

Affaire C-518/23

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

10 août 2023

Juridiction de renvoi :

Bundesgerichtshof (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

27 juillet 2023

Requérant et requérant en Revision :

Bundesverband der Verbraucherzentralen und
Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

Défenderesse et défenderesse en Revision :

NEW Niederrhein Energie und Wasser GmbH

BUNDESGERICHTSHOF

ORDONNANCE

[OMISSIS]

dans le litige

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –
Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., [OMISSIS] Berlin,

Requérant et requérant en Revision,

[OMISSIS]

contre

NEW Niederrhein Energie und Wasser GmbH, [OMISSIS] Mönchengladbach,

Défenderesse et défenderesse en Revision,

[OMISSIS]

La Ière chambre civile du Bundesgerichtshof [OMISSIS] [aspects de procédure, composition de la chambre]

a décidé de ce qui suit :

- I. Il est sursis à statuer.
- II. La Cour de justice de l'Union européenne est saisie de la question préjudicielle suivante relative à l'interprétation de l'article 7, paragraphe 1 et paragraphe 4, sous c), 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 (JO L 149 du 11 juin 2005, p. 22) :

« L'information que doit communiquer le professionnel en vertu de l'article 7, paragraphe 1, et paragraphe 4, sous c), de la directive 2005/29/CE quant à la manière dont le prix est calculé en cas de tarification en fonction de la consommation doit-elle être fournie de telle manière que le consommateur puisse, s'il connaît sa consommation, procéder de manière autonome, sur la base de cette information, à un calcul du prix ? »

Motifs :

- 1 A. Le requérant est la fédération faitière des 16 associations de défense des consommateurs [allemandes].
- 2 La défenderesse est une entreprise productrice d'énergie opérant sur l'ensemble du territoire fédéral (allemand) et fournissant de l'électricité aux ménages privés dont notamment des clients qui consomment de l'électricité de chauffage pour un chauffage électrique par accumulation de nuit. La défenderesse offre son électricité à ces clients à un tarif réduit durant les heures mises à disposition la nuit. Il est inférieur au tarif plein applicable au cours des heures restantes de la journée. Les clients disposant d'un chauffage électrique par accumulation de nuit utilisent l'électricité au tarif réduit afin de recharger leur système de chauffage.
- 3 La consommation d'électricité de chauffage et d'électricité générale de ces clients est comptabilisée, selon les circonstances locales, séparément ou conjointement. En cas de comptabilisation conjointe, il est recouru à un compteur à double tarif qui dispose de deux lecteurs. Un lecteur enregistre la consommation d'électricité au tarif réduit au cours des heures mises à disposition tandis que l'autre lecteur enregistre la consommation d'électricité au tarif plein au cours des heures restantes de la journée. Les clients consomment toutefois, au cours de la période d'application du tarif réduit, en plus de l'électricité de chauffage, de l'électricité

générale qui ne peut pas être enregistrée séparément. Certains gestionnaires de réseau de distribution imposent donc aux fournisseurs d'électricité une quantité dite de compensation, une partie de la consommation d'électricité mesurée au tarif réduit étant facturée de manière forfaitaire au tarif plein. La défenderesse répercute sur ses clients la quantité de compensation fixée par les exploitants de réseau. L'exploitant de réseau établi au lieu du siège de la défenderesse lui impose une quantité de compensation de 25 %.

- 4 La défenderesse signale dans les points 3.4 et 3.5 de ses conditions générales de vente, dont le client doit confirmer avoir pris connaissance en cliquant dessus lors du processus de commande, que c'est l'exploitant de réseau local qui détermine les heures mises à disposition et la quantité de compensation. Elle communique en outre quelles heures mises à disposition et quelle période d'application du tarif réduit ont été fixées par l'exploitant de réseau local au lieu de son siège et elle indique que la quantité de compensation a été fixée à 25 % par l'exploitant de réseau.
- 5 Sur son site internet www.new-energie.de, la défenderesse offre pour ses tarifs de l'électricité un simulateur de tarif qui peut être également utilisé par les clients qui consomment de l'électricité de chauffage et qui disposent d'un compteur à double tarif. Les clients doivent introduire dans le simulateur leur code postal ainsi que leurs quantités consommées respectivement dans le tarif réduit et dans le tarif plein. Ils obtiennent à la fin du processus une offre de tarif qu'ils peuvent alors accepter.
- 6 Le requérant critique les propositions de tarifs générées par la défenderesse avec son simulateur conformément aux annexes K2 et K3 reproduites ci-après par extraits. Le prix définitif affiché serait trop bas parce qu'il ne tiendrait pas compte de la quantité de compensation. Il en irait également ainsi dans l'hypothèse où l'exploitant de réseau local imposerait une quantité de compensation inférieure à 25 % pour le code postal 10969 introduit dans le simulateur.

Extrait de l'annexe K2 (partie 1) :

Trouvez le tarif qui vous convient

Vous avez saisi les indications suivantes		Électricité de chauffage	Tarif plein	Tarif réduit	Privé
		2.700 kWh	7.900 kWh	
Modifier					





Extrait de l'annexe K2 (partie 2) :

NEWstrom online Wärme SP1	StromFIX online Wärme SP1
<p>Bonus nouveau client: 97 euros ** Électricité verte 100% propre Tarif en ligne bon marché Économiser du temps et de l'argent grâce aux services en ligne 12 mois de garantie limitée des prix en dehors des redevances de réseau, impôts et prélèvements ainsi que taxes Contient les prélèvements et les redevances de réseau pour 2020</p> <p>Propre et bon marché: <i>NEWstrom online Wärme SP1</i> est à 100 % de l'électricité verte à des prix à 100 % bon marché. Changez maintenant de fournisseur très simplement avec seulement quelques clics et assurez-vous votre bonus attractif de</p> <p>Prix mensuel*</p>	<p>Électricité de chauffage bon marché Service en ligne ✓ 12 mois de garantie limitée des prix en dehors des impôts et ✓prélèvements Contient les prélèvements et les redevances de réseau pour 2020 ✓</p> <p>Sûr et bon marché Avec <i>StromFIX online Wärme SP1</i> vous pouvez planifier en sécurité. Changez maintenant de fournisseur très simplement avec seulement quelques clics et assurez-vous votre bonus attractif de nouveau</p> <p>Prix mensuel*</p>
<p>195 €</p>	<p>203 €</p>

Extrait de l'annexe K3 :

Détails

Détails

StromFIX online Wärme SP1

Notre suggestion

Durée du contrat 12 mois
 Prolongation 12 mois
 Délai de résiliation 1 mois au terme du mois -
 garantie de prix limitée 12 mois

> **Électricité de chauffage – conditions
 générales de vente**

Electricité bon marché
 Profitez avec *StromFIX online Wärme SP1* de
 coûts d'exploitation bas et dans le même
 temps de coûts d'acquisition de l'électricité
 bas.

Service en ligne
 Notre service clientèle en ligne est disponible
 365 jours par an jour et nuit S'enregistrer
 simplement en quelques clics et utiliser tout le
 service Vous pouvez gérer ici vous-même tout
 ce qui est important au sujet de votre
 approvisionnement en électricité Par exemple:
 Modifier les réductions ou les coordonnées
 bancaires, consulter l'historique de la
 consommation ou lire les compteurs.

Garantie de prix limitée: Les adaptations de
 prix ne peuvent intervenir durant cette
 période que du fait des impôts ou des
 prélèvements légaux (dans l'ensemble environ
 50%) sur lesquels nous n'avons pas
 d'influence.

* Le prix mensuel peut s'écarter de la déduction Lors du calcul du montant de la
 déduction, seul le bonus de nouveau client ou le bonus de fidélité est déduit. Le bonus
 immédiat est en revanche crédité sur votre compte en banque endéans les deux premiers
 mois suivant le début de la fourniture et n'est donc pas compensé avec la réduction. Pour
 cette raison, la réduction effective peut s'écarter du prix mensuel.

** Pour tous les bonus, la durée minimale du contrat doit avoir été respectée. Le bonus de
 nouveau client et le bonus immédiat sont des bonus pour les nouveaux clients (bonus de
 nouveau client) Si vous étiez un client de NEW Energie pour le compteur déclaré au cours
 des six derniers mois avant le début de la fourniture, les conditions pour le bonus de
 nouveau client ne sont pas remplies. Les bonus de fidélité ne sont pas des bonus de
 nouveau client. Ils sont versés après l'expiration de la durée minimale du contrat à travers
 la facture.

*** Le prix de consommation multiplié par la consommation annuelle que vous avez
 indiqué plus le prix de base annuel donne le prix total. Si vous avez choisi un tarif avec un
 bonus (par exemple bonus immédiat, bonus de nouveau client, bonus de fidélité) celui-ci
 est également pris en compte dans le prix total.

Bonus de nouveau client:
 La NEW confère un bonus de nouveau
 client qui sera crédité sur la première
 facture qui sera établie après l'expiration de
 la durée minimale du contrat. La condition
 est que le rapport contractuel n'ait pas pris
 fin avant l'expiration de la durée minimale
 du contrat et que le client n'ait pas été
 approvisionné au cours des six derniers
 mois avant la demande à l'organisme de
 livraison en cause par une entreprise du
 groupe NEW.

Prix de base
16,58 € / Mois

Prix de base, tarif réduit
1,19 € / Mois

Prix de consommation, tarif élevé
26,45 cents / kWh

Prix de consommation, tarif réduit
19,05 cents / kWh

Prix définitif pour 10.500 kWh au cours
 de la première année**
2.432,38 €

Prix mensuel*
203 €

Commandez

7 Le requérant a demandé à faire condamner la défenderesse, sous peine de mesures d'astreintes plus précisément définies, à cesser,

1. de faire ou de faire faire vis-à-vis des consommateurs, dans le cadre de pratiques commerciales sur le site internet www.new-energie.de au sujet de contrats de fourniture d'électricité, de la publicité en citant des prix pour l'électricité de chauffage qui, en cas de mesure conjointe de l'électricité de chauffage et de l'électricité domestique avec un compteur à double tarif, ne tiennent pas compte de la quantité de

compensation actuelle pour la réaffectation de consommation envisagée dans l'exemple de prix exposé,

et/ou

2. de faire ou de faire faire de la publicité pour une offre d'électricité de chauffage et à cette occasion, de ne pas signaler ou faire signaler expressément au consommateur au cours de l'ensemble du processus de commande, dans le mode de facturation de l'électricité de chauffage, la quantité concrète de compensation en cas de mesure conjointe de l'électricité de chauffage et de l'électricité domestique au moyen d'un compteur à double tarif,

lorsque cela se déroule comme décrit dans les annexes K2 et K3.

- 8 Il a en outre réclamé le remboursement de ses frais de mise en demeure avec intérêts.
- 9 Le Landgericht (tribunal régional) a rejeté le recours. La juridiction d'appel a rejeté le recours en appel du requérant dirigé contre cette décision. Par son recours en Revision, autorisé par la chambre de céans dont la défenderesse demande le rejet, le requérant maintient ses conclusions.
- 10 B. Le succès de la Revision dépend, eu égard à l'action en cessation sous 2 rejetée par la juridiction d'appel, de l'interprétation de l'article 7, paragraphe 1, et paragraphe 4, sous c), de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Avant de rendre une décision au sujet de la Revision, il y a donc lieu de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle conformément à l'article 267, paragraphe 1, sous b), et paragraphe 3, TFUE.
- 11 I. La juridiction d'appel a considéré que le recours est recevable mais dénué de fondement. Elle a pour l'essentiel motivé comme suit le rejet de l'action en cessation sous 2 pertinente pour la procédure de renvoi :
- 12 Le requérant n'aurait pas de droit vis-à-vis de la défenderesse à ce que cette dernière cesse de faire de la publicité pour une offre d'électricité de chauffage et à cette occasion ne signale pas expressément au consommateur au cours de l'ensemble du processus de commande en ce qui concerne le mode de facturation pour l'électricité de chauffage, la quantité concrète de compensation en cas de mesure conjointe de l'électricité de chauffage et de l'électricité domestique avec un compteur à double tarif. Une partie des consommateurs introduirait dans le simulateur de tarif les quantités consommées tirées d'une facturation antérieure corrigées de la quantité de compensation ; une autre partie des consommateurs ne pourrait de toute façon qu'estimer les quantités consommées faute de facturation antérieure. Ces consommateurs ne seraient pas induits en erreur. Il en irait de même pour les consommateurs qui ne tireraient pas de leurs facturations

antérieures les bonnes quantités consommées. Le risque d'introduction de mauvaises valeurs de consommation ne serait pas un problème d'indication d'un mauvais prix, mais un problème d'indication d'une quantité erronée. L'indication de la quantité de compensation concrètement correcte ne s'imposerait pas non plus. Indépendamment du fait que la défenderesse ne peut pas, d'après son propre exposé qui n'a pas été contesté, fournir une telle indication, il suffirait pour prévenir une tromperie du consommateur de lui signaler de manière générale que la quantité consommée saisie dans le simulateur de tarif a une valeur indicative limitée (en signalant le cas échéant la pratique habituelle pour le calcul de la quantité de compensation). Les conclusions du recours ne couvriraient cependant pas une cessation de la publicité pour une offre d'électricité de chauffage sans une telle indication générale.

- 13 II. Le recours est recevable.
- 14 1. Le requérant, enregistré dans la liste de l'article 4 UKlaG [Gesetz über Unterlassungsklagen – loi sur les actions en cessation de violations du droit de la consommation et d'autres violations) a en vertu de l'article 8, paragraphe 3, point 3, UWG [Unlautererwettbewerbsgesetz – loi relative à la concurrence déloyale] qualité pour agir.
- 15 [OMISSIS] [Aspects de procédure]
- 16 [OMISSIS] [Développements sur l'action en cessation sous 1 (point 7). La juridiction de renvoi signale à cet égard expressément que cette demande n'est pas pertinente pour la procédure de renvoi]
- 17 b) Par l'action en cessation sous 2, pertinente pour la procédure de renvoi, le requérant conteste la publicité de la défenderesse contenant une offre pour de l'électricité de chauffage sans indication expresse « de la quantité concrète de compensation dans le mode de facturation de l'électricité de chauffage ». Il a ainsi critiqué dans son recours le fait que le client ne serait pas informé du niveau de la « quantité de compensation/réaffectation de consommation forfaitaire conformément au point 3.5 des conditions générales de vente de la défenderesse [...] pour sa zone de réseau ». Il n'y aurait à aucun moment au cours du processus de commande d'indication de la quantité de compensation à appliquer en pourcentage. Il y aurait uniquement dans les conditions générales de vente de la défenderesse une indication quant à une « compensation forfaitaire de 25 % entre tarif réduit et tarif plein ». Le requérant reproche en outre à la défenderesse de ne pas informer le consommateur au cours du processus de commande, qui inclut l'utilisation du simulateur de tarif, du pourcentage de la quantité de compensation pour le code postal concrètement saisi par le consommateur, imposé par l'exploitant de réseau et qu'elle répercute.
- 18 Ainsi que la juridiction d'appel l'a indiqué à juste titre, l'action en cessation sous 2 ne recouvre pas la cessation de la publicité comportant une offre pour l'électricité de chauffage sans une indication générale quant à une quantité de

compensation à prendre en compte parce que le requérant n'en a pas fait l'objet de son recours.

- 19 III. Tandis qu'en ce qui concerne l'action en cessation sous 1, une tromperie entre (aussi) en ligne de compte en vertu de l'article 8, paragraphe 1 ainsi que de l'article 3 et de l'article 5, paragraphes 1 et 2 UWG dans la version en vigueur à compter du 28 mai 2022 (ci-après nouvelle version), le cœur du comportement critiqué par l'action en cessation sous 2 repose dans la rétention d'une information en vertu de l'article 8, paragraphe 1 ainsi que des articles 3, 5bis et 5ter UWG, nouvelle version. La juridiction d'appel n'a pas examiné cet élément. Il y a lieu d'accueillir l'action en cessation sous 2 si l'information à fournir par la défenderesse en vertu de l'article 5bis, paragraphe 1, de l'article 5ter, paragraphe 1, point 3, UWG, nouvelle version, (article 7, paragraphes 1 et 4, sous c), de la directive 2005/29/CE) quant à la manière dont le prix est calculé doit intégrer le pourcentage de la quantité de compensation applicable au client individuel. La question préjudicielle vise à clarifier ce point.
- 20 1. L'action en cessation fondée sur le risque de récidive n'est bien fondée que si le comportement critiqué était anticoncurrentiel en vertu du droit en vigueur au moment où il a eu lieu et demeure anticoncurrentiel en vertu du droit en vigueur au moment de la décision sur la Revision (voir jurisprudence ; voir BGH, arrêt du 26 janvier 2023 – I ZR 27/22, GRUR 2023, 343 [juris point 15] = WRP 2023, 343 – Responsabilité pour les « Affiliates »). Avec effet au 28 mai 2022, l'article 5bis UWG, ancienne version, a été remplacé par les articles 5bis et 5ter UWG, nouvelle version (voir article 1^{er}, points 2 et 3, de la loi relative au renforcement de la protection des consommateurs dans le droit de la concurrence et le droit commercial – Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht – du 19 août 2021, [OMISSIS]). Cela n'a pas entraîné de modification de l'état du droit, déterminante pour le litige. La réglementation de l'article 5bis, points 2 et 5, UWG, ancienne version, est complétée par le cas d'une tromperie d'autres acteurs du marché et est sinon identique dans son contenu à celle de l'article 5bis, paragraphes 1 et 3, UWG, nouvelle version. L'article 5bis, paragraphe 3, UWG, ancienne version, a été repris avec un ajout sans pertinence pour le litige dans l'article 5bis, paragraphe 1, UWG, nouvelle version. Les termes de l'article 2, paragraphe 1, point 9, UWG, ancienne version, et de l'article 2, paragraphe 1, point 1, UWG, nouvelle version, sont identiques.
- 21 2. En vertu de l'article 5bis, paragraphe 1, UWG, nouvelle version, agit de manière déloyale quiconque trompe un consommateur ou un autre acteur du marché en retenant une information substantielle (point 1) dont le consommateur ou un autre acteur du marché a besoin d'après les circonstances en cause afin de prendre une décision commerciale en connaissance de cause, et (point 2) dont la rétention est susceptible d'amener le consommateur ou un autre acteur du marché à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. En vertu de l'article 5bis, paragraphe 3, UWG, nouvelle version, il convient, en appréciant si une information substantielle a été retenue, de tenir compte (point 1) des limites

d'espace et de temps du fait du moyen de communication choisi pour l'opération commerciale ainsi que (point 2) de toutes les mesures prises par l'entrepreneur pour mettre à la disposition du consommateur ou autre acteur du marché les informations d'une autre manière que le moyen de communication choisi pour l'opération commerciale. Une décision commerciale est en vertu de l'article 2, paragraphe 1, point 1, UWG, nouvelle version, tout comportement d'une personne qui se fait au profit de sa propre entreprise ou d'une entreprise tierce avant, pendant ou après la conclusion d'une opération commerciale et qui présente une relation objective avec la promotion de la vente ou de l'achat de produits ou de services ou encore avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat portant sur des biens et services ; sont également considérés comme produits les terrains et comme services les droits et obligations. Au regard des consommateurs, ces règles constituent une transposition de l'article 7, paragraphes 1 et 3, lu en combinaison avec l'article 2, sous k), de la directive 2005/29/CE (voir BGH, arrêt du 10 novembre 2022 – I ZR 241/19, GRUR 2022, 1832 [juris point 22] = WRP 2023, 57 – Garantie du fabricant IV, avec d'autres références ; Köhler dans Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41^e édition, article 5bis points 1.10, 1.19, 1.21, 2.29 et 3.2).

- 22 Si des produits ou services sont offerts accompagnés d'une indication de leurs caractéristiques et de leur prix d'une manière appropriée au vu du moyen de communication choisi de telle sorte qu'un consommateur moyen peut conclure la transaction, alors les informations citées par la suite sont considérées conformément à l'article 5ter, paragraphe 1, UWG, nouvelle version, comme substantielles au sens de l'article 5bis, paragraphe 1, nouvelle version, pour autant qu'elles ne ressortent pas directement du contexte. Cette disposition transpose l'article 7, paragraphe 4, lu en combinaison avec l'article 2, sous i), de la directive 2005/29/CE. En vertu de l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2005/29/CE, lors d'une invitation à l'achat, sont considérées comme substantielles, dès lors qu'elles ne ressortent pas déjà du contexte, les informations énumérées par la suite. En vertu de l'article 2, sous i), de la directive 2005/29/CE, une invitation à l'achat est toute communication commerciale indiquant les caractéristiques du produit et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat.
- 23 Sont considérés comme des informations substantielles en vertu de l'article 5ter, paragraphe 1, point 3, UWG, nouvelle version, le prix total ou, lorsque la nature de la marchandise ou du service signifie que le prix ne peut pas être calculé à l'avance, la manière dont le prix est calculé, ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, ou, lorsque ces coûts ne peuvent pas être calculés à l'avance, la mention que ces coûts peuvent être à la charge du consommateur. Cette disposition renvoie à l'article 7, paragraphe 4, sous c), de la directive 2005/29/CE. D'après cette disposition, sont considérées comme des informations substantielles le prix toutes taxes comprises, ou, lorsque la nature du produit signifie que le prix ne peut raisonnablement pas être calculé à l'avance, la manière dont le prix est calculé, ainsi que, le cas échéant, tous les

coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, ou, lorsque ces coûts ne peuvent raisonnablement pas être calculés à l'avance, la mention que ces coûts peuvent être à la charge du consommateur.

- 24 3. La fourniture d'électricité promue par la défenderesse vis-à-vis des consommateurs est offerte en vertu de l'article 5ter, paragraphe 1, UWG de telle sorte qu'un consommateur moyen peut conclure la transaction.
- 25 a) Lors de la transposition de l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2005/29/CE, le législateur allemand a choisi, au lieu de la notion d'« invitation à l'achat » utilisée dans la directive, la description de la circonstance que les produits ou les services sont offerts de telle sorte que le consommateur moyen peut conclure la transaction [OMISSIS]. D'après l'interprétation nécessaire conforme à la directive de l'article 5ter, paragraphe 1, UWG, il suffit pour l'existence d'une offre au sens de cette disposition qu'il y ait une invitation à l'achat au sens de l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2005/29/CE. D'après la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, tel est le cas lorsque le consommateur est suffisamment informé au sujet du produit promu et de son prix pour qu'il puisse prendre une décision commerciale, sans qu'il soit nécessaire que la communication commerciale comporte également un moyen concret d'acheter le produit ou qu'elle apparaisse à proximité ou à l'occasion d'un tel moyen (voir arrêt du 12 mai 2011, Ving Sverige, C-122/10, [OMISSIS] [[OMISSIS], point 33] = [OMISSIS] ; au sujet de l'article 5bis, paragraphe 3, UWG, ancienne version, BGH, arrêt du 14 septembre 2017 – I ZR 231/14, GRUR 2017, 1269 [juris point 16] = WRP 2018, 65 – MeinPaket.de II, avec d'autres références). Une décision commerciale recouvre en vertu de l'article 2, sous k), de la directive 2005/29/CE (article 2, paragraphe 1, point 1, UWG, nouvelle version) toute décision prise par un consommateur concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait d'acheter ; cela comprend aussi, d'après la jurisprudence de la Cour et de la chambre de céans, les décisions qui présentent un lien direct avec celle-ci, notamment celle d'entrer dans le magasin (voir arrêt du 19 décembre 2013, Trento Sviluppo et Centrale Adriatica, C-281/12, [OMISSIS] [[OMISSIS] point 36]) et la consultation d'un portail de vente sur internet (voir BGH, GRUR 2017, 1269 [juris point 19] – MeinPaket.de II).
- 26 b) La publicité attaquée de la défenderesse constitue une invitation à l'achat et donc une offre au sens de l'article 5ter, paragraphe 1, UWG. Le consommateur obtient, en utilisant le simulateur de tarif de la défenderesse, les indications essentielles dont il a besoin afin de pouvoir prendre la décision commerciale de conclure un contrat de fourniture d'électricité avec la défenderesse. Le site internet de la défenderesse permet même au consommateur de conclure immédiatement avec celle-ci un contrat de fourniture d'électricité sur la base du résultat du calcul du tarif. Étant donné que la décision commerciale décisive réside déjà dans l'engagement du processus de commande, l'indication de la quantité de compensation dans les conditions générales de vente de la défenderesse et que cette dernière porte à la connaissance du consommateur dans

le cadre de ce processus de commande n'est pas appropriée pour satisfaire à son obligation d'information ne serait-ce que pour des raisons de temps.

- 27 4. En l'espèce, la défenderesse doit donc en principe fournir, dès l'invitation à l'achat, une information quant à la manière dont le prix est calculé conformément à l'article 7, paragraphe 1 et paragraphe 4, sous c), de la directive 2005/29/CE (article 5bis, paragraphe 1, article 5ter, paragraphe 1, point 3, UWG, nouvelle version).
- 28 a) Le prix (total) dû pour la fourniture de l'électricité ne peut pas être déterminé à l'avance du fait de la nature du produit étant donné qu'il dépend de la quantité d'électricité effectivement consommée [OMISSIS] [Renvoi à la doctrine nationale]. La quantité d'électricité effectivement consommée peut s'écarter de la quantité d'électricité que le consommateur saisi dans le simulateur de tarif de la défenderesse.
- 29 b) L'obligation d'information qui existe ainsi quant à la manière dont le prix est calculé n'est pas écartée par les obligations d'information reposant sur la directive 98/6/CE relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs. Certes, en vertu de l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2005/29/CE, en cas de conflit entre les dispositions de la directive et d'autres règles communautaires régissant des aspects spécifiques des pratiques commerciales déloyales, ces autres règles priment et s'appliquent à ces aspects spécifiques. La directive 98/6/CE ne prévoit cependant pas de règles pour le cas où le prix ne peut pas raisonnablement être calculé à l'avance en raison de la nature du produit ; en particulier, l'obligation d'indiquer le prix de vente au sens du prix définitif valable pour une unité du produit ou une quantité donnée du produit en vertu de l'article 3, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 2, sous a), de la directive 98/6/CE n'est alors pas applicable ([OMISSIS] [Référence à la doctrine nationale] ; voir aussi au sujet du rapport entre les deux directives, arrêt du 7 juillet 2016, Citroën Commerce, C-476/14, [OMISSIS] [[OMISSIS] points 44 et suivant] = WRP 2016, 1096 – Citroën Commerce ; BGH, arrêt du 10 novembre 2016 – I ZR 29/15, GRUR 2017, 286 [juris point 15] = WRP 2017, 296 – Hörgeräteausstellung ; BGH, GRUR 2022, 1163 [juris points 40 et 51 à 54] – Grundpreisangabe im Internet, avec d'autres références).
- 30 5. Le présent litige soulève la question, dont la solution ne s'impose pas avec évidence, de savoir si l'information à communiquer en vertu de l'article 7, paragraphe 1 et paragraphe 4, sous c), de la directive 2005/29/CE (article 5bis, paragraphe 1, point 3, UWG, nouvelle version) quant à la manière dont le prix est calculé doit, en cas d'aménagement du prix en fonction de la consommation, être fournie de telle manière que le client puisse procéder de manière autonome au calcul du prix sur la base de cette information s'il connaît sa consommation.
- 31 a) D'après la jurisprudence de la Cour, les détails du calcul du prix définitif ainsi que, le cas échéant, les coûts supplémentaires ou la mention que ces coûts sont à

la charge du consommateur relèvent de la manière dont le prix est calculé (voir arrêt Ving Sverige [OMISSIS] [[OMISSIS] point [65]). Le juge national doit vérifier si l'omission des détails du calcul du prix définitif n'empêche pas le consommateur de prendre une décision commerciale en connaissance de cause et ne le pousse pas ainsi à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Il doit en outre tenir compte des limites du moyen de communication choisi, de la nature et des caractéristiques du produit ainsi que des autres mesures que le professionnel a adoptées pour mettre les informations à la disposition du consommateur (voir arrêts Ving Sverige [OMISSIS] [[OMISSIS] points 66 à 72 ; et arrêt du 26 octobre 2016, Canal Digital Danmark, C-611/14, [OMISSIS] [OMISSIS] points 58 et 62 à 64] = [OMISSIS]).

- 32 b) Le consommateur a besoin de l'indication du pourcentage concret de la quantité de compensation afin de prendre une décision en connaissance de cause et la rétention de cette information est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.
- 33 aa) D'après la jurisprudence de la chambre de céans, les conditions de l'article 5bis, paragraphe 1, points 1 et 2, UWG, nouvelle version, (article 7, paragraphe 1, de la directive 2005/29/CE) selon lesquelles le consommateur a en fonction des circonstances besoin de l'information qui ne lui est pas communiquée pour prendre une décision en connaissance de cause et que la rétention de cette information est susceptible d'amener le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, constituent des éléments supplémentaires qui doivent être examinés de manière autonome. L'entrepreneur qui fait valoir que – en dérogation à ce que prévoit la règle générale – le consommateur n'a pas besoin d'une information substantielle qui ne lui est pas communiquée pour une décision d'achat et que la rétention de cette information ne peut pas amener le consommateur à prendre une autre décision d'achat est toutefois soumis à une charge de la preuve secondaire (voir au sujet de l'article 5bis, paragraphe 2, UWG ancienne version, BGH, arrêt du 7 April 2022 – I ZR 143/19, BGHZ 233, 193 [juris point 51] – Knuspermüsli II, avec d'autres références).
- 34 bb) D'après les constatations du Landgericht auxquelles la juridiction d'appel s'est référées en vertu de l'article 540, paragraphe 1, première phrase, point 1, ZPO [Zivilprozessordnung – code de procédure civile], certains gestionnaires de réseau de distribution imposent aux fournisseurs d'électricité une certaine quantité de compensation. Le pourcentage de la quantité de compensation dépend donc de la décision de l'exploitant de réseau. En outre, dans le cadre de l'instance de Revision, il y a lieu de s'appuyer au bénéfice du requérant sur son exposé litigieux selon lequel tous les fournisseurs d'électricité ne répercuteraient pas sur les clients la quantité de compensation imposée par l'exploitant de réseau. Selon cet exposé, les autres conditions de l'article 5bis, paragraphe 1, points 1 et 2, UWG sont remplies dans le présent litige car c'est le montant du pourcentage de la quantité de compensation intégré par la défenderesse dans le calcul du prix qui permet de comparer l'offre de la défenderesse à celle d'autres fournisseurs d'électricité. Il en

est d'ailleurs ainsi même lorsque tous les fournisseurs d'électricité répercutent la quantité de compensation imposée par l'exploitant de réseau de la même manière aux clients car il peut y avoir deux offres concurrentes dont l'une présente un prix meilleur marché dans le tarif réduit et l'autre un prix meilleur marché dans le tarif plein. Savoir quelle offre est la meilleure marché pour le consommateur dépend alors (aussi) du pourcentage de la quantité de compensation.

- 35 c) Il n'est ni établi ni manifeste que la défenderesse qui fait de la publicité sur son site internet en intégrant un simulateur de tarif serait soumise à des limitations du fait du moyen de communication qu'elle utilise.
- 36 d) Le litige soulève la question, dont la solution ne s'impose pas avec évidence, de savoir comment interpréter la caractéristique de la « manière dont le prix est calculé » au sens de l'article 7, paragraphe 1 et paragraphe 4, sous c), de la directive 2005/29/CE (article 5bis, paragraphe 1, article 5ter, paragraphe 1, point 3, UWG, nouvelle version). La question préjudicielle vise à clarifier si l'information que doit communiquer le professionnel quant à la manière dont le prix est calculé en cas de tarification en fonction de la consommation doit être fournie de telle manière que le client puisse procéder de manière autonome au calcul du prix sur la base de cette information s'il connaît sa consommation.
- 37 aa) Le syntagme « manière dont le prix est calculé » permet une interprétation en ce sens qu'il suffit que le professionnel informe [le consommateur] simplement de manière générale des composantes pertinentes pour le calcul du prix et des détails du calcul du prix (sur cette notion, voir arrêt de la Cour Ving Sverige [OMISSIS] [juris point 65]). Pour autant que la Cour ait jugé que l'obligation d'information quant à la manière dont le prix est calculé concerne également les détails du calcul du prix définitif (voir arrêt Ving Sverige, [OMISSIS] [OMISSIS] point 65), cela ne fait pas non plus d'emblée obstacle à une telle interprétation.
- 38 bb) L'objet de la directive 2005/29/CE qui est de garantir un niveau élevé de protection des consommateurs (voir considérants 5 et 6 ainsi que article 1^{er} de la directive 2005/29/CE ; arrêt de la Cour Canal Digital Danmark, [OMISSIS] [OMISSIS] points 25 et suivant ainsi que 62), pourrait cependant plaider en ce sens que l'information doit permettre au consommateur de déterminer le prix [OMISSIS] [Référence à la doctrine nationale]. On ne peut toutefois pas tirer de la directive 2005/29/CE de précision supplémentaire quant à la notion de « manière dont le prix est calculé ». Il en va également ainsi pour l'article 6, paragraphe 1, sous d), de la directive 2005/29/CE ainsi que pour l'article 5, paragraphe 1, sous c), l'article 6, paragraphe 1, sous c) et l'article 7, paragraphe 4, alinéa 1, sous a), de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs dans lesquels la notion est également utilisée. Les notions similaires à l'article 22, paragraphe 3, sous a), de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur et à l'article 3, sous b), de la directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative ne sont pas non plus définies plus avant.

- 39 cc) Le contexte réglementaire de l'article 7, paragraphe 4, sous c), de la directive 2005/29/CE pourrait aussi plaider contre la supposition qu'une indication générale quant à une quantité de compensation à prendre en compte suffit. En ce qui concerne les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux qui ne peuvent pas raisonnablement être calculés à l'avance, il suffit d'indiquer que de tels coûts supplémentaires peuvent naître. Cette partie de la réglementation ne concerne cependant pas l'information relative à la manière dont le prix est calculé (voir les conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-476/14 du 16 décembre 2015, [OMISSIS] point 73). Cela pourrait suggérer que des informations supplémentaires sont nécessaires. Dans le présent litige, le débat porte non sur les coûts supplémentaires mais au contraire sur les détails du calcul du prix définitif.
- 40 5. La question préjudicielle est pertinente pour la solution du litige.
- 41 a) Si l'indication du pourcentage de la quantité de compensation devait être considérée comme une information substantielle au sens de l'article 7, paragraphe 1 et paragraphe 4, sous c), de la directive 2005/29/CE (article 5bis, paragraphe 1, article 5ter, paragraphe 1, point 3, UWG, nouvelle version), il faudrait supposer dans la procédure de Revision au bénéfice du requérant que la défenderesse a retenu cette information vis-à-vis du consommateur.
- 42 aa) La chambre de céans a déjà décidé que la rétention d'une information suppose que ladite information relève du champ d'activité et de la responsabilité de l'entrepreneur et que ce dernier peut l'obtenir en produisant un effort supportable (voir sur l'article 5bis, paragraphe 2, première phrase, UWG, ancienne version, arrêt du BGH du 21 juillet 2016 – I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076 [juris point 27] = WRP 2016, 1221 – LGA tested; arrêt du 2 mars 2017 – I ZR 41/16, GRUR 2017, 922 [juris point 27] = WRP 2017, 1081 – Komplettküchen; arrêt du 5 octobre 2017 – I ZR 232/16, GRUR 2018, 438 [juris point 32] = WRP 2018, 420 – Energieausweis). Cela tient compte de la circonstance que les obligations d'information restreignent la liberté d'entreprise (article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et doivent donc être proportionnées. La directive 2005/29/CE pose certes uniquement en son article 7, paragraphe 3, des règles sur les limites dans l'espace et le temps du moyen de communication employé par le professionnel, et pas sur la disponibilité et l'obtention de l'information. Si on ne tenait toutefois absolument pas compte de cet aspect, le professionnel devrait dans de tels cas renoncer à une telle publicité sous forme d'invitation à l'achat et recourir à d'autres formes de publicité.
- 43 bb) Indépendamment de la question de savoir si l'information relative au pourcentage de la quantité de compensation relève ou non du champ d'activité et de la responsabilité de la défenderesse, la juridiction d'appel n'a en tout cas pas constaté dans le présent litige qu'il aurait été impossible pour la défenderesse de se procurer l'information en cause. Elle a certes indiqué dans l'arrêt en appel que la défenderesse n'aurait pas été en mesure d'indiquer une quantité concrète de compensation. La défenderesse a renvoyé dans son mémoire en réponse en

Revision à son exposé dans l'instance précédente en ce sens que les 874 exploitants de réseau de distribution – en 2020 – ne publieraient que rarement le pourcentage de la quantité de compensation applicable pour leur zone de réseau ; elle ne prendrait connaissance de ce pourcentage qu'avec la confirmation de l'enregistrement du service de livraison par l'exploitant local du réseau de distribution. La juridiction d'appel n'a toutefois pas constaté quel effort la défenderesse devrait fournir pour rassembler dans une base de données les pourcentages de la quantité de compensation, pour autant qu'elle les connaisse déjà et la compléter des pourcentages qu'elle ne connaît pas encore par des demandes auprès des exploitants de réseau de distribution en cause et garder les informations à jour.

- 44 b) Les autres conditions d'une action en cessation d'une atteinte au titre de l'article 8, paragraphe 1, première phrase, UWG sont remplies.

[OMISSIS] [Noms des juges ayant signé l'ordonnance]

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Indication des instances précédentes]

DOCUMENT DE TRAVAIL