CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. ANTONIO TIZZANO
présentées le 29 mars 2006 [1]

I — Introduction

1. Par une ordonnance du 29 juillet 2004, le rechtbank van koophandel te Brussel (Belgique) a déféré à la Cour, au titre de l'article 234 CE, cinq questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous a), b) et c), 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 [2] (ci-après la «directive 84/450» ou plus simplement la «directive»), telle que modifiée par la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997 [3], afin d'y inclure la publicité comparative.

1 — Langue originale: l'italien.
2 — JO L 250, p. 17.
3 — JO L 290, p. 18.

II — Cadre juridique

Réglementation communautaire

2. La directive 84/450 a pour objet de «protéger les consommateurs, les personnes qui exercent une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ainsi que les intérêts du public en général contre la publicité trompeuse et ses conséquences déloyales et d'établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est considérée comme licite» (article 1er).

3. Conformément à l'article 2, point 2, de la directive, il y a lieu de considérer comme 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».

4. L'article 3 de la directive dispose que:

«Pour déterminer si une publicité est trompeuse, il est tenu compte de tous ses éléments et notamment de ses indications concernant:

a) les caractéristiques des biens ou services [...];

b) le prix ou son mode d'établissement et les conditions de fourniture des biens ou de prestation des services;

c) la nature, les qualités et les droits de l'annonceur [...]»

5. À son tour, l'article 3 bis, paragraphe 1, de la directive prévoit ce qui suit:

«1. 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;

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 [...]»

6. Enfin, le 11 mai 2005, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la directive 2005/29/CE, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450 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 [4], qui apporte certaines modifications à la directive 84/450 en matière de publicité trompeuse, sans toucher, toutefois, aux dispositions de cette dernière relatives à la publicité comparative. Cette directive devra être transposée par les États membres pour le 12 juin 2007 au plus tard.

4 — JO L 149, p. 22.

Législation nationale

7. La directive 84/450 a été transposée dans l'ordre juridique belge par la loi du 14 juillet 1991 [5], sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, qui, dans sa version consolidée du 8 avril 2003 [6], inclut toutes les modifications apportées aussi par la directive 97/55 sur la publicité comparative.

8. L'article 23 bis, paragraphe 1, de ladite loi énonce les critères à appliquer pour apprécier la licéité de la publicité comparative. Cet article reprend intégralement le texte de l'article 3 bis, paragraphe 1, de la directive.

III — Faits et procédure

9. Lidl Belgium GmbH & Co. KG (ci-après «Lidl») est une société de droit allemand exploitant une chaîne de grands magasins, qui est active surtout dans le commerce de détail des produits alimentaires et possède de nombreuses filiales en Belgique. Les Etablissementen Franz Colruyt NV (ci-après «Colruyt») sont une autre société active dans le même secteur économique, qui exploite plus de 170 supermarchés en Belgique sous l'enseigne «Colruyt».

10. Le 19 janvier 2004, Colruyt a envoyé à ses clients un prospectus dont le contenu était le suivant:

«Cher client,

Au cours de l'année 2003 écoulée vous avez à nouveau pu faire de substantielles économies auprès de Colruyt. Sur la base de notre indice des prix moyens de l'année écoulée, nous avons calculé qu'une famille qui dépense par semaine 100 euros chez Colruyt: a économisé entre 366 et 1 129 euros en ayant fait ses achats chez Colruyt et non auprès d'un autre supermarché (tel que Carrefour, Cora, Delhaize, etc.); a économisé entre 155 et 293 euros en ayant fait ses achats chez Colruyt et non auprès d'un 'hard discounter' ou d'un grossiste (Aldi, Lidl, Makro). Au verso vous lirez l'évolution de la différence de prix avec les autres magasins au cours de l'année 2003. [...] Pour pouvoir garantir les prix les plus bas de manière permanente, nous comparons chaque jour dix-huit mille prix dans les autres magasins. [...] Sur cette base, nous calculons chaque mois la différence de prix existant entre Colruyt et les autres magasins. C'est ce que nous appelons notre indice de prix qui est certifié par Quality Control, l'institut indépendant de contrôle qualité. Conclusion: vous bénéficiez chaque jour chez Colruyt et à tout moment de l'année des prix les plus bas. En 2004 nous restons également fidèles à cette garantie.»

5 — *Moniteur belge* du 29 août 1991.
6 — *Moniteur belge* du 8 avril 2003.

11. De plus, Colruyt utilisait également le texte suivant sur ses tickets de caisse, en renvoyant à son site Internet pour des explications supplémentaires sur le système utilisé pour la comparaison des prix:

«Combien avez-vous économisé en 2003? À supposer que vous ayez dépensé chaque semaine 100 euros chez Colruyt, alors, suivant notre indice des prix vous avez économisé: de 366 à 1 129 euros par rapport aux autres supermarchés (tels que Carrefour, Cora, Delhaize, etc.); de 155 à 293 euros par rapport à un hard discounter ou à un grossiste (Aldi, Lidl, Makro).»

12. En outre, en 2003, Colruyt a lancé l'assortiment de produits de base portant le nom «Basic». Certains passages de ses prospectus publicitaires contenaient les expressions suivantes: «Basic: le prix absolument le plus bas en Belgique. Encore moins cher que l'assortiment comparable des hard discounters (Aldi, Lidl) [...]»; «Basic = prix planchers absolus et nous offrons en outre une forte réduction générale des prix et dorénavant également toute une série de produits que vous pouvez comparer avec ceux des hard discounters habituels (tels qu'Aldi et Lidl) et des produits 'eerste prijs/1er prix' des autres supermarchés. Ce sont nos produits Basic: produits de base pour chaque jour à un prix plancher absolu». En outre, sur ses tickets de caisse, Colruyt mentionnait des slogans publicitaires de même teneur.

13. Considérant que de telles pratiques constituaient une publicité comparative déloyale et, donc, illicite au regard de la loi belge du 14 juillet 1991, Lidl a engagé une action devant le rechtbank van koophandel te Brussel.

14. Cette juridiction, ayant des doutes quant à l'interprétation de la directive, a estimé nécessaire de déférer les questions préjudicielles suivantes à la Cour de justice:

«1) L'article 3 bis, paragraphe 1, sous a), de la directive 84/450/CEE (tel qu'ajouté par la directive 97/55/CE 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) doit-il être interprété en ce sens que la comparaison du niveau général des prix des annonceurs avec ceux de leurs concurrents, dans laquelle une extrapolation est effectuée sur la base de la comparaison des prix d'un échantillon de produits, est illicite au motif qu'elle donne de toute manière l'impression que l'annonceur est moins cher pour l'ensemble de son assortiment de produits, alors que la comparaison choisie concerne uniquement un échantillon limité de produits, à moins que la publicité ne permette de voir quels produits et en quelle quantité sont comparés entre l'annonceur et les concurrents mentionnés dans la comparaison et qu'elle ne permette de savoir

où les concurrents mentionnés dans la publicité se situent dans la comparaison et quels seraient alors leurs prix par rapport à ceux de l'annonceur et des autres concurrents mentionnés dans la comparaison?

2) L'article 3 bis, paragraphe 1, sous b), de la directive 84/450/CEE (tel qu'ajouté par la directive 97/55/CE 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) doit-il être interprété en ce sens que la publicité comparative est uniquement licite si la comparaison a trait à des produits ou services pris individuellement destinés à satisfaire les mêmes besoins ou les mêmes objectifs, à l'exclusion des assortiments de produits, même si ces assortiments, dans leur ensemble, et non pas nécessairement chaque élément de ceux-ci sont destinés à satisfaire les mêmes besoins ou les mêmes objectifs?

3) L'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive 84/450/CEE (tel qu'ajouté par la directive 97/55/CE 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) doit-il être interprété en ce sens qu'une publicité comparative contenant une comparaison du prix des produits ou reprenant le niveau général de prix des concurrents, est uniquement objective si elle contient une énumération des produits et des prix comparés des annonceurs et de l'ensemble des concurrents repris dans la comparaison et qu'elle permette de connaître les prix pratiqués par l'annonceur et ses concurrents, auquel cas l'ensemble des produits contenus dans la comparaison devraient être explicitement mentionnés pour chaque fournisseur pris séparément?

4) L'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive 84/450/CEE (tel qu'ajouté par la directive 97/55/CE 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) doit-il être interprété en ce sens qu'une caractéristique mentionnée dans une publicité comparative ne satisfait à l'exigence de vérifiabilité prévue dans cet article que si elle peut être vérifiée quant à sa justesse par les destinataires visés par la publicité ou suffit-il que cette caractéristique puisse être vérifiée par les tiers auxquels la publicité ne s'adresse pas?

5) L'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive 84/450/CEE (tel qu'ajouté par la directive 97/55/CE 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) doit-il être interprété en ce sens que le prix des produits et le niveau général des prix des concurrents constituent en soi une caractéristique vérifiable?»

15. Dans le cadre de la procédure qui s'est ainsi ouverte devant la Cour, Colruyt, Lidl, les gouvernements français et polonais et la Commission des Communautés européennes ont présenté des observations écrites.

16. En outre, Colruyt, le gouvernement belge et la Commission ont été entendus au cours de l'audience qui s'est tenue le 7 décembre 2005.

IV — Analyse juridique

Introduction

17. Par ses questions nombreuses et circonstanciées, le juge de renvoi s'interroge sur la légitimité de deux formes spécifiques de publicité comparative qui se fondent toutes deux sur une comparaison des prix, sans toutefois que le message publicitaire précise quels sont les biens comparés et les prix correspondants.

18. En particulier, il s'agit d'une publicité qui, d'une part, compare les niveaux généraux des prix pratiqués par différents supermarchés, en les calculant sur la base d'un échantillon de produits choisis parmi tous ceux vendus par les diverses entreprises concurrentes (ci-après la «publicité concernant le niveau des prix») et, d'autre part, affirme de manière catégorique qu'un assortiment de produits déterminé est, dans l'absolu, le moins cher du marché (ci-après la «publicité concernant les produits Basic»).

19. À titre préliminaire, toutefois, nous devons faire observer que certaines des questions déférées par le rechtbank van koophandel au sujet de la publicité décrite ne nous paraissent pas du tout claires et semblent, de plus, soulever plusieurs fois les mêmes problèmes (par exemple, le fait que les messages publicitaires contestés n'indiquent pas explicitement les biens et les prix comparés par l'annonceur).

20. Il nous paraît donc opportun, abstraction faite des problèmes de formulation ou de reformulation de ces questions, de nous concentrer sur la substance de celles-ci. À cette fin, à la lumière du contexte et de l'ensemble des éléments soumis à la Cour, il nous semble que les questions que le juge de renvoi nous pose sont, en dernière analyse, au nombre de trois et c'est à celles-ci que nous nous proposons de répondre en l'espèce.

21. Nous devons en effet nous demander:

i) si une publicité comparative peut, à la lumière de l'exigence d'«homogénéité» [7], prévue à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous b), de la directive, comparer non seulement des produits pris individuellement, mais aussi des assortiments de produits (deuxième question);

ii) en cas de réponse affirmative à la question précédente, si les conditions d'«objectivité» et de «vérifiabilité» de la comparaison, énoncées à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive, requièrent que le message publicitaire mentionne explicitement l'identité et le prix des produits inclus dans les assortiments comparés (troisième, quatrième et cinquième questions);

iii) si une publicité qui compare le niveau général des prix, basée sur un panier de produits parmi ceux vendus par diverses entreprises, doit être considérée comme «trompeuse» au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous a), de la directive, parce qu'elle pourrait inciter le consommateur à croire qu'une entreprise déterminée est moins chère sur la totalité de ses produits (première question).

22. Comme on le voit, il s'agit, en définitive, d'apprécier si le type de message publicitaire en cause est conforme aux conditions de licéité imposées à cet égard par la directive en matière de publicité comparative, et particulièrement aux conditions exigeant que cette publicité soit «homogène», «objective», «vérifiable» et «non trompeuse», cela en ayant présent à l'esprit le fait que, comme le précise le onzième considérant de la directive 97/55, ces conditions sont cumulatives, en ce sens qu'une publicité comparative devra satisfaire à l'ensemble de celles-ci et complètement pour être compatible avec le droit communautaire.

23. Cela précisé, nous passons donc à l'examen des diverses questions telles que nous les avons formulées ci-dessus et dans l'ordre où nous les avons présentées.

Sur la licéité de la comparaison entre assortiments de produits

24. Par la deuxième question, le juge de renvoi demande essentiellement à la Cour si la condition d'«homogénéité», énoncée à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous b), de la directive, fait obstacle à des publicités qui ne comparent pas des biens ou des services pris individuellement, mais qui opèrent une comparaison entre des assortiments de produits ou de services.

7 — L'exigence d'«homogénéité» s'entend en ce sens que la publicité comparative doit comparer «des biens [...] répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif».

25. Sur ce point, les parties ont avancé des arguments divergents. Lidl ainsi que les gouvernements polonais et français penchent pour une réponse affirmative à cette question, cela parce qu'une telle publicité serait contraire à la lettre même de la disposition en cause (autorités françaises et polonaises) et serait de toute façon de nature à induire les consommateurs en erreur à cause de l'hétérogénéité des produits faisant partie de l'assortiment (Lidl).

26. De son côté, la Commission n'estime pas qu'une comparaison entre groupes de produits soit illégitime en soi. Ce qui, par contre, serait décisif à cet égard, ce seraient les caractéristiques concrètes du message publicitaire diffusé et sa conformité aux conditions de licéité énoncées par la directive.

27. Colruyt — soutenu en cela par le gouvernement belge — affirme, au contraire, qu'une publicité basée sur des assortiments de produits est parfaitement légitime, pourvu que les biens qui en font partie soient choisis de manière telle que la comparaison ait toujours lieu entre des produits «ayant les mêmes caractéristiques et répondant aux mêmes besoins».

28. Pour notre part, nous disons tout de suite que nous ne partageons pas la thèse selon laquelle l'article 3 bis, paragraphe 1, sous b), de la directive ne permettrait pas, en principe, les messages publicitaires basés sur une comparaison entre assortiments de produits différents.

29. Avant tout, il ne nous semble pas que la lettre de la disposition en cause exclue une telle comparaison. Elle se limite, en effet, à prévoir que la publicité doit «compare[r] des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif». Or, à notre avis, cette condition a une portée bien différente de celle suggérée par Lidl et par les gouvernements polonais et français, en ce sens qu'elle ne concerne pas la quantité ou la diversité du produit faisant l'objet de la publicité, mais la nature de celui-ci, et cela à un double point de vue.

30. D'une part, la condition énoncée sous b) exige que la comparaison publicitaire porte toujours sur des «biens ou services» et fait donc obstacle à des comparaisons entre différents concurrents qui ne se réfèrent pas aux biens ou aux services offerts par eux au consommateur. Par exemple, ne serait pas acceptable, à notre avis, une publicité du type «l'entreprise X est plus fiable que l'entreprise Y», parce que cette comparaison ne porterait sur aucun produit ou service, mais sur une qualité ou caractéristique des entreprises mentionnées dans la publicité.

31. D'autre part, cette condition a pour objectif de limiter la comparaison publicitaire à des biens substituables entre eux et homogènes. À titre d'exemple, à nouveau, nous estimons que ne pourrait être considérée comme licite une publicité comparant une automobile avec une bicyclette, parce qu'il est évident que ces biens répondent à des besoins différents.

32. En somme, l'exigence en cause vise à interdire des formes de publicité «artificielle», construites sur des comparaisons inadéquates ou à la limite du paradoxe, du fait qu'elles ne sont pas basées du tout sur des biens ou des services ou qu'elles sont basées sur des biens ou des services non comparables.

33. Nous ajoutons qu'il nous semblerait aussi contraire aux finalités de la directive de considérer comme interdits en soi les messages publicitaires basés sur des assortiments de produits. La directive considère, en fait, la publicité comparative comme un instrument très important pour «stimuler la concurrence entre les fournisseurs de biens et de services dans l'intérêt des consommateurs», puisqu'elle «contribu[e] à mettre en évidence de manière objective les avantages des différents produits comparables» (deuxième considérant), en renforçant ainsi le «droit à l'information» des consommateurs (cinquième considérant) [8].

34. En d'autres termes, le législateur communautaire estime que la publicité comparative est susceptible d'accroître la transparence du marché et constitue un moyen efficace pour informer et orienter le consommateur. En fait, la Cour, précisément dans cette optique, a précisé que «les conditions exigées de la publicité comparative doivent être interprétées dans le sens le plus favorable à celle-ci» [9].

35. Or, une solution qui interdirait, toujours et dans tous les cas, de recourir à des comparaisons entre assortiments de biens serait difficilement conciliable avec cette finalité, puisqu'elle limiterait clairement la publicité comparative. Une information publicitaire de ce type, contenant des données globales et synthétiques, peut, en effet, être utile au consommateur.

36. C'est, en particulier, le cas dans le secteur de la grande distribution, où opèrent les parties au principal. Il nous semble, en effet, évident que, comme le soutient Colruyt, le consommateur moyen choisit le supermarché où il effectue ses achats non seulement sur la base du prix de produits pris individuellement, mais aussi sur la base de la politique générale des prix pratiquée par les divers supermarchés. Par conséquent, si elle est présentée correctement, une publicité qui compare des données plus générales et plus complètes que celles relatives à des biens pris individuellement peut aider le consommateur, étant donné qu'elle lui indique les supermarchés qui sont susceptibles de pratiquer, d'une manière générale, les prix les moins élevés.

8 — Sur le lien étroit entre protection et information des consommateurs qui caractérise toute la politique communautaire en matière de protection des consommateurs, voir arrêts du 7 mars 1990, GB-Inno-BM (C-362/88, Rec. p. I-667, point 14), et du 18 mai 1993, Yves Rocher (C-126/91, Rec. p. I-2361, point 17).

9 — Voir arrêts du 25 octobre 2001, Toshiba Europe (C-112/99, Rec. p. I-7945, point 37), et du 8 avril 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Rec. p. I-3095, point 2).

37. D'autre part, si nous ne nous trompons pas, les publicités relatives non à des biens ou à des services pris individuellement, mais à des paniers ou à des assortiments de produits ne sont pas rares dans les États membres. Nous rappelons, par exemple, que, dans une affaire antérieure, le tribunal de commerce de Bruxelles, lui-même, n'a pas jugé cette forme de publicité illicite en soi, mais qu'il en a apprécié concrètement le contenu et les modalités à la lumière des critères prévus par la directive [10].

38. Nous estimons, par conséquent, qu'il ne résulte pas de la condition d'«homogénéité» énoncée par la disposition en cause qu'il faille considérer comme illégitimes en soi les messages publicitaires basés sur une comparaison entre assortiments de produits. Évidemment, pour être parfaitement licite, une semblable publicité devra satisfaire à toutes les exigences prescrites par l'article 3 bis, paragraphe 1, de la directive (voir point 22 ci-dessus). Nous verrons plus loin si tel est le cas des messages publicitaires qui font l'objet de la procédure au principal.

39. À la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons donc de répondre au juge national que la condition énoncée à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous b), de la directive ne fait pas obstacle à une comparaison publicitaire entre assortiments de biens ou de services.

10 — Jugement du 30 juin 2004, Cora/Colruyt, p. 6. Une copie de ce jugement est jointe aux mémoires déposés par Colruyt au cours de la procédure.

Sur la condition de vérifiabilité de la comparaison

40. Par ses troisième, quatrième et cinquième questions, le rechtbank van koophandel demande si les exigences d'«objectivité» et de «vérifiabilité» énoncées à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive requièrent que le message publicitaire indique explicitement l'identité et le prix des produits inclus dans les assortiments comparés.

41. Sur ce point aussi, les parties avancent des arguments divergents. Lidl, le gouvernement polonais et les autorités françaises proposent de donner une réponse affirmative à la question. À leur avis, en effet, une publicité qui ne mentionne pas les éléments essentiels de la comparaison ne serait ni objective ni vérifiable, puisqu'elle ne permettrait pas à ses destinataires de contrôler l'exactitude et le sérieux des affirmations de l'annonceur. C'est précisément ce qui se passe en l'espèce, puisque les messages publicitaires faisant l'objet de la procédure au principal ne mettraient pas les consommateurs en mesure de comprendre immédiatement à quels biens et prix ils se réfèrent et donc de vérifier l'exactitude de la comparaison effectuée.

42. La Commission également estime que l'article 3 bis, paragraphe 1, sous b), de la

directive, et en particulier la condition de vérifiabilité imposée par cette disposition, exigerait que la publicité permette, avant tout, d'identifier les produits faisant l'objet de la comparaison. Toutefois, elle estime que l'identité des produits ne doit pas nécessairement figurer dans le message publicitaire et qu'il est suffisant que ce dernier rende l'identification implicitement possible. Même dans cette optique, cependant, en l'espèce, la publicité concernant le niveau des prix diffusée par Colruyt ne pourrait être considérée comme licite, parce que le consommateur ne peut savoir quels biens l'annonceur a comparés pour déterminer les niveaux de prix indiqués. La publicité concernant les produits Basic serait, par contre, licite, parce que, dans celle-ci, la comparaison concerne tous les produits étiquetés par Colruyt avec sa marque et leurs homologues dans les supermarchés concurrents, ce qui permettrait donc indirectement aux consommateurs de savoir quels produits ont été comparés.

43. À leur tour, Colruyt et le gouvernement belge estiment qu'il n'est pas nécessaire que les produits faisant l'objet de la publicité soient identifiables, parce que cette exigence n'est pas prévue expressément par l'article 3 bis, paragraphe 1, de la directive. Ils soutiennent que le critère de la «vérifiabilité» n'exigerait pas que toutes les affirmations figurant dans la publicité puissent être vérifiées par le consommateur, mais simplement que la véracité de celles-ci puisse être objectivement prouvée par l'annonceur, si nécessaire même au cours d'une procédure judiciaire. En outre, le critère de l'«objectivité», prévu par la même disposition, n'ajouterait rien à celui de la «vérifiabilité». En effet, s'il est satisfait à cette dernière condition, cela suffirait à permettre de qualifier une publicité comparative d'«objective».

44. En ce qui nous concerne, nous disons tout de suite que la condition d'«objectivité» énoncée à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive ne nous paraît pas réellement pertinente pour résoudre la question posée par le juge de renvoi. À notre avis, en effet, cette exigence requiert simplement que les qualités des produits faisant l'objet de la publicité soient d'une nature telle qu'elles puissent être comparées de manière équitable et impartiale; cela signifie qu'il faut que la comparaison effectuée dans le message publicitaire concerne des caractéristiques observables objectivement et non des qualités qui pourraient relever des goûts ou des préférences subjectives.

45. Pour simplifier et à titre d'exemple, une entreprise peut comparer le prix de deux produits analogues en affirmant que l'un est moins cher que l'autre, puisque le prix est une caractéristique objective et non discutable. Elle ne pourrait, en revanche, pas faire la publicité de ses produits en affirmant qu'ils sont esthétiquement plus beaux ou plus élégants que ceux de ses concurrents, puisqu'il est évident que ces caractéristiques

relèvent d'une appréciation subjective qui peut varier d'une personne à l'autre [11].

46. Par conséquent, la question soulevée par le rechtbank van koophandel doit être examinée à la lumière surtout de l'exigence de «vérifiabilité» de la publicité, prévue à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c).

47. De ce point de vue, l'argument avancé par Lidl et par les gouvernements polonais et français, ainsi que par la Commission, me paraît convaincant, argument selon lequel un message publicitaire peut être considéré comme «vérifiable» seulement s'il met ses destinataires en mesure d'identifier les biens ou services comparés.

48. Tout bien considéré, en effet, la condition en cause serait privée de tout effet utile si les personnes (en premier lieu, les consommateurs ou les concurrents de l'annonceur) potentiellement intéressées à contrôler la véracité et l'exactitude des affirmations de l'annonceur n'étaient pas mises en mesure d'effectuer ce contrôle, étant donné qu'il est évidemment impossible de procéder à une comparaison si les termes de celle-ci ne sont pas connus ni ne peuvent l'être.

49. D'autre part, une publicité comparative qui ne permettrait pas l'identification des biens ou des caractéristiques comparés ne serait pas conforme à la finalité, déjà mentionnée, de la directive consistant à assurer l'information des intéressés (voir points 33 et 34 ci-dessus). En raison de son caractère indéterminé et vague, une telle publicité ne serait pas en mesure d'orienter correctement le consommateur dans ses choix d'achat.

50. Nous dirions, en conclusion, que cette publicité présenterait tous les risques traditionnellement associés à certaines formes de publicité comparative (dénigrement des concurrents, tromperie des consommateurs, confusion entre produits, etc.), sans cependant offrir les avantages que cette publicité devrait apporter au consommateur (transparence plus grande du marché, stimulation de la concurrence entre les diverses entreprises, etc.).

51. Cela dit, nous devons, par contre, prendre nos distances par rapport aux positions de Lidl et des gouvernements polonais et français, lorsqu'ils affirment que les messages publicitaires doivent identifier séparément tous les produits comparés, avec les prix correspondants.

11 — Voir aussi conclusions presentees le 8 fevrier 2001 par l'avocat général Leger dans l'affaire Toshiba Europe, precitee, points 50 et 51.

52. En premier lieu, en effet, il ne nous semble pas que la directive autorise une semblable interprétation. Car son article 2 indique que, par publicité comparative, on doit entendre «toute publicité qui, explicitement ou *implicitement*, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent» [12]. La directive n'impose pas non plus des conditions différentes selon que les messages publicitaires contiennent des références explicites ou implicites; elle se limite, en fait, à dégager une série d'exigences qui doivent être respectées par toute forme de message (explicite ou implicite) correspondant à la définition de la «publicité comparative» au sens de l'article 2 précité.

53. En second lieu, l'interprétation critiquée ferait de la publicité comparative un instrument difficilement ou pas du tout utilisable chaque fois que les données traitées sont complexes et multiples. Précisément, en l'espèce, par exemple, Colruyt affirme que la comparaison a porté sur des milliers de produits et de prix différents; il est alors évident qu'il serait, pour le moins, peu commode d'insérer dans le message publicitaire lui-même une très longue liste de produits comparés, accompagnés de leurs prix. Mais des exigences analogues, voulant qu'une annonce publicitaire soit synthétique et simple, pourraient exister dans divers autres cas, par exemple lorsque sont comparés les composants chimiques de différents produits de nettoyage ou les valeurs nutritives de certains produits alimentaires.

54. En réalité, il nous semble que l'on devrait toujours exiger qu'un message publicitaire soit exact et précis, mais non également qu'il soit toujours détaillé et complet, comme s'il s'agissait d'une publication scientifique ou statistique. Que l'on pense, par exemple, au cas où le message omet des aspects non essentiels ou déterminants de la publicité ou, d'autre part, à l'hypothèse où le consommateur peut aussi obtenir par une autre voie (par exemple, sur le site Internet de l'annonceur, mentionné éventuellement dans la publicité) les éléments nécessaires à l'identification des termes essentiels de la comparaison faisant l'objet de la publicité.

55. Il nous semble, donc, pouvoir dire, en conclusion, que la condition de la vérifiabilité des affirmations de l'annonceur peut être considérée comme respectée non seulement, bien sûr, lorsque tous les éléments de la comparaison sont directement inclus dans le message publicitaire, mais aussi lorsque le message indique où et comment un consommateur moyen peut trouver aisément ces éléments ou, en tout cas, permet clairement à celui-ci, en considération du contexte et des circonstances de l'espèce, de prendre connaissance de ces éléments.

56. Cela dit, il ne vaut guère la peine de préciser que nous ne nous trouvons pas dans

12 — Italiques ajoutées par nous. Sur l'étendue de la notion de publicité comparative, voir aussi arrêts précités Toshiba Europe, point 31, et Pippig Augenoptik, point 35.

une des hypothèses envisagées lorsqu'une semblable connaissance ne peut être acquise que grâce à l'engagement d'une procédure devant les autorités judiciaires ou administratives de contrôle. Tel serait, par contre, le résultat auquel on aboutirait si l'on acceptait la thèse de Colruyt, selon laquelle l'exigence de vérifiabilité en cause devrait être considérée comme satisfaite, même si un consommateur ou un concurrent n'a pas d'autre moyen pour identifier les données qui sont à la base de la comparaison faisant l'objet de la publicité que de saisir une de ces autorités.

57. En effet, une semblable thèse, outre qu'elle compromettrait l'efficacité de la garantie de vérifiabilité à l'égard des consommateurs, en les obligeant à recourir à des procédures complexes et coûteuses, aurait aussi pour conséquence une véritable dénaturation de la logique du système instauré par la directive. La voie judiciaire doit, en effet, être réservée à la vérification de l'éventuel caractère trompeur ou, en tout cas, illégitime de la publicité et à l'application des sanctions qui en résultent, et certainement pas à la simple acquisition de données.

58. On ne pourrait pas non plus objecter, d'une part, que les données qui sont à la base des comparaisons pourraient être considérées comme couvertes par le secret commercial et, d'autre part, qu'il pourrait être difficile de les fournir de manière complète et détaillée, en raison de leur nombre et/ou de leur volume. Il nous semble, en effet, que l'argument du secret commercial, auquel la défenderesse a fait allusion lors de l'audience, est, en l'espèce, peu convaincant, vu que les données en question ne consistent que dans la liste des produits offerts au public et de leurs prix. D'un autre côté, nous avons déjà souligné que cet ensemble d'informations — même s'il est volumineux — pourrait être obtenu par une autre voie, et en particulier rendu accessible au consommateur à travers les moyens de communication d'utilisation courante (points 54 et suivants ci-dessus).

59. Nous confirmons donc que, à notre avis, l'exigence d'une parfaite transparence et de vérifiabilité des affirmations figurant dans une publicité ne peut être considérée comme une charge, en droit ou en fait, insurmontable pour l'annonceur.

60. Nous ajoutons que cette solution nous paraît aussi conforme à l'esprit de la directive 2005/29, qui modifie la directive 84/450. Il est vrai que la directive 2005/29 ne concerne pas la publicité comparative, mais les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs; il nous semble, cependant, qu'elle peut fournir des indications utiles pour reconstruire les orientations générales suivies par le législateur communautaire. Or, à l'article 7, paragraphes 1 et 3, cette directive prévoit précisément qu'«une pratique commerciale est réputée trompeuse si [...] elle omet une information substantielle [...]. Lorsque le moyen de

communication utilisé aux fins de la pratique commerciale impose des limites d'espace ou de temps, il convient, en vue de déterminer si des informations ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour *mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens*» [13].

61. Si nous examinons maintenant les campagnes publicitaires organisées par Colruyt au regard des considérations qui précèdent, nous ne sommes pas certain que, à la lumière du test décrit plus haut (point 55 ci-dessus), une publicité telle que celle concernant les produits Basic puisse permettre une identification des biens comparés et, par conséquent, une vérification des prix correspondants. Même si l'on admet, en effet, que, sur la base des informations contenues dans le message publicitaire, le consommateur parvienne à identifier les produits de l'annonceur auxquels cette publicité fait référence, il resterait, en tout cas, à vérifier si ces informations permettent d'identifier aussi les produits des concurrents de Colruyt faisant l'objet de la comparaison (concrètement: le consommateur devrait être en mesure non seulement de comprendre quel est le fromage «Basic» de Colruyt, mais aussi de reconnaître le prétendu «homologue» de Lidl).

62. Ensuite, nous avons de sérieux doutes en ce qui concerne la publicité concernant le niveau des prix. Il ne nous semble, en effet, pas que, en l'espèce, elle permette l'identification des biens faisant l'objet de la comparaison, ni, a fortiori, la vérification des affirmations figurant dans les publicités litigieuses. En effet, ces biens et les prix correspondants ne sont pas mentionnés dans le message publicitaire et ne peuvent pas être obtenus par une autre voie. D'autre part, Colruyt elle-même a précisé lors de l'audience que «[la possibilité pour les concurrents ou les consommateurs d'accéder aux données sur lesquelles se fonde la comparaison des prix] n'est pas actuellement prévue».

63. Cela dit, nous devons, en tout cas, rappeler que le dernier mot sur ce point revient au juge de renvoi, qui est certainement dans une position plus appropriée pour apprécier si les formes de publicité comparative diffusées par Colruyt satisfont effectivement ou non à l'exigence de «vérifiabilité», dans les termes que nous avons tenté de préciser ci-dessus.

64. Sur la base des considérations qui précèdent, nous proposons donc à la Cour de répondre que les exigences d'«objectivité» et de «vérifiabilité» imposées, en matière de publicité comparative, par l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive ne font pas obstacle à des messages publicitaires qui ne mentionnent pas expressément les biens et les prix comparés, si ces messages indiquent où et comment ces éléments peuvent être facilement identifiés par un consommateur moyen ou, en tout cas,

13 — Italiques ajoutées par nous.

permettent clairement à celui-ci, en considération du contexte et des circonstances de l'espèce, d'avoir connaissance de ces éléments.

67. Le gouvernement français et la Commission estiment, en revanche, que la possibilité que cette comparaison induise les consommateurs en erreur dépendrait des circonstances de l'espèce, et en premier lieu de la méthodologie utilisée pour calculer les niveaux de prix. C'est donc au juge national qu'il devrait appartenir de vérifier le caractère trompeur du message publicitaire diffusé par Colruyt.

Sur le caractère trompeur de la publicité concernant le niveau des prix

68. Selon Colruyt et les autorités belges, enfin, un type de publicité comparative portant sur le niveau des prix ne serait pas trompeur au sens de la directive, à moins que la gamme de produits se trouvant à la base de la comparaison ne soit pas suffisamment représentative.

65. Enfin, le juge de renvoi demande, en substance, si une publicité qui compare les niveaux des prix pratiqués par certains supermarchés, en les calculant sur la base d'un échantillon de produits, doit être considérée comme «trompeuse», parce qu'elle pourrait faire croire au consommateur que l'offre est plus avantageuse sur la totalité de sa gamme de produits.

69. Pour notre part, nous rappelons, avant tout, que, en vertu de l'article 2, point 2, de la directive, est 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».

66. Les parties avancent sur ce point des arguments opposés. Lidl et les autorités polonaises considèrent qu'une telle publicité devrait être considérée comme trompeuse. En effet, en affirmant que Colruyt pratique des prix généralement inférieurs à ceux de ses concurrents sans cependant indiquer de manière précise ni les prix ni les produits auxquels il est fait référence, on donnerait l'impression que cette chaîne de supermarchés est toujours et de toute façon moins coûteuse.

70. Pour vérifier si ces conditions sont remplies, il convient, selon la jurisprudence

communautaire, de prendre «en considération l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé» [14]. L'appréciation doit être effectuée au cas par cas, en tenant compte de «tous les éléments pertinents, y compris les circonstances dans lesquelles les produits sont vendus [...], la présentation et le contenu de la publicité ainsi que le risque d'erreur en fonction du groupe de consommateurs concerné» [15].

71. À la lumière de ces critères, il nous semble qu'une publicité comparative concernant le niveau des prix qui est basée sur une extrapolation de données portant sur un échantillon et qui fait croire au consommateur que les différences de prix constatées valent pour la totalité des produits vendus par l'annonceur peut être considérée comme trompeuse au sens de la directive. Elle paraît, en effet, susceptible, à notre avis, de susciter une fausse attente chez le consommateur moyen, qui pourrait escompter un certain niveau d'économie indépendamment du type et de la quantité de biens achetés.

72. Cela dit, nous devons, cependant, rappeler qu'il n'appartient pas à la Cour de décider si, en l'espèce, les messages diffusés par Colruyt sont effectivement de nature à inciter un nombre suffisamment significatif de consommateurs [16] à croire que cet annonceur est moins cher sur l'ensemble des produits commercialisés par lui. Il s'agit, en réalité, d'une appréciation de fait, qui est, comme on le sait, de la compétence du juge de renvoi [17]. Nous nous accordons donc avec le gouvernement français et avec la Commission pour dire que c'est ce juge qui devra examiner, à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, si les publicités contestées par Lidl ont effectivement un caractère trompeur.

73. Nous proposons, par conséquent, à la Cour de répondre qu'une publicité comparative qui compare les niveaux de prix pratiqués par divers supermarchés, qui est basée sur une extrapolation de données portant sur un échantillon et qui fait croire que les différences de prix relevées valent pour la totalité des produits vendus par ces supermarchés est trompeuse, au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous a), de la directive.

14 — Arrêt du 13 janvier 2000, Estée Lauder (C-220/98, Rec. p. I-117, point 27). Voir aussi arrêt du 16 juillet 1998, Gut Springenheide et Tusky (C-210/96, Rec. p. I-4657, point 37).

15 — Arrêt du 26 novembre 1996, Graffione (C-313/94, Rec. p. I-6039, point 26); voir aussi arrêt du 16 janvier 1992, X (C-373/90, Rec. p. I-131, points 15 et 16).

16 — Sur cette condition, voir arrêts précités Estée Lauder, point 31, et Gut Springenheide et Tusky, point 34.

17 — Voir, en ce sens, arrêts du 17 mars 1983, De Kikvorsch (94/82, Rec. p. 947); du 25 février 1992, Gutshof-Ei (C-203/90, Rec. p. I-1003); Graffione (précité) et Gut Springenheide et Tusky (précité).

V — Conclusions

74. À la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre dans les termes suivants aux questions préjudicielles que le rechtbank van koophandel Brussel lui a déférées:

«1) La condition de licéité énoncée à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous b), 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, telle que modifiée par la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil, ne fait pas obstacle à une publicité comparative portant sur des assortiments de biens ou de services.

2) Les exigences d''objectivité' et de 'vérifiabilité' de la publicité comparative, imposées par l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de ladite directive ne font pas obstacle à des messages publicitaires qui ne mentionnent pas expressément les biens et les prix comparés, si ces messages indiquent où et comment ces éléments peuvent être aisément identifiés par un consommateur moyen ou, en tout cas, permettent à celui-ci, en considération du contexte et des circonstances de l'espèce, d'avoir connaissance de ces éléments.

3) Une publicité comparative qui compare les niveaux des prix pratiqués par divers supermarchés, qui est basée sur une extrapolation de données portant sur un échantillon et qui fait croire que les différences de prix relevées valent pour la totalité des produits vendus par ces supermarchés est trompeuse, au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous a), de la directive 84/450 telle que modifiée.»