

Affaire C-100/24

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

7 février 2024

Juridiction de renvoi :

Bundesgerichtshof (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

21 décembre 2023

Requérante en première instance et au pourvoi en « Revision » :

Verbraucherzentrale Hamburg e. V.

Défenderesse en première instance et au pourvoi en « Revision » :

bonprix Handelsgesellschaft mbH

[OMISSIS]

**BUNDESGERICHTSHOF
(COUR FÉDÉRALE DE JUSTICE, ALLEMAGNE)**

ORDONNANCE

[OMISSIS]

Dans le litige opposant

Verbraucherzentrale Hamburg e. V., [OMISSIS]

[OMISSIS] Hamburg,

requérante en première instance et au pourvoi en « Revision »,

– [OMISSIS]

à

bonprix Handelsgesellschaft mbH, [OMISSIS]

[OMISSIS] Hambourg,

défenderesse en première instance et au pourvoi en « Revision »,

– [OMISSIS]

la première chambre civile du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice), lors de l'audience du 21 décembre 2023, [OMISSIS]

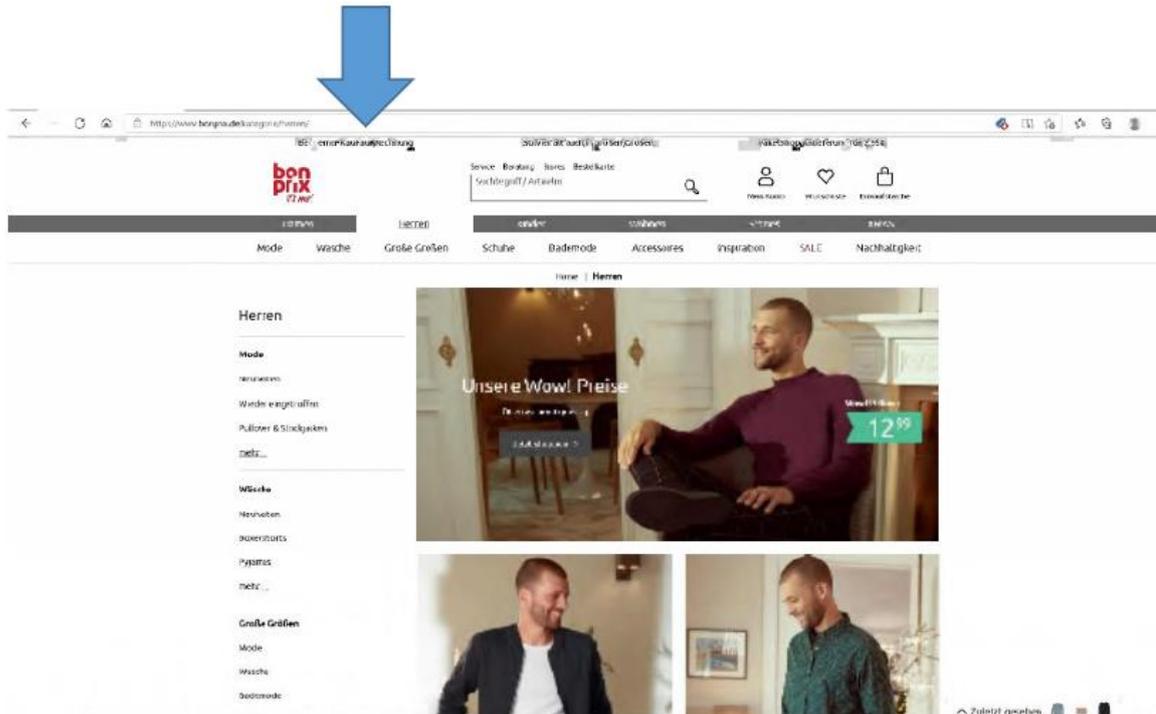
ordonne :

- I. Il est sursis à statuer.
- II. La Cour de justice de l'Union européenne est saisie de la question préjudicielle suivante, aux fins de l'interprétation de l'article 6, sous c), de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique » ; JO 2000, L 178, p. 1) :

La publicité faisant état d'une modalité de paiement (en l'espèce : « achat facile sur facture »), qui n'a certes qu'une faible valeur pécuniaire, mais qui présente pour le consommateur des avantages tant de nature juridique que de sécurité (en l'espèce : pas de divulgation de données de paiement sensibles et, en cas de résolution du contrat, pas de demande de répétition d'une prestation préalable), constitue-t-elle une offre promotionnelle au sens de l'article 6, sous c), de la directive 2000/31 sur le commerce électronique ?

Motifs

- 1 A. La requérante est une association inscrite sur la liste visée à l'article 4 de l'Unterlassungsklagengesetz (loi sur les actions en cessation de violations du droit de la consommation et d'autres violations ; ci-après l'« UKlaG »). La défenderesse exploite un commerce de vente par correspondance sur Internet.
- 2 En décembre 2021, la défenderesse a fait de la publicité sur son site Internet www.bonprix.de avec l'indication « achat facile sur facture » (voir l'annexe K 2 reproduite ci-après ; une flèche a été ajoutée pour mettre en évidence cette indication).



- 3 La requérante a contesté cette publicité comme étant trompeuse, car celle-ci ne permet pas de percevoir la réserve en réalité applicable, à savoir une évaluation de la solvabilité, et elle a mis en demeure la défenderesse, sans succès.
- 4 La requérante a demandé que la défenderesse soit condamnée, sous peine de certaines mesures d'astreinte, à

s'abstenir de faire de la publicité, sur un site Internet publié en vue de la conclusion de contrats de vente avec des consommateurs, ainsi qu'il ressort de la capture d'écran présentée en annexe K 2, avec le slogan « achat facile sur facture », lorsque l'achat sur facture ainsi promu n'est proposé que sous réserve d'une évaluation de la solvabilité de l'acheteur.
- 5 La requérante demande en outre le remboursement de ses frais de mise en demeure.
- 6 Le Landgericht (tribunal régional) a rejeté le recours. Après avoir prévenu les parties la juridiction d'appel a rejeté l'appel formé par la requérante dans une décision unanime. Dans son pourvoi en « Revision », admis par la chambre de céans et dont la défenderesse sollicite le rejet, la requérante persiste dans ses demandes.
- 7 B. Le succès du pourvoi en « Revision » dépend de l'interprétation de l'article 6, sous c), de la directive 2000/31. Avant de statuer sur le pourvoi en « Revision » de la requérante, il convient donc de sursoir à statuer et de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267, premier alinéa, sous b), et troisième alinéa, TFUE.

- 8 I. La juridiction d'appel a motivé le rejet des conclusions avancées dans la demande comme suit.
- 9 La publicité avec l'indication « achat facile sur facture » n'est pas trompeuse et elle ne contrevient à aucune obligation d'information.
- 10 L'indication n'est pas trompeuse. Dans le présent contexte, le public comprend cette indication générale comme signifiant simplement qu'un achat sur facture est possible. En revanche, le consommateur visé ne s'attend pas à ce que toutes les conditions et tous les détails de l'achat sur facture lui soient communiqués à cet endroit. Il ne va pas déduire de l'indication en cause que cette possibilité est accordée sans condition ni réserve à tout acheteur. Il ne s'agit pas d'une publicité qui attire le regard, car elle n'est pas mise en évidence. Ainsi, l'attention du consommateur n'est pas attirée par une affirmation sensationnelle ou qui sort de l'ordinaire.

En revanche, il serait très inhabituel que la défenderesse ne soumette pas l'achat sur facture à des conditions. La défenderesse a démontré de manière circonstanciée que, dans le domaine de la vente par correspondance sur Internet, l'achat sur facture soumis à certaines conditions est une pratique courante sur le marché. La requérante n'a pas suffisamment réfuté cette démonstration. Même si un consommateur devait ne pas se préoccuper d'éventuelles réserves de la défenderesse, faute d'indications spécifiques à ce sujet, il n'y a pas tromperie. L'indication litigieuse est objectivement vraie parce qu'un achat sur facture est possible auprès de la défenderesse, et que la mise en balance des intérêts qu'il convient d'effectuer lors de l'évaluation d'une tromperie par des indications objectivement vraies penche en faveur de la défenderesse. Il n'y a pas d'effet d'attraction accru de la publicité. Lors du processus de commande, le client est informé des conditions de l'achat sur facture.

- 11 En outre, cette indication ne contrevient à aucune obligation d'information. Il convient d'examiner si, compte tenu de la présentation concrète du site Internet de la défenderesse, le consommateur, en même temps qu'il reçoit le message publicitaire « achat facile sur facture », doit être informé du point de savoir si cet achat sur facture est soumis à des conditions et, le cas échéant, lesquelles. Pour les motifs déjà évoqués, cette question appelle une réponse négative. En particulier, aucune atteinte n'a été portée à l'obligation d'information prévue à l'article 6, paragraphe 1, point 3, du Telemediengesetz (loi sur les médias électroniques ; ci-après le « TMG »), qui exige que les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes et les cadeaux soient clairement identifiables et qui fait partie des dispositions de transposition des directives de droit de l'Union auxquelles il est fait référence à l'article 5a, paragraphe 4, de l'UWG. L'achat sur facture n'est pas un avantage pécuniaire comparable aux rabais, aux primes ou aux cadeaux mentionnés dans la [première de ces] disposition[s]. Il manque un avantage supplémentaire, sensible et identifiable dans le cadre d'une offre de produits ou de services sans rémunération supplémentaire. Dans le cadre d'un achat sur facture, l'acheteur doit payer le même prix, lequel est exigible immédiatement après

réception de la marchandise, sans qu'aucun accord supplémentaire ne soit nécessaire. Le seul avantage financier pour l'acheteur réside dans le fait qu'il paye le prix d'achat quelques jours plus tard qu'avec d'autres modes de paiement. Aucun avantage allant au-delà de l'achat proprement dit n'est accordé.

- 12 La requérante n'étant pas fondée à demander l'interdiction, les frais de mise en demeure ne doivent pas être remboursés.
- 13 II. Le recours en « Revision » sera accueilli si c'est à tort que la juridiction d'appel a écarté une violation par la défenderesse des dispositions de l'article 5a, paragraphes 2 et 4, de l'UWG dans sa version en vigueur jusqu'au 27 mai 2022 (ci-après l'« UWG dans son ancienne version »), ou de l'article 5a, paragraphe 1, et de l'article 5b, paragraphe 4, de l'UWG dans sa version en vigueur à partir du 28 mai 2022 (ci-après l'« UWG dans sa nouvelle version »), lues conjointement à l'article 6, paragraphe 1, point 3, du TMG.
- 14 1 [OMISSIS] L'intérêt à agir [OMISSIS] est caractérisé [OMISSIS]
- 15 2 Selon l'article 5a, paragraphe 2, première phrase, de l'UWG dans son ancienne version, commet un acte de concurrence déloyale quiconque omet, dans le contexte factuel précis, compte tenu de toutes les circonstances, une information substantielle (1) dont le consommateur a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision en connaissance de cause et (2) dont l'omission est susceptible d'amener le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait sinon pas prise. En vertu de l'article 5a, paragraphe 1, de l'UWG dans sa nouvelle version, agit de manière déloyale quiconque trompe un consommateur ou un autre acteur du marché en omettant une information substantielle (1) dont le consommateur ou un autre acteur du marché a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause, et (2) dont l'omission est susceptible d'amener le consommateur ou un autre acteur du marché à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Conformément à l'article 5a, paragraphe 4, de l'UWG dans son ancienne version et à l'article 5b, paragraphe 4, de l'UWG dans sa nouvelle version, sont également considérées comme substantielles au sens de l'article 5a, paragraphe 2, de l'UWG dans son ancienne version et de l'article 5a, paragraphe 1, de l'UWG dans sa nouvelle version, les informations qui ne peuvent être dissimulées au consommateur en vertu des règlements de l'Union ou de la législation transposant les directives de l'Union relatives aux communications commerciales, y compris la publicité et le marketing.
- 16 Les dispositions de l'article 5a, paragraphe 2, première phrase, de l'UWG dans son ancienne version, et de l'article 5a, paragraphe 1, de l'UWG dans sa nouvelle version visent à transposer l'article 7, paragraphe 1, 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 ») (JO 2005, L 149, p. 22)] [Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice), arrêt du 26 octobre 2023, I ZR 176/19, *GRUR* 2023, 1704 (motifs, point 20), *WRP* 2024, 65, « distributeur automatique de cigarettes III », et références citées]. En vertu de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2005/29, une pratique commerciale est réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. L'article 7, paragraphe 5, de la directive 2005/29, sur la base duquel l'article 5a, paragraphe 4, de l'UWG dans son ancienne version et l'article 5b, paragraphe 4, de l'UWG dans sa nouvelle version ont été adoptés [Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice), *GRUR* 2023, 1704 (motifs, point 20), « distributeur automatique de cigarettes III », précité], dispose que les informations qui sont prévues par le droit communautaire et qui sont relatives aux communications commerciales, y compris la publicité ou le marketing, et dont une liste non exhaustive figure à l'annexe II de cette directive, sont réputées substantielles. Dans la liste de l'annexe II de la directive 2005/29, il est fait référence à l'article 6 de la directive 2000/31, transposé en droit allemand par l'article 6, paragraphe 1, du TMG.

- 17 3 Dans le présent litige, il se peut que la défenderesse ait enfreint l'obligation d'information prévue à l'article 6, paragraphe 1, point 3, du TMG. Conformément à cette disposition, les prestataires de services doivent respecter les conditions suivantes pour les communications commerciales qui constituent des télé-médias ou des éléments de télé-médias : les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes et les cadeaux, doivent être clairement identifiables comme telles et les conditions pour en bénéficier doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque. Cette disposition vise à transposer l'article 6, sous c), de la directive 2000/31 (en ce qui concerne la disposition devancière de l'article 7 du TMG dans son ancienne version, dont le libellé est identique à cet égard, voir l'exposé des motifs du projet de loi gouvernemental sur les conditions juridiques formant un cadre pour les communications électroniques, BT-Drucks. 14/6098, p. 22), et elle doit donc faire l'objet d'une interprétation conforme à cette directive. Selon l'article 6, sous c), de la directive 2000/31, outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que les communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information ou qui constituent un tel service répondent au moins aux conditions suivantes : lorsqu'elles sont autorisées dans l'État membre où le prestataire est établi, les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes et les cadeaux, doivent être clairement identifiables comme telles et les conditions pour en bénéficier doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque.

- 18 a) En tant qu'exploitante d'un commerce de vente par correspondance sur Internet, la défenderesse est un prestataire de services au sens de l'article 2, point 2, du TMG et de l'article 2, sous b), de la directive 2000/31 [sur la notion de prestataire de services, voir Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice), arrêt du 9 septembre 2021, I ZR 90/20, BGHZ 231, 38 (motifs, point 106), « Influenceur I »].
- 19 b) L'indication litigieuse en l'espèce, « achat facile sur facture », constitue une communication commerciale et fait partie intégrante d'un télé-média ou d'un service de la société de l'information au sens de l'article 6, paragraphe 1, point 3, du TMG et de l'article 6, sous c), de la directive 2000/31.
- 20 À cet égard, conformément à l'article 2, point 5, du TMG et à l'article 2, sous f), de la directive 2000/31, on entend par communication commerciale toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée, mais pas les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique, ni les communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière. Selon la chambre de céans, cette définition de la communication commerciale est également déterminante pour l'interprétation de l'article 5a, paragraphe 4, de l'UWG dans son ancienne version, de l'article 5b, paragraphe 4, de l'UWG dans sa nouvelle version, et de l'article 7, paragraphe 5, de la directive 2005/29 [Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice), GRUR 2023, 1704 (motifs, point 22), « distributeur automatique de cigarettes III »]. Selon ces dispositions, l'indication de la défenderesse ici litigieuse relève de la notion de communication commerciale, car elle sert à promouvoir directement des biens de la défenderesse.
- 21 L'indication fait en outre partie intégrante d'un télé-média (article 1^{er}, paragraphe 1, première phrase, du TMG) ou d'un service de la société de l'information [article 2, sous a), de la directive 2000/31], puisque la défenderesse la fait figurer sur le site Internet faisant de la publicité pour ses activités de vente par correspondance [article 1^{er}, point 2, de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO 1998, L 204, p. 37) pour les services de la société de l'information, dans sa version résultant de la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 juillet 1998, portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO 1998, L 217, p. 1)].

- 22 c) Il est nécessaire d'établir si l'indication litigieuse, qui promeut la possibilité d'un « achat facile sur facture », relève de la notion d'offre promotionnelle au sens de l'article 6, sous c), de la directive 2000/31.
- 23 aa) La signification et la portée d'une notion de droit de l'Union qui n'est pas définie par les dispositions pertinentes du droit de l'Union doivent être établies conformément au sens habituel du terme en cause dans le langage courant, tout en tenant compte du contexte dans lequel il est utilisé et des objectifs poursuivis par la réglementation dont il fait partie [arrêts du 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds*, C-201/13, EU:C:2014:2132, point 19 ; et du 7 avril 2022, *Y GmbH (Oléorésine de vanille)*, C-668/20, EU:C:2022:270, point 67].
- 24 bb) L'offre d'un « achat facile sur facture », faite par un entrepreneur pour promouvoir ses biens, devrait correspondre à la notion de « Angebote zur Verkaufsförderung » (en anglais, « promotional offers » ; en français, « offres promotionnelles »), prise dans son sens littéral. La simple circonstance que la défenderesse estime que cette indication mérite d'être mentionnée montre qu'elle en attend un effet publicitaire, donc promotionnel.
- 25 cc) En revanche, la prise en compte du contexte normatif, c'est-à-dire de la mention, à titre illustratif (« telles que »), « [des] rabais, [des] primes et [des] cadeaux », conduit à s'interroger sur le point de savoir si le législateur n'a pas entendu restreindre la notion d'offre promotionnelle en ce sens que la disposition en cause ne s'applique pas à de simples modalités de paiement comme la possibilité d'acheter sur facture. Toutefois, même si l'on considère que l'article 6, paragraphe 1, point 3, du TMG ne couvre que les avantages pécuniaires [BeckOK Informations- und Medienrecht, Pries, 42^e éd. (à jour au 1^{er} novembre 2023), « §6 TMG », point 7 ; BeckOK IT-Recht, Sasing-Wagenpfeil, 12^e éd. (à jour au 1^{er} juillet 2023), « §6 TMG », point 31 ; Spindler, in Spindler et Schmitz, *TMG*, 2^e éd., « § 6 », point 23], cela ne s'oppose pas à l'inclusion de l'offre d'un achat sur facture dans la notion d'offre promotionnelle, dans la mesure où, comme c'est le cas en l'espèce, un avantage pécuniaire (même minime) est lié à la modalité de paiement promue, compte tenu du report de fait du paiement qui y est associé. Si l'on renonce à l'exigence d'un avantage pécuniaire et que l'on admet également que la promesse d'un traitement préférentiel suffit (en ce sens Roßnagel et Schmitt, *Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste*, « § 6 TMG », point 24), la condition matérielle d'application de la disposition invoquée est tout cas remplie.
- 26 D'un autre côté, si, comme la défenderesse en « Revision », l'on insiste sur le « caractère exceptionnel » des mesures d'offre promotionnelle énumérées à titre d'exemple pour distinguer la notion d'offre promotionnelle de la notion (plus large) de promotion des biens [article 2, point 5, du TMG, et article 2, sous f), de la directive 2000/31], cela pourrait plaider contre la qualification des modalités de paiement en tant qu'« offre promotionnelle ».

- 27 dd) Selon le considérant 10 de la directive 2000/31, l'objectif de ce texte est de créer un espace sans frontières intérieures pour le commerce électronique, avec un haut niveau de protection des objectifs d'intérêt général, y compris la protection du consommateur. Selon le considérant 29, deuxième phrase, de cette directive, les communications commerciales, y compris les rabais, les offres, concours et jeux promotionnels, doivent respecter un certain nombre d'obligations relatives à la transparence dans l'intérêt de la protection des consommateurs et de la loyauté des transactions.
- 28 L'inclusion de la publicité faisant état des modalités de paiement dans la notion d'offres promotionnelles serait conforme à l'objectif de protection des consommateurs. La requérante en « Revision » fait valoir à juste titre que l'octroi de la possibilité d'acheter sur facture présente également pour l'acheteur des avantages tant de nature juridique que de sécurité, puisque, dans le cadre d'un achat sur facture, il ne doit pas fournir au vendeur des données de paiement sensibles (par exemple, en cas de paiement par carte bancaire, le numéro de la carte de paiement et le code de vérification de la carte ou, en cas de prélèvement, ses coordonnées bancaires). En outre, dans le cadre d'un achat sur facture, il n'est pas exposé, en cas de résolution éventuelle, par exemple à la suite de l'exercice du droit de rétractation dont dispose le consommateur en matière de vente à distance au titre de l'article 9, paragraphe 1, de la directive 2011/83/UE [du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011], relative aux droits des consommateurs, [modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (JO 2011, L 304, p. 64)], ou en cas de vices des marchandises, à l'effort d'une demande de répétition en raison de sa prestation préalable.
- 29 Le fait que, conformément à l'article 6, paragraphe 1, sous g), de la directive 2011/83, dans le cadre d'un contrat à distance, le consommateur doit être informé des modalités de paiement avant la conclusion du contrat ne fait pas obstacle à une interprétation large de la notion d'offre promotionnelle. Une interprétation large de l'article 6, sous c), de la directive 2000/31 conduirait certes à ce que l'obligation d'information prévue à l'article 6, paragraphe 1, sous g), de la directive 2011/83 s'applique à une étape nettement plus précoce du processus de vente. Toutefois, les obligations d'information prévues à l'article 6, sous c), de la directive 2000/31 s'ajoutent, selon le libellé explicite de cette disposition, aux « autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire ».
- 30 ee) La question se pose donc de savoir si la notion d'offre promotionnelle, au sens de l'article 6, sous c), de la directive 2000/31, inclut également la publicité faisant état d'une modalité de paiement (en l'espèce : « achat facile sur facture »), qui n'a certes qu'une faible valeur pécuniaire, mais qui présente pour le consommateur des avantages tant de nature juridique que de sécurité (en l'espèce : pas de divulgation de données de paiement sensibles et, en cas de résolution du contrat, pas de demande de répétition d'une prestation préalable).

- 31 4 La question préjudicielle est pertinente pour la solution du litige.
- 32 a) Si l'indication litigieuse constitue une offre promotionnelle au sens de l'article 6, paragraphe 1, point 3, du TMG, la requérante est fondée à demander une interdiction et le remboursement des frais de mise en demeure invoqués dans le cadre de la demande, puisque la défenderesse a omis de fournir les informations prévues par cette disposition sur les conditions pour bénéficier de l'offre promotionnelle, faute d'indiquer que la possibilité d'achat sur facture promue est subordonnée à une évaluation préalable de la solvabilité.
- 33 b) La requérante n'est pas fondée à invoquer une tromperie au sens de l'article 5, paragraphe 1, et de l'article 5, paragraphe 2, point 1, de l'UWG. La juridiction d'appel a écarté cette allégation à juste titre.

[OMISSIS]

Instances antérieures :

Landgericht Hamburg (tribunal régional de Hamburg, Allemagne), jugement du 21 juillet 2022, 403 HKO 37/22

Oberlandesgericht Hamburg (tribunal régional supérieur de Hamburg, Allemagne), arrêt du 9 janvier 2023, 15 U 75/22 [OMISSIS]

[OMISSIS]