



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. MACIEJ SZPUNAR

présentées le 24 juin 2021¹

Affaire C-371/20

**Peek & Cloppenburg KG, légalement représentée par Peek & Cloppenburg Düsseldorf
Komplementär BV**

contre

Peek & Cloppenburg KG, légalement représentée par Van Graaf Management GmbH

[demande de décision préjudicielle formée par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice,
Allemagne)]

« Renvoi préjudiciel – Protection des consommateurs – Pratiques commerciales déloyales –
Action publicitaire – Promotion de la vente des produits de l'entreprise de médias et
du commerçant »

I. Introduction

1. Selon une citation attribuée à H. G. Wells, « la publicité, c'est le mensonge légalisé ». Sans entrer dans le débat du bien-fondé de cette affirmation, il est certain qu'en droit de l'Union une publicité se présentant sous la forme d'un contenu rédactionnel, sans dévoiler clairement sa nature promotionnelle, n'a pas été « légalisée ».
2. En effet, selon l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29/CE², un publireportage constitue une pratique commerciale réputée déloyale en toutes circonstances, sans qu'il soit nécessaire de faire une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de cette directive. Par ailleurs, la Cour a jugé que ladite directive impose aux entreprises annonceuses une obligation d'indiquer clairement qu'elles ont financé un contenu rédactionnel dans les médias lorsque ce contenu a vocation à faire la promotion d'un produit ou d'un service de ces professionnels³.
3. Le présent renvoi préjudiciel donne à la Cour l'occasion de préciser la portée de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29. La Cour est appelée, plus spécifiquement, à interpréter le terme « financé », employé dans cette disposition pour décrire l'avantage qu'une entreprise annonceuse fournit à la société de médias.

¹ Langue originale : le français.

² Directive du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales ») (JO 2005, L 149, p. 22).

³ Arrêt du 17 octobre 2013, RLVS (C-391/12, EU:C:2013:669, point 48).

II. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

4. L'article 5, paragraphe 5, de la directive 2005/29 dispose :

« L'annexe I contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive. »

5. L'annexe I, point 11, de cette directive est libellée comme suit :

« Utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit, alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur (publi-reportage). [...] »

B. Le droit allemand

6. Le Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (loi interdisant la concurrence déloyale), dans sa version applicable au litige au principal (ci-après l'« UWG »)⁴ a transposé la directive 2005/29. L'article 3 de l'UWG, intitulé « Interdiction de pratiques commerciales déloyales », prévoit, à ses paragraphes 1 et 3 :

« 1. Les pratiques commerciales déloyales sont illicites.

[...]

3. Les actions commerciales s'adressant aux consommateurs qui sont citées dans l'annexe jointe à la présente loi sont toujours illicites. [...] »

7. Le point 11 de l'annexe de ladite loi, relative à l'article 3, paragraphe 3, est libellé comme suit :

« [L]'utilisation, financée par un entrepreneur, d'un contenu rédactionnel pour faire la promotion d'un produit, sans que ce lien ressorte clairement du contenu ou de la présentation visuelle ou sonore (publireportage). »

III. Les faits de l'affaire au principal

8. Peek & Cloppenburg KG, représentée par Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV (ci-après la « P&C Düsseldorf ») et Peek & Cloppenburg, représentée par Van Graaf Management GmbH (ci-après la « P&C Hambourg ») sont deux sociétés juridiquement et économiquement indépendantes l'une de l'autre qui exercent toutes les deux l'activité de vente au détail de vêtements sous la dénomination sociale « Peek & Cloppenburg », à travers différentes filiales. Elles opèrent dans différentes régions du territoire de l'Allemagne et, dans chacune de ces régions, seule l'une des deux parties exploite des magasins de vêtements. Les parties font de la publicité pour leur commerce d'habillement de façon séparée et indépendante.

⁴ BGBl. 2010 I, p. 254.

9. Au mois de mars 2011, un article en double page publié dans le magazine de mode *GRAZIA* invitait les lectrices, sous le titre « Opération lecteurs », à une « soirée shopping exclusive », dénommée « *GRAZIA StyleNight by Peek&Cloppenburg* ».

10. Sur le fond des images de magasins, où la mention « Peek & Cloppenburg » pouvait être lue en lettres lumineuses au-dessus des entrées, le texte précisait : « Soirée pour toutes les *GRAZIA-Girls* : Naviguez avec nous dans le temple de la mode après le travail ! Avec crémant et un styliste personnel. Comment devenir un V.I.S. (Very important Shopper) ? En vous inscrivant très rapidement ! ». Dans l'article, il était indiqué qu'il existe deux entreprises indépendantes dénommées Peek & Cloppenburg et qu'il s'agissait, en l'occurrence, d'une information de la société « Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf ».

11. Par une action en justice introduite devant le Landgericht Hamburg (tribunal régional de Hambourg, Allemagne), P&C Hamburg a soutenu qu'une telle pratique commerciale était contraire à l'interdiction de publicités rédactionnelles figurant à l'article 3, paragraphe 3, de l'UWG, lu conjointement avec le point 11 de l'annexe de cette loi. P&C Hamburg a demandé à ce qu'il soit interdit à P&C Düsseldorf de faire paraître, en tant que concurrent, des annonces publicitaires qui ne sont pas clairement identifiables comme telles, à la condamner à ce qu'elle communique certaines informations et à ce que soit constatée à la charge de cette dernière l'obligation de réparer le préjudice causé.

12. La juridiction de première instance a fait droit aux demandes de P&C Hamburg. L'appel de P&C Düsseldorf introduit devant la juridiction d'appel, l'Oberlandesgericht Hamburg (tribunal régional supérieur de Hambourg, Allemagne), a été rejeté. Par son pourvoi en *Revision*, P&C Düsseldorf demande à la juridiction de renvoi de rejeter l'action en justice de P&C Hamburg.

IV. Les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

13. Saisi d'un pourvoi en révision de P&C Düsseldorf, le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne), par décision du 25 juin 2020, parvenue à la Cour le 7 août 2020, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions suivantes :

- « 1) Une action de promotion des ventes est-elle “financée” au sens du point 11, première phrase, de l'annexe I de la directive 2005/29 seulement dans le cas où, pour l'utilisation de contenus rédactionnels dans des médias aux fins de promotion des ventes, une contrepartie en argent est fournie, ou bien la notion de “financement” recouvre-t-elle tout type de contrepartie, peu importe qu'elle consiste en argent, en biens ou en services ou autres éléments à valeur patrimoniale ?
- 2) Le point 11, première phrase, de l'annexe I de la directive 2005/29 suppose-t-il que le professionnel fournisse à la société de médias l'avantage à valeur monétaire en contrepartie de l'utilisation de contenus rédactionnels et, si oui, est-on en présence d'une telle contrepartie également dans le cas où la société de médias informe au sujet d'une opération promotionnelle organisée en commun avec le professionnel, dans le cadre de laquelle ce dernier a mis des droits à l'image à la disposition de la société de médias pour cette information, les deux entreprises ont pris part aux coûts et charges de l'opération promotionnelle, et celle-ci sert à promouvoir la vente des produits des deux entreprises ? »

14. Des observations écrites ont été présentées par P&C Düsseldorf, P&C Hambourg, le gouvernement hongrois ainsi que la Commission européenne. En l'occurrence, il n'y a pas eu d'audience.

V. Analyse

15. La juridiction de renvoi explique, dans l'exposé des motifs l'ayant conduite à formuler ses deux questions préjudicielles, que le succès du pourvoi dont elle est saisie dépend de l'interprétation à donner à l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29. Elle indique que l'article 5, paragraphe 5, et l'annexe I, point 11, de cette directive ont été transposés en droit allemand, respectivement, à l'article 3, paragraphe 3, et au point 11 de l'annexe de l'UWG, relative à l'article 3, paragraphe 3, et que, par conséquent, ces dispositions du droit allemand doivent être interprétées conformément à ladite directive.

16. Compte tenu des spécificités des cadres juridique et factuel du présent renvoi préjudiciel, il me paraît opportun de formuler, à titre liminaire, quelques observations relatives au champ d'application de la directive 2005/29 avant de procéder à l'examen des questions préjudicielles.

17. Plus précisément, j'examinerai, en premier lieu, si la pratique en cause dans le litige au principal constitue une pratique commerciale au sens de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29 et est, dès lors, soumise aux prescriptions édictées par cette directive et, en second lieu, si le fait que les questions préjudicielles ont été posées dans le contexte d'un litige opposant deux concurrents est susceptible d'écarter l'applicabilité de ladite directive.

A. *La pratique contestée dans le litige au principal en tant que pratique commerciale*

18. En faisant référence aux explications données par la juridiction d'appel, la juridiction de renvoi indique que la pratique contestée dans le cadre du litige au principal vise non pas la réalisation des événements annoncés et décrits dans l'article en cause, mais la publication de cet article⁵.

19. La juridiction de renvoi indique également que ne semble pas être entachée d'une erreur de droit l'appréciation de la juridiction d'appel selon laquelle la publication en cause constitue une pratique commerciale conjointe de P&C Düsseldorf et du magazine *GRAZIA*, destinée à promouvoir les ventes de ces deux entreprises. L'action en justice de P&C Hambourg est cependant dirigée uniquement contre P&C Düsseldorf.

20. Pour relever du champ d'application de la directive 2005/29, la pratique contestée dans le litige au principal doit constituer une pratique commerciale au sens de l'article 2, sous d), de cette directive.

⁵ Dans l'exposé des motifs du renvoi préjudiciel, la juridiction de renvoi indique que « l'opération promotionnelle contestée réside en l'espèce uniquement dans la publication de l'article, et non dans la réalisation des événements annoncés et décrits dans celui-ci » et que « l'objet du litige est une opération promotionnelle de portée nationale lancée [par P&C Düsseldorf] dans le magazine de mode ». Toutefois, dans la formulation de la seconde question préjudicielle ainsi que dans d'autres passages de l'exposé des motifs du renvoi préjudiciel, le terme « opération promotionnelle » est utilisé pour décrire des événements organisés dans les magasins de P&C Düsseldorf, qui ont fait l'objet de l'article publié dans le magazine *GRAZIA*. Pour éviter toute confusion, je considère que la pratique contestée dans le cadre du litige au principal vise la publication de cet article, et le terme « opération promotionnelle » sera utilisé, dans les présentes conclusions, pour décrire des événements qui y sont annoncés et décrits.

21. Cette pratique doit donc, d'une part, émaner d'un « professionnel » au sens de l'article 2, sous b), de ladite directive, c'est-à-dire être le fait d'une personne qui agit à des « fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » ou au nom voire pour le compte d'un professionnel⁶. D'autre part, ladite pratique doit constituer une action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale « en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs »⁷

22. Comme l'indique la juridiction de renvoi en faisant référence aux constatations de la juridiction d'appel, la pratique en cause a été entreprise par P&C Düsseldorf⁸ et a été utilisée à des fins de promotion des ventes de cet opérateur. Cette pratique émane de P&C Düsseldorf, d'une part, s'inscrit dans le cadre de la stratégie commerciale de cette société et vise directement à la promotion et à l'écoulement de ses ventes, d'autre part. Ladite pratique constitue donc une pratique commerciale au sens de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29 et relève, en conséquence, du champ d'application de celle-ci⁹.

23. Cette considération n'est remise en cause ni par le fait que l'article publié dans le magazine *GRAZIA* portait sur une opération promotionnelle organisée par P&C Düsseldorf en coopération avec ce magazine, ni par le fait que cet article était destiné à promouvoir les ventes de ces deux opérateurs.

24. Ainsi que la Cour l'a déjà indiqué, au regard de la définition de la notion de « professionnel » figurant à l'article 2, sous b), de la directive 2005/29, cette directive peut trouver à s'appliquer dans une situation où les pratiques commerciales d'un opérateur sont déployées par une autre entreprise, agissant au nom et/ou pour le compte de cet opérateur, de sorte que les dispositions de ladite directive pourraient, dans certaines situations, être opposables tant audit opérateur qu'à cette entreprise, lorsque ces deux derniers répondent à la définition de la notion de « professionnel »¹⁰. A fortiori, il n'est pas à exclure qu'une unique pratique commerciale soit attribuable à deux opérateurs distincts lorsque ceux-ci agissent pour leur propre compte ainsi que pour celui d'un coopérant. Une telle pratique commerciale relèverait également du champ d'application de la directive 2005/29. Cela étant posé, comme je l'ai déjà observé au point 19 des présentes conclusions, le recours de P&C Hambourg n'est dirigé que contre P&C Düsseldorf, de sorte que la question de l'opposabilité des dispositions de cette directive au magazine *GRAZIA* ne se pose pas en l'espèce¹¹.

25. Par ailleurs, la qualification juridique exposée au point 22 des présentes conclusions correspond, en substance, à celle retenue par la juridiction de renvoi. En effet, cette juridiction indique que, selon la juridiction d'appel, la publication de l'article constituait une pratique commerciale tant au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 1, de l'UWG qu'au sens de l'article 2,

⁶ Voir arrêt du 4 octobre 2018, *Kamenova* (C-105/17, EU:C:2018:808, point 32). L'article 2, sous b), de la directive 2005/29 définit le professionnel comme « toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de [cette] directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel ».

⁷ Voir arrêt du 4 octobre 2018, *Kamenova* (C-105/17, EU:C:2018:808, points 42 et 43).

⁸ Voir note de bas de page 5 des présentes conclusions, notamment l'indication selon laquelle « l'objet du litige est une opération promotionnelle de portée nationale lancée [par P&C Düsseldorf] dans le magazine de mode ».

⁹ Voir, en ce sens, arrêt du 17 octobre 2013, *RLvS* (C-391/12, EU:C:2013:669, point 36).

¹⁰ Voir, en ce sens, arrêt du 17 octobre 2013, *RLvS* (C-391/12, EU:C:2013:669, point 38).

¹¹ Sans vouloir préjuger la réponse à donner à une telle question, il est vrai que le point 39 de l'arrêt du 17 octobre 2013, *RLvS* (C-391/12, EU:C:2013:669), peut faire penser que la publication d'un article ne saurait constituer une pratique commerciale émanant d'un éditeur de presse. Cependant, l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt concernait des articles portant sur des événements externes à un éditeur de presse, tandis que la présente affaire concerne la publication d'un article portant sur une opération promotionnelle organisée par un éditeur de presse en coopération avec P&C Düsseldorf.

sous d), de la directive 2005/29. Elle affirme en outre que l'appréciation de la juridiction d'appel n'est pas entachée d'une erreur de droit. Je comprends cette affirmation en ce sens qu'elle vise également la qualification juridique de la publication de l'article au regard de cette disposition du droit de l'Union.

26. Dans ce contexte, la juridiction de renvoi attire l'attention sur une nuance qui caractérise la notion de « pratiques commerciales », telle que définie en droit allemand. Elle explique que cette notion est définie à l'article 2, paragraphe 1, point 1, de l'UWG comme toute action d'une personne au profit de sa propre entreprise ou d'une entreprise tierce, avant, pendant ou après la conclusion d'une opération commerciale, et présentant un lien objectif avec la promotion de la vente ou de la fourniture de produits ou de services. Selon la juridiction de renvoi, la notion de « pratiques commerciales » retenue en droit allemand est plus large que celle retenue à l'article 2, sous d), de la directive 2005/29, car elle comprend aussi les agissements de tiers visant à promouvoir les ventes ou les achats d'une société tierce n'agissant pas pour le compte ou au nom du professionnel. Elle considère cependant que la directive 2005/29 ne s'oppose pas à ce que la notion de « pratiques commerciales » reçoive une définition plus large en droit national, dès lors que cette directive ne régit qu'un « aspect partiel » du droit en matière de concurrence déloyale.

27. Cela étant, la Cour n'est pas appelée à clarifier le point de savoir si l'article 2, paragraphe 1, point 1, de l'UWG constitue une transposition correcte de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29. Il n'est pas non plus nécessaire, pour répondre aux questions préjudicielles, de déterminer dans quelle mesure la définition donnée en droit allemand serait plus large que celle retenue en droit de l'Union. Il importe uniquement de déterminer si la pratique contestée dans le cadre du litige au principal constitue une pratique commerciale de P&C Düsseldorf au sens de cette directive, ce qui, comme je l'ai indiqué¹², est le cas.

B. Sur la contestation d'une pratique commerciale dans le cadre d'un litige entre deux concurrents

28. Le présent renvoi préjudiciel trouve son origine dans un litige dans le cadre duquel P&C Hamburg demande qu'il soit interdit à P&C Düsseldorf de faire paraître, en tant que concurrent, des annonces publicitaires qui ne sont pas clairement identifiables comme telles, qu'elle soit contrainte à communiquer certaines informations et qu'elle soit condamnée à réparer le préjudice causé. C'est dans le contexte de ce litige que la juridiction de renvoi cherche à savoir si la publication de l'article en cause constitue une pratique commerciale visée à l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29, et doit, dès lors, être réputée déloyale en toutes circonstances.

29. Il est vrai que l'existence d'une pratique commerciale au sens de la directive 2005/29 ne peut être admise que si elle concerne un professionnel, d'une part, et un consommateur, d'autre part¹³.

30. Toutefois, le fait que le litige au principal oppose deux professionnels qui semblent se trouver en concurrence n'implique pas automatiquement que les dispositions nationales ayant transposé la directive 2005/29 ne sont pas applicables en l'espèce.

¹² Voir point 22 des présentes conclusions.

¹³ Voir mes conclusions dans l'affaire Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, point 40).

31. En effet, la Cour a déjà indiqué que relèvent du champ d'application de la directive 2005/29 les dispositions nationales qui interdisent, sous peine de sanctions, une pratique commerciale déloyale dans l'intérêt des consommateurs¹⁴. L'intérêt des consommateurs peut être protégé par l'intermédiaire des litiges intentés entre des concurrents, en prenant dans ce cas la forme du *private enforcement* du droit de la protection des consommateurs, prévue à l'article 11, paragraphe 1, de cette directive. Cette disposition stipule que les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales. Ces moyens peuvent inclure des dispositions juridiques aux termes desquelles les concurrents peuvent intenter une action en justice contre ces pratiques.

32. Le fait qu'un concurrent a son intérêt propre dans une telle action en justice n'est pas susceptible d'écarter l'applicabilité de la directive 2005/29.

33. En effet, la directive 2005/29 a été adoptée sur le fondement de l'article 114 TFUE et, ainsi que l'énonce son article 1^{er}, l'un des objectifs qu'elle poursuit est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur¹⁵. Dans ce contexte, les considérants 6 et 8 de cette directive indiquent qu'elle protège directement les intérêts économiques des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises à leur égard et, dès lors, protège aussi indirectement les intérêts économiques des concurrents légitimes¹⁶. Comme l'a déjà indiqué la Cour en faisant référence au considérant 6 de ladite directive, ne sont exclues du champ d'application de celle-ci que les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte « uniquement » aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels¹⁷.

C. Remarques sur l'objet et la portée des questions préjudicielles

34. Par ses deux questions préjudicielles, la juridiction de renvoi souhaite savoir si compte tenu des circonstances du litige au principal et, plus précisément, des avantages fournis par P&C Düsseldorf à la société de médias, à savoir l'éditeur du magazine *GRAZIA*, la pratique commerciale contestée constitue une pratique commerciale déloyale en toutes circonstances, au sens de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29. Tandis que cette disposition énonce plusieurs conditions requises pour établir l'existence d'une pratique commerciale réputée déloyale en toutes circonstances, ces deux questions préjudicielles ne concernent que la condition relative au financement de la promotion d'un produit.

35. Par sa première question, la juridiction de renvoi cherche, en substance, à savoir si l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29 doit être interprétée en ce sens que, lorsqu'un contenu rédactionnel est utilisé pour faire la promotion d'un produit, celle-ci est « financée » par le

¹⁴ Voir arrêt du 17 janvier 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, point 33).

¹⁵ Voir, en ce sens, mes conclusions dans l'affaire Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, point 32). En ce qui concerne le lien entre le bon fonctionnement du marché intérieur et des formes différentes du *private enforcement* du droit de l'Union voir, par analogie, arrêt du 17 septembre 2002, Muñoz et Superior Fruiticola (C-253/00, EU:C:2002:497, points 29 à 32).

¹⁶ Voir également, en ce sens, arrêt du 17 octobre 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, point 40), dans lequel la Cour a constaté que la directive 2005/29 a vocation à protéger les consommateurs des produits et des services de ces mêmes entreprises ainsi que les concurrents légitimes de celles-ci.

¹⁷ Voir arrêts du 14 janvier 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12 point 39), et du 17 janvier 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, point 30).

professionnel non seulement lorsqu'il a fourni un avantage en argent à la société des médias pour faire cette promotion, mais également lorsqu'il a fourni un avantage qui consiste en biens, en services ou en autres éléments à valeur patrimoniale¹⁸.

36. La seconde question préjudicielle est composée de deux parties. Par la première partie de cette question, à laquelle il n'y a lieu de répondre que si la première question appelle une réponse affirmative, la juridiction de renvoi cherche à savoir si, au sens de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29, un tel avantage à valeur patrimoniale constitue une contrepartie de l'utilisation du contenu rédactionnel pour faire la promotion d'un produit.

37. Si, dans la formulation de la première question, l'usage de la notion de « contrepartie », fournie « pour l'utilisation de contenus rédactionnels », peut faire penser que cette question se recoupe avec la première partie de la seconde question, tel n'est cependant pas le cas. En effet, tandis que la première question concerne le point de savoir si le financement peut prendre une forme différente de celle d'un paiement en argent, la première partie de la seconde question concerne celui de savoir si un tel financement doit constituer, comme l'explique la juridiction de renvoi dans l'exposé des motifs de la demande de décision préjudicielle, une contrepartie à valeur patrimoniale, « au sens d'une relation synallagmatique ».

38. Cette question fait écho à l'argumentation invoquée par P&C Düsseldorf dans son pourvoi en *Revision*, qui a fait valoir que, pour pouvoir conclure à l'existence d'une pratique commerciale réputée déloyale en toutes circonstances, un avantage fourni par le professionnel doit présenter un lien avec le contenu rédactionnel, de sorte qu'il puisse être considéré que, par ce financement, le reportage a été « acheté » par le professionnel. En revanche, cette conclusion ne saurait être tirée, selon P&C Düsseldorf, du fait que le professionnel participe aux coûts de l'opération promotionnelle organisée en commun avec une société de médias et profitant aux deux opérateurs. Ce qui est financé en commun dans un tel cas serait seulement l'événement mis en place conjointement, tandis que la société de médias annoncerait l'opération promotionnelle, dans un article, uniquement dans son intérêt propre.

39. La juridiction de renvoi indique, à cet égard, que le lien auquel P&C Düsseldorf fait référence peut être établi du seul fait que l'opération promotionnelle et l'article peuvent être vus comme des éléments d'une seule et même opération promotionnelle, qui ne saurait être appréciée et qualifiée que globalement. Une telle solution ne s'imposerait pas de façon incontournable. Eu égard à cette affirmation, la juridiction de renvoi indique que, selon les constatations de la juridiction d'appel, P&C Düsseldorf a notamment mis à la disposition de la société de médias des droits d'utilisation liés aux images utilisées dans cet article. Selon la juridiction de renvoi, à tout le moins une partie des prestations à valeur patrimoniale fournies par P&C Düsseldorf paraît donc présenter un lien concret avec la publication dudit article.

40. Ainsi qu'il ressort de la formulation de la seconde question, la seconde partie de celle-ci ne se pose que si la première partie appelle une réponse affirmative. Par la seconde partie de la seconde question, la juridiction de renvoi cherche à déterminer si l'utilisation du contenu rédactionnel est « financé », au sens de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29, si le professionnel a mis à la

¹⁸ J'observe que la juridiction de renvoi ne demande pas à la Cour de clarifier si un financement peut prendre la forme d'un avantage non patrimonial. Par souci d'exhaustivité, il suffit de noter qu'une réponse affirmative à cette question est envisagée dans la doctrine. Voir Namysłowska, M., Sztobryn, K., « Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych », *Państwo i Prawo*, 2008, vol. 11, p. 61.

disposition de la société de médias des droits à l'image et quand les deux opérateurs ont participé aux coûts et charges de l'opération promotionnelle visant à promouvoir les ventes de leurs produits.

41. Compte tenu de l'objet commun de ces deux questions ainsi que du fait que celles-ci sont intrinsèquement liées, je considère qu'elles doivent être analysées conjointement et appellent une réponse unique.

42. En conséquence, dans un premier temps, il y a lieu de déterminer si l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29 doit être interprétée en ce sens que, lorsqu'un contenu rédactionnel est utilisé pour faire la promotion d'un produit, celle-ci est « financée » par le professionnel non seulement lorsqu'il a fourni un avantage en argent à la société de médias pour faire cette promotion, mais également lorsqu'il a fourni un avantage qui consiste en des biens, des services ou d'autres éléments à valeur patrimoniale (titre D).

43. Si cette question appelle une réponse affirmative, il conviendra, dans un second temps, de déterminer si, au sens de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29, un tel avantage à valeur patrimoniale constitue une contrepartie de l'utilisation du contenu rédactionnel pour faire la promotion d'un produit, de sorte qu'il existerait un lien entre l'avantage et la promotion en cause. Si tel est le cas, il y aura lieu de vérifier si, lorsqu'une société de médias informe au sujet d'une opération promotionnelle organisée en commun avec le professionnel, constitue une telle contrepartie la mise à la disposition de la société de médias des droits d'utilisation des images et/ou la participation aux coûts et charges de cette opération promotionnelle (titre E).

D. Un financement en tant qu'avantage à valeur patrimoniale

1. Interprétation littérale

44. Comme il résulte de la lecture du considérant 5 de la directive 2005/29, le législateur de l'Union a considéré que les obstacles à la libre circulation transfrontalière des services et des marchandises ainsi qu'à la liberté d'établissement ne peuvent être éliminés que par l'adoption de règles uniformes et par la clarification de certaines notions juridiques. J'en déduis que, pour le législateur de l'Union, les notions utilisées dans cette directive constituent, en principe, des notions autonomes du droit de l'Union.

45. Selon les différentes versions linguistiques de la directive 2005/29 et les termes employés, l'annexe I, point 11, de celle-ci peut être comprise en ce sens qu'un financement doit prendre la forme d'un avantage en argent¹⁹ ou, selon les termes plus larges employés dans d'autres versions linguistiques, en ce sens qu'un tel financement peut prendre toute forme d'avantage à valeur patrimoniale²⁰.

¹⁹ Peuvent être citées les versions en langues espagnole (« pagando »), tchèque (« zaplatil »), danoise (« betalt »), allemande (« bezahlt »), estonienne (« maksnud »), anglaise (« paid for »), lettonne (« ir samaksājis »), lituanienne (« sumokėjo »), néerlandaise (« betaald »), polonaise (« zapłacił »), roumaine (« a plătit »), slovaque (« zaplatil »), slovène (« plačal »), finnoise (« maksanut ») et suédoise (« betalat »), qui utilisent différentes formes grammaticales du verbe « payer ».

²⁰ C'est surtout la version en langue italienne (« costi [...] sostenuti ») qui signifie en traduction libre « prise en charge des coûts de la promotion ». Dans cet ordre d'idées, les libellés des versions en langues française (« financer »), hongroise (« fizetett ») et portugaise (« financiar ») ne semblent pas exclure les formes d'avantage à valeur patrimoniale autres que l'argent.

46. En raison de cette diversité, il n'est pas possible de parvenir à une conclusion univoque quant à la nature d'un avantage susceptible de constituer un financement, au sens de l'annexe I, point 11, de ladite directive. Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, il convient donc d'avoir recours aux méthodes d'interprétation autres que l'interprétation littérale²¹.

2. *Interprétation systématique*

47. Les dispositions de la directive 2005/29 sont conçues essentiellement dans l'optique du consommateur en tant que destinataire et victime de pratiques commerciales déloyales²². Dans le système ainsi conçu, la pratique commerciale décrite à l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29 est qualifiée de « pratique commerciale réputée déloyale en toutes circonstances » et, comme il ressort des titres employés dans cette annexe, de « pratique commerciale trompeuse ».

48. La dichotomie opposant les pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances à celles ne pouvant être déclarées déloyales qu'à la suite d'une évaluation au cas par cas, au titre des dispositions des articles 5 à 9 de la directive 2005/29, repose sur la considération selon laquelle seules les pratiques commerciales les plus préjudiciables aux consommateurs font l'objet d'une interdiction absolue²³.

49. Du point de vue d'un consommateur, il importe peu qu'un financement de l'utilisation du contenu rédactionnel prenne ou non la forme d'un avantage en argent. La pratique commerciale décrite à l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29 est réputée déloyale en toutes circonstances en raison de la tromperie qu'elle est susceptible d'induire. C'est pour éviter cela que, comme la Cour a l'a déjà indiqué, « la directive 2005/29, en particulier le point 11 de son annexe I, impose [effectivement] aux entreprises annonceuses une obligation d'indiquer clairement qu'elles ont financé un contenu rédactionnel dans les médias lorsque ce contenu a vocation à faire la promotion d'un produit ou d'un service de ces professionnels »²⁴.

50. Ainsi, l'interprétation systématique de la directive 2005/29 plaide en faveur de la thèse selon laquelle la forme d'un financement, qu'il s'agisse d'un avantage en argent ou d'un autre avantage à valeur patrimoniale, est sans importance.

²¹ Dans l'arrêt 4finance, la Cour a confirmé le résultat de l'interprétation littérale de l'annexe I, point 14, de la directive 2005/29 avec celui de l'interprétation téléologique, tout en rappelant que la nécessité d'une application et d'une interprétation uniformes d'un acte du droit de l'Union exclut que celui-ci soit considéré isolément dans l'une de ses versions linguistiques, mais exige qu'il soit interprété en fonction tant de la volonté réelle de son auteur que du but poursuivi par ce dernier, à la lumière, notamment, des versions établies dans toutes les langues (arrêt du 3 avril 2014, C-515/12, EU:C:2014:211, points 19, 20 et 24). Toujours dans le contexte de cette directive, la Cour a indiqué, dans l'arrêt Trento Sviluppo et Centrale Adriatica, que, en cas de divergence entre les diverses versions linguistiques, la disposition en cause doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément (arrêt du 19 décembre 2013, C-281/12, EU:C:2013:859, point 26). Par ailleurs, dans l'arrêt Purely Creative e.a., la Cour a répondu aux questions préjudicielles portant sur l'annexe I, point 31, de la directive 2005/29 en ayant recours aux interprétations littérale (points 25 et 26), historique (point 28), systématique (points 35 et 42) et téléologique (point 43) de cette disposition (arrêt du 18 octobre 2012, C-428/11, EU:C:2012:651, ci-après l'arrêt « Purely Creative e.a. »). Dans cette veine, la Cour s'est référée, dans l'arrêt Wind Tre et Vodafone Italia, pour répondre à la question préjudicielle relative à l'annexe I, point 21, de cette directive, aux interprétations littérale (point 43), systématique (point 45) et téléologique (point 54) (arrêt du 13 septembre 2018, C-54/17 et C-55/17, EU:C:2018:710). Certes, dans ces deux derniers arrêts, la Cour n'a pas mentionné l'existence de différences entre les versions linguistiques de cette directive. Toutefois, l'approche méthodologique adoptée dans ces arrêts confirme que le résultat qui découle de l'interprétation littérale ne saurait occulter ceux découlant d'autres méthodes d'interprétation.

²² Voir arrêt du 16 avril 2015, UPC Magyarorszag (C-388/13, EU:C:2015:225, point 52).

²³ Voir arrêt du 3 avril 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, point 32). Au cours des travaux préparatoires, la Commission a indiqué que l'annexe I de la directive 2005/29 contient les pratiques commerciales qui altèrent toujours substantiellement les décisions des consommateurs. Voir proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2003 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales) [COM(2003) 356 final], p. 10.

²⁴ Arrêt du 17 octobre 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, point 48).

3. *Interprétation téléologique*

51. En faisant référence aux points 46 et 47 de l'arrêt *Purely Creative e.a.*, P&C Düsseldorf affirme que la Cour a jugé que l'objectif de la directive 2005/29 ne serait pas atteint si, dans le cadre de l'application des dispositions de l'annexe I de cette directive, l'interprétation des différents cas de figure donnait lieu à la prise en compte de conditions impliquant une évaluation difficile au cas par cas.

52. J'estime que cette affirmation n'est pas supportée par l'interprétation téléologique de la directive 2005/29 et résulte d'une lecture sélective de cet arrêt.

53. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Purely Creative e.a.*, la Cour était appelée à interpréter l'annexe I, point 31, de la directive 2005/29 afin de clarifier si, aux termes de cette disposition, une pratique commerciale est réputée déloyale en toutes circonstances lorsqu'un coût, même négligeable, est imposé à un consommateur à qui il a été annoncé qu'il a gagné un prix.

54. Dans un premier temps, la Cour a conclu, sur la base de l'interprétation littérale et systématique du point 31 de cette annexe, que l'interdiction d'imposer un coût a le caractère absolu²⁵. Dans un second temps, pour confirmer le résultat de l'interprétation littérale de cette disposition, la Cour a eu recours à l'interprétation téléologique²⁶. Dans ce contexte, la Cour a rappelé que, comme l'indique le considérant 17 de la directive 2005/29, la sécurité juridique est un élément essentiel pour le bon fonctionnement du marché intérieur et que c'est en vue d'atteindre cet objectif que le législateur a regroupé, à l'annexe I de cette directive, les pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances²⁷.

55. La Cour a ensuite considéré que l'objectif ne saurait être atteint si l'annexe I, point 31, de la directive 2005/29 était interprétée, d'une part, comme incluant un élément de tromperie, distinct des circonstances décrites dans la seconde partie de cette disposition et, d'autre part, comme autorisant à imposer au consommateur des « coûts négligeables » au regard de la valeur du prix²⁸. Elle a également formulé les constatations auxquelles P&C Düsseldorf fait référence et selon lesquelles une interprétation différente nécessiterait des évaluations difficiles, effectuées au cas par cas, ce que l'inclusion de la pratique dans cette annexe I vise précisément à éviter.

56. Il y a lieu d'observer, en premier lieu, que la Cour a eu recours à l'interprétation téléologique uniquement pour confirmer l'interprétation littérale de l'annexe I, point 31, de la directive 2005/29 qui, à la différence de la présente affaire, permettait de parvenir à une conclusion univoque.

57. En deuxième lieu, ce recours à l'interprétation téléologique a permis d'exclure l'existence, dans la description d'une pratique commerciale relevant de l'annexe I, d'un élément distinct des circonstances expressément prévues à cette disposition. En outre, il est toujours nécessaire de vérifier si les circonstances correspondant à la description d'une pratique commerciale relevant de

²⁵ Arrêt *Purely Creative e.a.*, points 30 et 36.

²⁶ Arrêt *Purely Creative e.a.*, point 43.

²⁷ Arrêt *Purely Creative e.a.*, point 46.

²⁸ Arrêt *Purely Creative e.a.*, points 46 et 47.

l'annexe I sont réunies en l'espèce. En effet, la Cour a jugé que l'application de cette annexe nécessite la qualification de certaines circonstances d'« essentielles » ou de « principales » et la prise en compte de certaines circonstances liées indirectement à d'autres²⁹.

58. En troisième lieu, il convient de constater que le résultat du raisonnement suivi par la Cour est à l'opposé de celui auquel souhaite parvenir P&C Düsseldorf. La Cour s'est référée à l'interprétation téléologique afin de ne pas restreindre la définition de la « pratique commerciale réputée déloyale en toutes circonstances », tandis que P&C Düsseldorf cherche à exclure de cette définition toute forme de financement autre qu'en argent.

59. En quatrième lieu, je considère que le raisonnement de la Cour est parfaitement compatible avec le second objectif de la directive 2005/29, également évoqué dans l'arrêt *Purely Creative e.a.*³⁰, à savoir assurer un niveau élevé de protection des consommateurs.

60. En cinquième lieu, restreindre la définition de la notion de « pratiques commerciales », relevant de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29, à un avantage en argent risquerait de priver cette disposition de son effet utile, dans la mesure où une telle restriction permettrait de contourner facilement l'interdiction du publi-reportage³¹. À cet égard, comme l'indique P&C Hamburg, différencier les avantages en argent des autres avantages à valeur patrimoniale ne serait en aucun cas adapté à la réalité de la pratique journalistique.

61. Les objectifs de la directive 2005/29 confirment donc l'interprétation selon laquelle il importe peu qu'un financement, au sens de l'annexe I, point 11, de cette directive, prenne la forme d'un avantage en argent ou d'un autre avantage à valeur patrimoniale.

4. *Interprétation historique*

62. Au cours des travaux préparatoires, le Parlement européen a proposé, par l'amendement 72³², de décrire la pratique commerciale visée à l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29 de la manière suivante : « Les offres par annonce, les annonces ou les promotions, désignées parfois sous le terme de “publi-reportage”, *qui sont diffusées au moyen de paiements ou d'autres accords réciproques* doivent se conformer aux dispositions de la directive si ce sont les opérateurs du marché et non les éditeurs qui contrôlent leur contenu. Les professionnels et les éditeurs déclarent que les offres par annonce sont des annonces, par exemple en les intitulant “offre par annonce” »³³.

²⁹ Voir, en ce sens, arrêt du 15 décembre 2016, *Nationale Loterij* (C-667/15, EU:C:2016:958, point 30). Voir également, en ce sens, arrêt du 3 avril 2014, *4finance* (C-515/12, EU:C:2014:211, point 33).

³⁰ Arrêt *Purely Creative e.a.*, points 48 et 49.

³¹ Voir, par analogie, en ce qui concerne le point 14 de cette annexe, arrêt du 15 décembre 2016, *Nationale Loterij* (C-667/15, EU:C:2016:958, point 31).

³² Rapport du 18 mars 2004 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales) [COM(2003) 356 – C5-0288/2003 – 2003/0134(COD)] [A5-0188/2004 final].

³³ Italique ajouté par mes soins.

63. Le Conseil de l'Union européenne s'est opposé à cet amendement en indiquant que « [celui-ci] n'a pas pu être accepté étant donné qu'il ne définit pas une pratique qui est en toutes circonstances déloyale, ce qui est le critère pour l'inclusion dans l'annexe »³⁴. La Commission, quant à elle, n'a pas retenu l'amendement en cause et l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29 n'a pas été substantiellement changée au cours des travaux préparatoires³⁵. Ces circonstances ne sauraient toutefois être comprises en ce sens que le législateur de l'Union s'est opposé à l'interprétation selon laquelle un publiereportage est diffusé non seulement au moyen de paiements, mais également au moyen d'autres accords réciproques.

64. D'une part, en ce qui concerne l'opposition du Conseil, l'amendement 72 pouvait effectivement être lu en ce sens qu'il portait non pas sur une description de la pratique commerciale réputée déloyale en toutes circonstances, mais plutôt sur une instruction permettant d'éviter qu'un contenu rédactionnel soit considéré comme une telle pratique (« doivent se conformer aux dispositions de la directive [...] Les professionnels et les éditeurs déclarent que les offres par annonce sont des annonces »). Il n'est donc pas surprenant que cet amendement n'ait pas été retenu par la Commission dans la forme proposée par le Parlement.

65. D'autre part, l'amendement 72 apportait une précision quant à l'avantage qui devait être fourni par le professionnel (« diffusées au moyen de paiements ou d'autres accords réciproques »). Or, le Parlement a motivé cet amendement en invoquant l'objectif d'empêcher une interprétation trop large du terme « publiereportage », qui pourrait être compris comme incluant (« involontairement ») la partie rédactionnelle. J'en déduis que, pour le Parlement, l'ajout du passage selon lequel un publiereportage est caractérisé par le fait que « ce sont les opérateurs du marché et non les éditeurs qui contrôlent [le contenu d'une publication] » constituait une modification de la description initialement proposée par la Commission. On pourrait aussi supposer que le Parlement a considéré que la description initialement proposée impliquait déjà qu'un avantage fourni par un professionnel ne devait pas nécessairement prendre la forme d'un paiement. Cette lecture de l'amendement 72 semble confirmée par la constatation de la Commission selon laquelle les amendements non retenus, y compris l'amendement 72, auraient pu être acceptés par la Commission à tout le moins en partie³⁶.

66. L'interprétation selon laquelle tout avantage à valeur patrimoniale est susceptible de constituer un financement, au sens de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29, n'est donc pas remise en cause par les travaux préparatoires afférents à cette directive.

5. Conclusion intermédiaire

67. Eu égard au fait que l'interprétation littérale de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29 ne permet pas de formuler une conclusion satisfaisante, et en prenant en considération les conclusions univoques découlant de ses interprétations systématique et téléologique, auxquelles

³⁴ Position commune (CE) n° 6/2005, du 15 novembre 2004, arrêtée par le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne, en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n°2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales ») (JO 2005, C 38 E, p. 1), p. 20.

³⁵ Selon la proposition initiale de la Commission, la description de cette pratique a été formulée de manière suivante : « Utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit, que le professionnel a financée lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu (publi-reportage). » Voir proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales) [COM(2003) 356 final].

³⁶ Communication du 16 novembre 2004 de la Commission au Parlement européen [COM(2004) 753 final], p. 6.

ne s'opposent pas celles résultant de l'interprétation historique, je suis d'avis que cette disposition doit être interprétée en ce sens que, lorsqu'un contenu rédactionnel est utilisé pour faire la promotion d'un produit, celle-ci est « financée » par le professionnel lorsque ce professionnel fournit à la société de médias un avantage qui consiste en des biens, en des services ou en d'autres éléments à valeur patrimoniale.

68. La question sur laquelle je vais maintenant me pencher est celle de savoir si, au sens de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29, un tel avantage à valeur patrimoniale constitue une contrepartie de l'utilisation du contenu rédactionnel pour faire la promotion d'un produit et, dans l'affirmative, si une telle contrepartie a été fournie dans les circonstances du litige au principal.

E. Un financement en tant que contrepartie de l'utilisation d'un contenu rédactionnel

69. L'emploi du terme « financé » et des termes d'autres versions linguistiques de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29 suggère qu'un avantage à valeur patrimoniale doit être fourni pour l'utilisation d'un contenu rédactionnel visant à faire la promotion d'un produit et qu'il doit donc exister un lien certain entre un tel avantage et cette promotion du produit.

70. Il est utile de relever, à cet égard, qu'il existe, a priori, une nuance distinguant la description figurant à cette disposition du droit de l'Union de celle figurant en droit allemand. En effet, selon l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29, la pratique commerciale dénommée « publiportage » consiste en l'utilisation d'un contenu rédactionnel pour faire la promotion d'un produit, alors que *cette promotion a été financée par le professionnel*, tandis que, selon le point 11 de l'annexe de l'UWG, c'est *l'utilisation du contenu rédactionnel* pour faire la promotion d'un produit qui est financée par le professionnel. La Cour a déjà clarifié, dans l'arrêt RLV³⁷, le point 11 de l'annexe I de la directive 2005/29, en considérant que cette disposition impose aux entreprises annonceuses une obligation d'indiquer clairement *qu'elles ont financé un contenu rédactionnel*. Cet arrêt confirme donc l'interprétation du terme « financé » que je viens d'exposer.

71. Pour les mêmes raisons que celles exposées dans le cadre de l'analyse de la première question³⁸, on pourrait arguer que l'interprétation historique plaide également en faveur de cette interprétation. En effet, l'amendement 72, proposé par le Parlement, visait à apporter, eu égard au publiportage, la précision selon laquelle celui-ci englobe les offres par annonce, les annonces et les promotions qui *sont diffusées au moyen de paiements ou d'autres accords réciproques*. Comme je l'ai expliqué, le rejet de cet amendement ne semble pas tenir à l'ajout de cette précision.

72. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que, au sens de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29, un avantage à valeur patrimoniale fourni par le professionnel à la société de médias constitue une contrepartie de l'utilisation du contenu rédactionnel pour faire la promotion d'un produit, de sorte qu'il existe un lien certain entre un tel avantage et cette promotion du produit.

73. Dans ce contexte, je considère que l'octroi des droits d'utilisation des images, auquel la juridiction de renvoi fait référence dans la seconde partie de la seconde question, est une contrepartie de l'utilisation du contenu rédactionnel pour faire la promotion d'un produit.

³⁷ Arrêt du 17 octobre 2013 (C-391/12, EU:C:2013:669, point 48).

³⁸ Voir points 64 et 65 des présentes conclusions.

74. En effet, d'une part, il existe un lien certain et direct entre l'avantage fourni par P&C Düsseldorf et la promotion faite par l'intermédiaire de ce contenu rédactionnel, dans la mesure où les droits d'utilisation des images ont été mis à la disposition de la société de médias pour informer au sujet d'une opération promotionnelle organisée également par ce professionnel et où, sur ces images, utilisées dans ce contenu, étaient présentées des prises de vues des magasins de P&C Düsseldorf ainsi que des produits offerts par ce professionnel à la vente.

75. D'autre part, l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29 ne prévoit aucun montant minimal que doit représenter un avantage à valeur patrimoniale pour que celui-ci soit considéré comme un financement au sens de cette disposition³⁹. En conséquence, le fait que la société de médias a aussi supporté elle-même une partie des coûts et des charges relatifs à une publication est sans importance. La publication d'un contenu rédactionnel entraîne toujours de tels coûts et charges pour une société de médias. A fortiori, étant donné que l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29 ne prévoit aucun montant minimal eu égard à l'avantage à valeur patrimoniale fourni par le professionnel, cette disposition n'exige pas qu'il existe une équivalence entre cet avantage et les coûts et charges encourus par la société de médias.

76. La considération présentée au point 72 des présentes conclusions pourrait donc marquer la fin de l'analyse de la seconde question et fournir une réponse utile à la juridiction de renvoi. En effet, cette considération permet de conclure que l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29 doit être interprétée en ce sens qu'un avantage à valeur patrimoniale doit constituer une contrepartie de l'utilisation du contenu rédactionnel pour faire la promotion d'un produit, de sorte qu'il existe un lien certain entre cet avantage et cette promotion. En particulier, un tel lien existe lorsqu'une société de médias donne des informations au sujet d'une opération promotionnelle organisée en commun avec un professionnel qui, à son tour, pour faire cette promotion, met à la disposition de cette société de médias les droits d'utilisation des images sur lesquelles sont présentées des prises de vues de ses magasins ainsi que des produits offerts par ce professionnel à la vente.

77. Cela étant, par souci d'exhaustivité, on pourrait encore s'interroger sur le point de savoir si un lien certain entre un avantage à valeur patrimoniale et l'utilisation d'un contenu rédactionnel pour faire la promotion d'un produit peut également revêtir un caractère indirect et, le cas échéant, si un tel lien certain et indirect existe, en l'espèce, entre la participation aux coûts et aux charges d'une opération promotionnelle organisée en coopération avec une société de médias et la publication de l'article contesté. Prise de manière isolée, l'organisation en coopération d'une telle opération promotionnelle ne présente pas de lien direct avec cette publication. C'est justement l'absence d'un tel lien direct qui semble avoir conduit la juridiction de renvoi à envisager que cette opération promotionnelle et cet article constituent un ensemble⁴⁰.

78. Je n'exclurais pas d'emblée qu'un lien indirect entre un avantage à valeur patrimoniale fourni à la société de médias et l'utilisation de son contenu rédactionnel pour faire la promotion d'un produit soit suffisant pour conclure à l'existence d'une pratique commerciale déloyale en toutes circonstances, au sens de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29. Une interprétation

³⁹ En outre, l'objectif d'apporter une plus grande sécurité juridique dans l'identification des pratiques commerciales déloyales, visé au considérant 17 de cette directive, ne serait pas assuré si les États membres pouvaient décider quels sont les montants susceptibles d'être considérés comme un financement au sens de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29. Voir, par analogie, arrêt du 3 avril 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, point 26).

⁴⁰ Voir point 39 des présentes conclusions.

contraire de cette disposition risquerait de priver celle-ci de son effet utile dès lors que l'exigence d'un lien direct permettrait de contourner facilement l'interdiction absolue du publiereportage⁴¹.

79. Toutefois, le lien indirect entre la participation aux coûts et aux charges d'une opération promotionnelle organisée en coopération avec une société de médias et la publication de l'article contesté ne serait établi que sur la base d'une présomption douteuse et ne serait donc pas certain.

80. En effet, tout d'abord, considérer que le professionnel a financé l'utilisation d'un contenu rédactionnel pour faire la promotion d'un produit lorsqu'une société de médias informe sur une opération promotionnelle organisée en coopération avec un professionnel reviendrait à reconnaître l'existence d'une présomption selon laquelle ce professionnel se serait associé avec cette société pour faire une telle promotion. Ensuite, accepter la pertinence de cette présomption dans le contexte de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29 serait susceptible de donner à ladite présomption un caractère irréfragable, compte tenu du fait qu'il s'agirait d'une pratique commerciale déloyale en toutes circonstances. Enfin, cette pratique commerciale serait considérée comme le fait de ce professionnel, même si son engagement dans l'utilisation du contenu rédactionnel pour faire la promotion repose uniquement sur ladite présomption.

81. Or, en faisant usage de la liberté d'entreprise, un professionnel peut entrer dans une coopération avec une société de médias, qui peut exercer des activités différentes, non pas pour s'assurer une couverture médiatique, mais pour bénéficier de la notoriété de cette société, de son savoir-faire, de ses ressources ou de ses contacts commerciaux.

82. Si le financement au sens de l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29 fait défaut, une pratique commerciale ne saurait être réputée déloyale en toutes circonstances au titre de cette disposition. Une telle pratique commerciale, qui ne figure pas dans cette annexe, peut être éventuellement déclarée déloyale à la suite d'un examen au cas par cas de ses caractéristiques au regard des critères énoncés aux articles 5 à 9 de cette directive.

83. Sans préjudice des remarques qui précèdent, relatives à la participation aux coûts et aux charges d'une opération promotionnelle organisée en coopération avec une société de médias, je maintiens la conclusion formulée au point 76 des présentes conclusions.

84. Je note, par ailleurs, que, pour pouvoir établir l'existence de la pratique commerciale déloyale réputée déloyale en toutes circonstances, visée à l'annexe I, point 11, de la directive 2005/29, il convient toujours de vérifier si les conditions requises par cette disposition, autres que celle relative au financement de la promotion d'un produit, sont également remplies. Dans les circonstances telles que celles de l'affaire au principal, il y a lieu de vérifier, notamment, s'il s'agit d'un « contenu rédactionnel » au sens de cette disposition, cette notion n'ayant pas fait l'objet d'une interprétation de la Cour dans sa jurisprudence, et s'il ne ressort pas clairement de l'article en cause qu'il s'agissait d'un contenu cofinancé par le professionnel. Toutefois, ces autres conditions ne font pas l'objet des questions préjudicielles adressées à la Cour et, pour cette raison, ne sont pas examinées dans les présentes conclusions.

⁴¹ Voir, par analogie, arrêt du 15 décembre 2016, *Nationale Loterij* (C-667/15, EU:C:2016:958, point 31). Dans cet arrêt, la Cour a été appelée à clarifier le point de savoir si l'annexe I, point 14, de la directive 2005/29 doit être interprétée en ce sens que cette disposition permet de qualifier une pratique commerciale de « système de promotion pyramidale » même dans l'hypothèse où il n'existe qu'un lien indirect entre les participations versées par de nouveaux adhérents à un tel système et les contreparties perçues par les adhérents en place. La Cour a considéré, à cet égard, que le financement de la contrepartie qu'un adhérent en place peut percevoir peut indirectement dépendre des participations versées par de nouveaux participants au système.

VI. Conclusion

85. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour d'apporter la réponse suivante à la première question préjudicielle posée par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) :

L'annexe I, point 11, de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales ») doit être interprétée en ce sens que, lorsqu'un contenu rédactionnel est utilisé pour faire la promotion d'un produit, celle-ci est « financée » par le professionnel également lorsque ce professionnel fournit à la société de médias un avantage qui consiste en des biens, en des services ou en d'autres éléments à valeur patrimoniale.

Un tel avantage à valeur patrimoniale doit constituer une contrepartie de l'utilisation du contenu rédactionnel pour faire la promotion d'un produit, de sorte qu'il doit exister un lien certain entre cet avantage et cette promotion.

En particulier, un tel lien existe lorsqu'une société de médias donne des informations au sujet d'une opération promotionnelle organisée en commun avec un professionnel qui, à son tour, pour faire cette promotion, met à la disposition de cette société de médias les droits d'utilisation des images sur lesquelles sont présentées des prises de vues de ses magasins ainsi que des produits offerts par ce professionnel à la vente.