

67. Inversement, si l'on veut éviter que le développement de la publicité comparative ne donne libre cours à des pratiques de parasitisme commercial, il est indispensable que la notion de «signes distinctifs» soit entendue dans un sens très large.

68. Contrairement à l'opinion défendue par Katun, la notion de «signes distinctifs» peut difficilement être réduite à la notion de «marque» ou de «nom commercial» [20], sans risquer d'entraîner une tolérance à l'égard de comportements visant à abuser de la notoriété des concurrents d'une manière contraire à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), de la directive.

69. Dans une telle optique, un opérateur économique serait en droit d'utiliser n'importe quel élément d'identification d'un concurrent, dès lors que cet élément serait dépourvu de protection juridique, et de s'en servir pour tirer un profit illicite de la notoriété de ce dernier.

70. Il est aisé d'imaginer une publicité qui ne fasse pas directement référence à une marque mais, par exemple, à la forme ou à la couleur d'un produit et que cette forme ou cette couleur évoquent instantanément un produit concurrent dans l'esprit de la plupart des consommateurs. Une interprétation restrictive de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), de la directive réduirait la protection dont sont en droit de bénéficier les opérateurs économiques concurrents. Elle rendrait licites les publicités comparatives par lesquelles un opérateur économique tente d'utiliser de manière abusive, à son profit, la notoriété d'une marque par le biais de cet élément d'identification non protégé que constitue, dans cette hypothèse, la forme ou la couleur.

71. Cette interprétation est confirmée par la lettre de l'article en cause. Celui-ci vise la notoriété attachée à une marque, à un nom

18 — Selon le quatorzième considérant, «il peut être indispensable, afin de rendre la publicité comparative effective, d'identifier les produits ou services d'un concurrent en faisant référence à une marque dont ce dernier est titulaire ou à son nom commercial».

19 — Quinzième considérant.

20 — Pages 11 et 12 de ses observations écrites.

commercial *ou* à d'autres signes distinctifs [21], ce qui tend à démontrer que la notion de «signes distinctifs» comprend la marque et le nom commercial, mais que ces termes n'épuisent pas le contenu de l'expression.

72. À la suite de la première question préjudicielle, le juge de renvoi doit déterminer si les numéros d'articles permettent d'identifier les fournitures de Toshiba, afin de qualifier la publicité litigieuse au regard de l'article 2, point 2 bis, de la directive [22]. Les constatations auxquelles il parviendra lui seront utiles pour qualifier ces mêmes numéros, s'il y a lieu, de «signes distinctifs», au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), de la directive.

73. En conséquence, il y a lieu de considérer que constituent des «signes distinctifs», au sens de cette disposition, les références attribuées par un opérateur économique aux fournitures qu'il produit, afin d'en faciliter l'identification, dès lors que ces références permettent à une personne normalement informée d'identifier l'opérateur économique en cause.

B — *Sur l'existence d'un profit indûment tiré de la notoriété du concurrent (troisième question)*

74. Par la troisième question, le Landgericht Düsseldorf demande, en substance, si peut être considéré comme tirant indûment profit de la notoriété attachée aux signes distinctifs d'un concurrent, au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), de la directive, un fabricant de fournitures destinées au fonctionnement d'un appareil produit par un autre opérateur économique, qui mentionne dans une publicité les références attribuées par ce dernier à ses propres fournitures, à côté des références des fournitures mises en vente, dans le but d'identifier ces dernières.

75. Cette question vise à déterminer les critères que doit appliquer le juge de renvoi pour apprécier si l'annonceur tire indûment profit de la notoriété de son concurrent [troisième question, sous a) et b)]. Le juge de renvoi cherche aussi à savoir si, pour arrêter ces critères, on doit tenir compte du fait que l'interdiction de recourir à l'indication en parallèle des numéros d'articles, au profit de la seule référence à l'appareil auquel les fournitures sont destinées constitue, le cas échéant, un obstacle à la distribution des fournitures de l'annonceur [troisième question, sous c)].

76. Ainsi que cela ressort du libellé de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), de la directive, il est difficile d'autoriser le recours à la publicité comparative sans admettre qu'il existe un risque de voir l'annonceur s'approprier une part de la notoriété de son concurrent. C'est pourquoi la disposition en cause se borne à interdire la publicité qui tire *indûment* profit de la notoriété du concurrent. On ne saurait mieux exprimer l'idée qu'une part du

21 — La même énumération figure au quinzième considérant.
22 — Voir points 34, 35 et 39 des présentes conclusions.

bénéfice de cette notoriété est inévitablement détournée en faveur de l'annonceur concurrent.

77. De fait, la démarche par laquelle un opérateur économique peut contester la suprématie ou tout simplement la place occupée par un concurrent sur un même marché en se contentant de le désigner peut l'inciter, lorsque ce dernier bénéficie d'une certaine réputation, à se placer dans son sillage pour partager les fruits de sa notoriété. Dans cette hypothèse, le seul rapprochement du nom de l'annonceur et de celui de son concurrent, que ce soit pour défendre l'idée d'une équivalence des produits ou pour affirmer l'idée d'une supériorité de l'un sur l'autre, conduit l'annonceur à tirer profit de la notoriété de celui-ci.

78. Ce point se vérifie en particulier dans un cas tel que celui de l'affaire au principal, où l'objet de la publicité est un accessoire nécessaire au fonctionnement d'un appareil portant la marque du concurrent. Le fabricant de fournitures destinées à un appareil portant une marque familière aux consommateurs tire un certain profit de la notoriété de cette marque. En autorisant la publicité comparative, on admet qu'elle ait, dans une certaine mesure, des effets amplificateurs sur ce phénomène.

79. Dès lors, il importe de connaître la limite au-delà de laquelle un annonceur doit être considéré comme agissant de manière déloyale.

80. Tel est le cas d'une démarche qui serait inspirée par le seul souci de l'annonceur de tirer profit de la notoriété de son concurrent pour favoriser sa propre activité. En revanche, on ne peut pas vraiment considérer qu'il existe un abus de notoriété lorsque le contenu de la publicité comparative peut être justifié par certaines exigences.

81. Selon son quatorzième considérant, l'effectivité de la publicité comparative peut dépendre de l'identification des produits d'un concurrent par une référence à sa marque ou à son nom commercial. En vertu du quinzième considérant, le but visé par la faculté accordée à un annonceur d'utiliser les signes distinctifs d'un concurrent est «uniquement de les distinguer et, donc, de mettre les différences objectivement en relief».

82. Il découle de ces éléments qu'il peut être fait usage, par un concurrent, du droit exclusif d'un opérateur économique sur sa marque ou sur d'autres signes distinctifs si la référence ainsi faite est justifiée par les exigences de la publicité comparative. L'annonceur est en droit d'utiliser ces références si la comparaison des qualités et des défauts respectifs des produits en concurrence est rendue impossible ou, plus simplement, doit souffrir de l'absence d'identification du concurrent.

83. Le droit de se référer au concurrent n'est pas en cause dans son principe. Il est

douteux qu'une publicité comparative puisse être réalisée sans qu'à un certain stade l'annonceur se réfère à l'opérateur économique concurrent. Ce point constitue d'ailleurs l'un des éléments de la définition donnée par l'article 2, point 2 bis), de la directive de la publicité comparative, qui impose l'identification du concurrent ou des biens offerts [23].

84. Ce sont plutôt les modalités selon lesquelles il est possible de faire usage des signes distinctifs du concurrent qu'il convient de préciser. Les exceptions étant d'interprétation stricte [24], les dérogations aux droits protégés des titulaires ne doivent être admises que dans les limites strictement nécessaires à la poursuite de l'objectif de la directive, qui est de rendre possible la comparaison des caractéristiques objectives des produits.

85. En conséquence, il est indûment tiré profit de la notoriété attachée à un concurrent lorsque la référence faite à ce dernier ou la manière de s'y référer n'est pas nécessaire à l'information de la clientèle sur les qualités respectives des biens comparés. Inversement, ce grief ne peut être retenu lorsque les éléments sur lesquels porte la comparaison ne peuvent être décrits sans que l'annonceur recoure à des références à son concurrent, quand bien même il pourrait en tirer un certain parti.

86. La même philosophie inspire, dans le domaine des marques, la directive 89/104/CEE [25], dont l'article 6, paragraphe 1, sous c), prévoit que «le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire à un tiers l'usage, dans la vie des affaires, de la marque lorsqu'elle est nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service, notamment en tant qu'accessoires ou pièces détachées».

87. C'est donc sur le critère de la nécessité que nous pensons devoir fonder une appréciation de la régularité d'une publicité comparative, au regard de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), de la directive.

88. À cet égard, nous l'avons vu, l'indication en parallèle des numéros d'articles est un mode de publicité ambigu.

89. Le contenu de la publicité litigieuse présente un double aspect.

Katun prétend que l'indication en parallèle des numéros vise seulement à informer les consommateurs de l'usage de ses produits, lequel est identique à celui des produits de Toshiba, puisqu'ils servent à alimenter les photocopieurs de Toshiba. Même si, au bout du compte, l'objectif que l'on peut

23 — Points 22 et suiv. des présentes conclusions.

24 — Voir, par exemple, arrêt du 6 juillet 2000, Dietrich (C-11/99, Rec. p. I-5589, point 50).

25 — Première directive du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO L 40, p. 1).

prêter à Katun est de concurrencer Toshiba sur le marché des fournitures de photocopieur de Toshiba, il apparaît que, dans cette hypothèse, la juxtaposition des références serait d'abord destinée à informer les destinataires de la publicité de la destination des produits en cause.

D'un autre côté, par son caractère vague et général, la publicité semble plutôt indiquer que les produits sont interchangeables sans préciser sur quels points se manifeste cette identité. Elle est ici plus clairement concurrentielle, en particulier lorsqu'elle ajoute aux références présentées en parallèle une mention sur l'existence d'un prix de vente plus favorable des produits Katun à qualité égale. Il existe, sur ce dernier point, un risque d'assimilation qui ne peut être admis si celle-ci n'est pas justifiée par la finalité informative de la publicité.

90. Une explication technique portant sur la destination de biens ou de services ne prend pas nécessairement la forme d'une publicité comparative. La simple information visant à décrire aux consommateurs l'usage du produit proposé pourrait être en principe réalisée par des moyens descriptifs autres qu'une comparaison.

91. Si ce n'est que, en l'espèce, les fournitures vendues par Katun sont destinées à des appareils d'une autre marque, ce qui peut légitimer l'évocation de celle-ci. L'article 6, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/104 autorise d'ailleurs les tiers à faire usage d'une marque lorsqu'elle est nécessaire pour indiquer la destination d'un produit en tant qu'accessoire ou pièce détachée, pourvu que cet usage soit fait conformément aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

92. Toutefois, l'intention de Katun ne se limite pas à procurer une information fonctionnelle aux consommateurs. Katun fait aussi valoir, ainsi que cela ressort de l'ordonnance de renvoi, que l'indication en parallèle des numéros d'articles permet au client de comparer les prix [26]. En effectuant une indication en parallèle, c'est-à-dire non descriptive, de ces numéros, elle opère, enfin, une assimilation des produits portant sur des caractéristiques qui vont au-delà de leur seule destination. En particulier, une identité de qualité est suggérée.

93. Nous n'aborderons pas ce dernier point, puisque, comme nous l'avons vu, ce type de comparaison semble contraire dans son principe à l'exigence d'une comparaison objective des caractéristiques des produits. Elle ne saurait, dès lors, être justifiée d'une quelconque manière.

94. Il apparaît utile, en revanche, de rechercher quelles sont les conditions qui permettent d'apprécier la nécessité pour l'annonceur de mentionner ces numéros lorsqu'il entend, d'une part, informer les consommateurs sur la destination des produits et,

26 — Page 8 de la traduction en français de l'ordonnance de renvoi.

d'autre part, procéder à une comparaison du niveau des prix.

La destination des produits

95. Il y a lieu de vérifier dans quelle mesure le recours aux numéros d'articles et à leur indication en parallèle, sans commentaire sur les caractéristiques des produits, peut être jugé nécessaire à l'information des consommateurs sur la destination des fournitures.

96. Le fait que l'annonceur a recours à des numéros d'articles ne nous semble pas poser en soi de problèmes spécifiques distincts d'une référence pure et simple à la marque en tant que fournisseur de pièces détachées et d'accessoires consommables. Comme le juge de renvoi devra s'en assurer, il n'est pas exclu que ces numéros soient perçus par les utilisateurs de photocopieurs Toshiba comme des signes distinctifs de cette marque. Dans cette hypothèse, l'indication des numéros d'articles revient à mentionner la marque elle-même.

97. Il résulte d'ailleurs des propos tenus par Toshiba à l'audience que sa contestation porte avant tout sur l'absence de comparaison et qu'elle conteste aussi bien la mention de ses numéros d'articles que de sa marque pour identifier les fournitures de Katun. L'idée défendue par Toshiba est, en définitive, que l'identification des fournitures de Katun et de leur destination n'exige pas une référence à ses propres fournitures.

98. C'est au fait que les références de l'entreprise concurrente sont indiquées en parallèle, invitant à une assimilation des deux fournitures, que l'on doit prêter attention pour constater l'existence d'un comportement tirant abusivement profit de la notoriété du concurrent.

99. Il n'appartient pas à votre Cour de se prononcer, en l'espèce, sur la nécessité pour l'annonceur de mentionner à côté des références de ses propres fournitures les références de son concurrent. En revanche, il lui revient de fournir au juge de renvoi les indications lui permettant de procéder à cette analyse.

100. Ce qui importe, selon nous, pour que les objectifs poursuivis par la directive soient atteints, c'est que l'information sur la destination des fournitures, que l'annonceur cherche à communiquer aux consommateurs, puisse être effectivement transmise.

101. Les moyens à privilégier, pour ce faire, doivent être économes de la notoriété du concurrent. Le recours à un signe distinctif de cet opérateur ne doit être admis que dans la mesure où il n'existe pas d'autres voies permettant de procéder à la comparaison.

102. En l'espèce, le juge de renvoi devra vérifier s'il n'existe pas d'autres moyens de révéler la destination des fournitures de Katun que de se référer aux numéros d'articles de Toshiba. Il tiendra compte du fait que la marque de l'appareil auquel sont destinées les fournitures peut en toute légalité être mentionnée. Il lui revient d'examiner s'il n'est pas possible de procéder par une description graphique de l'appareil, sur lequel seraient localisés les emplacements des différents accessoires. Le juge allemand pourra envisager toute autre alternative qui dispenserait Katun de recourir au système de numérotation de Toshiba, comme la description littérale des fournitures sous l'angle de leur destination.

103. Nous ne pensons pas que le fait qu'un autre système de comparaison rend plus difficile la distribution du fournisseur doive entrer en ligne de compte pour apprécier le niveau des difficultés générées, le cas échéant, par l'impossibilité de recourir aux numéros d'articles.

104. Dire que l'utilisation des numéros d'articles d'un concurrent facilite la distribution de ses propres produits revient à admettre que l'on tire profit de la notoriété de cet opérateur. Le système de numérotation constitue en effet l'un des moyens d'action de ce dernier, par lequel il perpétue cette notoriété en facilitant sa propre identification auprès des consommateurs.

105. Dès lors, on ne saurait tolérer son utilisation de la part d'un opérateur concurrent sans s'assurer au préalable qu'aucune autre solution praticable, susceptible de permettre à ce dernier de concurrencer les produits ainsi identifiés, n'est envisageable. Les facilités apportées à la vente des produits par les numéros d'articles ne sont en conséquence pas nécessairement légitimes puisqu'elles tirent leur origine du concurrent lui-même [27].

106. Il en résulte qu'il ne peut être tenu compte des conséquences de l'impossibilité de faire référence au numéro d'article du produit concurrent que si aucune autre solution ne permet à l'annonceur de réaliser la publicité comparative.

La comparaison des prix

107. La même question que celle posée au sujet de la destination des produits doit être résolue en ce qui concerne leurs prix.

27 — L'argument selon lequel le recours à une description détaillée des fournitures constitue pour l'annonceur une difficulté particulièrement ardue appelle au demeurant deux observations. D'une part, le fabricant des fournitures dont les références sont indiquées en parallèle a lui-même été confronté, en son temps, à cet obstacle, avant que son système de numérotation ne soit connu des consommateurs. D'autre part, il n'est pas certain que le nombre total de fournitures en vente pour un même appareil soit indifférent pour apprécier le niveau de la difficulté en cause, à supposer que celle-ci doive être prise en compte. La description graphique ou littérale des produits n'est pas aussi malaisée à réaliser lorsque les pièces mises en vente sont en nombre limité que lorsqu'elles se comptent par dizaine.

108. Rappelons que la publicité litigieuse ne contient pas de comparaison directe des prix, mais qu'elle comporte une formule laissant clairement entendre que les prix des fournitures produites par Katun sont moins élevés que ceux de Toshiba.

109. Nous avons admis que, même sous cette forme implicite et dès lors qu'elle est limitée à ce point, une publicité comparative n'est pas jugée contraire à l'exigence d'une comparaison objective des prix, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous c), de la directive. Dire, sans donner d'indication chiffrée, qu'un bien x est moins cher qu'un bien Y ne constitue pas en tant que tel une appréciation comportant des éléments à caractère subjectif.

110. Il faut pourtant se demander si l'indication des numéros en parallèle est nécessaire à la comparaison des prix telle qu'elle est réalisée sous cette forme, au regard des exigences de protection de la notoriété attachée à un signe distinctif.

111. Il peut être admis que le recours aux numéros d'articles d'un concurrent ne tire pas indûment profit de la notoriété de ce dernier, dans le cas où les numéros constituent des «signes distinctifs», au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), de la directive, si les prix sont explicitement mentionnés.

112. En effet, il n'apparaît pas envisageable de comparer les prix sans identifier l'opérateur concurrent dont les biens sont utilisés comme point de comparaison. L'exigence d'une identification précise des produits concurrents impose de procéder à la désignation non équivoque de cet opérateur, bien que, sous cette condition, elle puisse être implicite.

113. Il est cependant tout aussi nécessaire de faire figurer les prix correspondants de manière explicite. L'indication d'un numéro d'articles propres à Toshiba, ou de tout signe distinctif équivalent, ne peut être admise sans mention du prix, si l'intention de l'annonceur est de procéder à une publicité comparative sur les prix.

114. Car l'indication en parallèle d'un signe distinctif, tel que le numéro d'article, sans mention du prix, ne remplirait plus seulement le rôle d'identification du concurrent assuré dans l'hypothèse d'une comparaison explicite de prix. Comme nous l'avons déjà souligné à propos de la condition de comparaison objective, elle ferait aussi porter l'attention du consommateur sur l'équivalence qualitative des produits.

C'est alors que l'on pourrait craindre que l'annonceur ne tire indûment profit de la notoriété de son concurrent. La référence

faite à ce dernier ne servirait plus exclusivement à identifier le produit concurrent pour comparer un élément objectif qui pourrait être son prix. Elle serait utilisée à seule fin de suggérer l'existence d'une même qualité, fondement sur lequel l'annonceur tenterait, le cas échéant, de se distinguer en indiquant que ses prix sont plus intéressants, sans pour autant les mentionner.

115. C'est pourquoi nous pensons que l'annonceur qui utilise le signe distinctif d'un concurrent à côté de ses propres références mais qui procède à une comparaison implicite des prix est plus susceptible de tirer indûment profit de la notoriété de ce concurrent que celui qui effectue cette même indication en parallèle tout en précisant le montant des prix des produits présentés.

116. En conséquence, une publicité comparative ayant pour objet la comparaison des prix ne peut utiliser le signe distinctif d'un concurrent sans mentionner de manière explicite les prix de chacun des produits comparés.

Conclusion

117. Au regard de ces considérations, nous vous proposons de répondre de la façon suivante aux questions préjudicielles posées par le Landgericht Düsseldorf:

« 1) Constitue une 'publicité comparative', au sens de l'article 2, point 2 bis, de la directive 84/450/CEE du Conseil, du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, modifiée par la

directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997, sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, la publicité faite par un opérateur économique pour promouvoir des fournitures destinées au fonctionnement d'un appareil produit par un autre opérateur économique, qui mentionne les références attribuées par ce dernier à ses propres fournitures à côté des références des fournitures de l'annonceur, dans le but d'identifier ces dernières, dès lors que cette mention permet à une personne normalement informée d'identifier l'opérateur économique dont les références sont reprises dans la publicité.

2) N'effectue pas une 'comparaison objective' de biens, au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive 84/450, une publicité comparative qui mentionne les références attribuées par un autre opérateur économique à ses propres fournitures, à côté des références des fournitures de l'annonceur, dans le but d'identifier ces dernières, sans autre précision sur les caractéristiques respectives des produits présentés.

La même qualification doit aussi être écartée lorsque ladite publicité comparative présente les fournitures en cause comme étant de même qualité, sans décrire les caractéristiques vérifiables de ces fournitures qui justifient cette appréciation, même si ladite publicité comparative présente les fournitures de l'annonceur comme étant vendues à un prix inférieur.

3) Constituent des 'signes distinctifs', au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), de la directive 84/450, les références attribuées par un opérateur économique aux fournitures qu'il produit, afin d'en faciliter l'identification, dès lors que ces références permettent à une personne normalement informée d'identifier l'opérateur économique en cause.

4) Doit être considéré comme tirant indûment profit de la notoriété d'un concurrent, au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), de la directive 84/450, un fabricant de fournitures destinées au fonctionnement d'un appareil produit par un autre opérateur économique, qui mentionne dans une publicité les références attribuées par ce dernier à ses propres fournitures à côté des références des fournitures mises en vente, dans le but d'identifier ces dernières, lorsque, d'une part, les références propres à l'opérateur économique concurrent constituent des 'signes distinctifs' au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), de la directive 84/450, et, d'autre part, l'utilisation de ces références n'est pas nécessaire à l'information des consommateurs sur les caractéristiques des fournitures comparées.

Pour déterminer si un annonceur tire indûment profit de la notoriété d'un concurrent, au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), de la directive 84/450, il n'est pas nécessaire de tenir compte du fait qu'un autre système de comparaison que celui consistant à faire mention des références attribuées par le concurrent à ses propres fournitures rendrait plus difficile la distribution des fournitures de l'annonceur.»