

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL DE BORDEAUX
QUATRIÈME CHAMBRE CIVILE
ARRÊT DU 10 JUIN 2020**

(Rédacteur : Madame Catherine BRISSET, Conseiller)

N° RG 17/06541 – N° Portalis DBVJ-V-B7B-KEUI

SAS DISTRIBUTION CASINO FRANCE

c/

SAS BLENAN

Nature de la décision : AU FOND

Décision déferée à la Cour : jugement rendu le 03 octobre 2017 (R.G. 2014F00809) par le Tribunal de Commerce de BORDEAUX suivant déclaration d'appel du 28 novembre 2017

APPELANTE :

SAS DISTRIBUTION CASINO FRANCE, prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège, [...]

représentée par Maître Daniel LASSERRE de la SELARL EXEME ACTION, avocat au barreau de BORDEAUX et assistée par la SELARL FOURGOUX DJAVADI & ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS

INTIMÉE :

SAS BLENAN agissant poursuites et diligences de son représentant Légal domicilié en cette qualité audit siège, [...]

représentée par Maître Michel PUYBARAUD de la SCP MICHEL PUYBARAUD, avocat au barreau de BORDEAUX et assistée par Maître Philippe HONTAS, membre du cabinet HONTAS & MOREAU, avocat au barreau de Bordeaux

COMPOSITION DE LA COUR :

Monsieur Robert CHELLE, Président,

Madame Elisabeth FABRY, Conseiller,

Madame Catherine BRISSET, Conseiller,

Greffier : Monsieur Hervé GOUDOT

ARRÊT :

— contradictoire

— prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour.

FAITS ET PROCÉDURE

La SAS Blenan exploite à Léognan (33) un hypermarché sous l'enseigne Leclerc. La SAS Distribution Casino France (la société Casino) exploite un hypermarché sous l'enseigne Géant Casino à Villenave d'Ornon (33).

Invoquant des campagnes de publicité comparative qu'elle estimait trompeuses, la société Blenan a obtenu sur requête une ordonnance en date du 29 janvier 2014 l'autorisant à faire établir différents constats. Des procès-verbaux de constat ont été établis entre février 2014 et mai 2015.

Par acte d'huissier du 2 juillet 2014, la société Blenan a fait assigner la société Casino devant le tribunal de commerce de Bordeaux en invoquant l'illicéité de ces campagnes publicitaires et en sollicitant condamnation de son adversaire au paiement de dommages et intérêts.

Par jugement du 13 décembre 2016, le tribunal a rejeté la demande de la société Casino en nullité des procès-verbaux de constat et lui a ordonné de communiquer les justificatifs des prix de vente qu'elle pratiquait 15 jours avant la date figurant sur les tickets de caisse présentés au public lors des opérations de publicité comparative.

L'affaire a été rappelée à l'audience et par jugement du 3 octobre 2017, le tribunal a :

Condamné la société Casino à payer à la société Blenan la somme de 40 000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par des opérations de publicité comparative illicites pratiquées en 2014 et 2015 sur son site commercial de Villenave d'Ornon,

Condamné la société Casino à afficher le texte, sous un format A3 en taille de police 32, le dispositif du présent jugement pendant 8 jours calendaires, sous 15 jours à compter de sa signification, aux points d'entrée et d'accueil de son magasin de Villenave d'Ornon,

Condamné la société Casino à payer à la société Blenan la somme de 4 000 euros par application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile

Débouté les parties du surplus de leurs demandes,

Dit n'y avoir lieu à exécution provisoire,

Condamné la société Casino aux dépens, comprenant le coût des constats d'huissier.

La société Casino a relevé appel de la décision le 28 novembre 2017 en ce qu'il a :

Condamné la société Casino à payer à la société Blenan la somme de 40 000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par des opérations de publicité comparative illicites pratiquées en 2014 et 2015 sur sous site commercial de Villenave d'Ornon,

Condamné la société Casino à afficher le texte, sous un format A3 en taille de police 32, dispositif du présent jugement pendant 8 jours calendaires, sous 15 jours à compter de sa signification, aux points d'entrée et d'accueil de son magasin de Villenave d'Ornon,

Condamné la société Casino à payer à la société Blenan la somme de 4 000 euros par application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile

Condamné la société Casino aux dépens, en ce compris les frais de signification de l'ordonnance du 28 janvier 2014, les coûts des constats d'huissier et les frais d'exécution,

Intimant la société Blenan et énonçant dans sa déclaration d'appel les chefs du jugement critiqués.

Une mesure de médiation a été proposée aux parties sans recueillir leur accord.

PRÉTENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

Dans ses dernières écritures en date du 23 juillet 2018, auxquelles il convient de se référer pour un plus ample exposé des moyens et prétentions, la société Casino demande à la cour de:

A titre liminaire :

Dire et juger que la déclaration d'appel de la société Distribution Casino France vise l'ensemble du dispositif du jugement du tribunal de commerce de Bordeaux du 3 octobre 2017 et que la cour a été saisie des prétentions de la société Distribution Casino France visant à voir déclarer licites les publicités comparatives diffusées ;

Sur le fond, à titre principal :

Réformer le jugement du tribunal de commerce de Bordeaux du 3 octobre 2017 en ce qu'il a condamné la société Distribution Casino France ;

Statuant à nouveau :

Débouter la société Blenan de l'ensemble de ses demandes et déclarer licites les publicités comparatives diffusées par la société Distribution Casino France ;

Condamner la société Blenan à payer la somme de 8 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens de l'instance conformément à l'article 699 du code de procédure civile.

Elle conteste que le litige dévolu à la cour ne porte que sur le montant des dommages et intérêts alors que tous les chefs du jugement ont été critiqués de sorte qu'elle est recevable à venir soutenir le caractère licite de ses publicités. Elle soutient que ses publicités comparatives étaient parfaitement licites alors qu'il ne saurait lui être imposé un relevé des prix par huissier et qu'elle n'a pas procédé par message général. Elle s'explique sur l'ensemble de ses publicités comparatives. Elle conteste l'existence d'un préjudice pour la société Blenan et soutient enfin que les mesures de publicité sollicitées sont une mesure excessive.

Dans ses dernières écritures en date du 15 mai 2018, auxquelles il convient de se référer pour un plus ample exposé des moyens et prétentions, la société Blenan demande à la cour de :

A titre principal :

Vu les articles 562 et 901 CPC et la déclaration d'appel du 28 novembre 2017.

Dire et juger que faute d'être mentionnée dans la déclaration d'appel au rang des chefs de jugement qu'elle critique, la demande de la SAS DCF ayant trait à ce que la SAS Blenan soit « déboutée de l'ensemble de ses demandes » et de voir « déclarer licites les publicités comparatives diffusées par la SAS DCF » est irrecevable et qu'en tout état de cause, la cour d'appel n'est pas valablement saisie d'une telle prétention.

Faire droit à l'appel incident de la SAS Blenan sur le montant des dommages et intérêts alloués et condamner la SAS Distribution Casino France à payer à la SAS Blenan une somme de 80 000 euros au titre des préjudices moraux et économiques subis de par la mise en oeuvre de campagnes de publicité comparative illicites et trompeuses, mais aussi constitutives d'actes de concurrence déloyale.

Faire droit à l'appel incident de la SAS Blenan et ordonner la publication intégrale du jugement et de l'arrêt à intervenir sur les lieux de vente au même endroit où les chariots présentant les produits illicitement comparés étaient présents lors des différentes opérations de constat d'huissier des 3 février 2014, 14 février 2014, 8 et 11 avril 2014, 30 décembre 2014, 13 mars 2015, 16 avril 2015 et 18 mai 2015, et ce pendant un mois à compter de la signification à intervenir, et ce par l'apposition d'une banderole d'égale dimension à celles relevées dans le constat du 3 février 2014, ainsi que dans le journal Sud-Ouest, le tout aux frais de la SAS Distribution Casino France.

Outre les condamnations prononcées sur le fondement de l'article 700 CPC par le tribunal, y ajoutant, condamner la SAS Distribution Casino France à payer à la SAS BLENAN une indemnité de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du CPC.

Condamner la SAS Distribution Casino France aux entiers dépens lesquels comprendront ceux de la signification de l'ordonnance aux fins de constat du 28 janvier 2014, ceux du

jugement entrepris et les coûts des constats d'huissier des 3 février 2014, 14 février 2014, 8 et 11 avril 2014, 30 décembre 2014, 13 mars 2015, 16 avril 2015 et 18 mai 2015, lesquels sont le prolongement de l'ordonnance précitée et les frais éventuels d'exécution.

A titre subsidiaire :

Vu les articles L 121-1, L 121-8, L 121-9, L 121-10 et L 121-14 du code de la consommation et 1382 du code civil, l'article 4 de l'arrêté du 31 décembre 2008 et les articles R 418-1 à R 418-9 du code de la route et le jugement du 13 décembre 2016.

Déclarer la SAS Blenan recevable et bien fondée en ses demandes et en son appel incident formé à titre subsidiaire.

Dire et juger que les pièces produites par la SAS DCF le 10 janvier 2017 ne constituent pas au sens probatoire du terme des « justificatifs des prix de vente des produits objets de la publicité comparative qu'elle pratiquait 15 jours avant la date figurant sur les tickets de caisse présentés au public et ainsi comparés » et ce pour chacune des opérations de publicité comparative qui font l'objet d'un constat d'huissier (3 février 2014, 14 février 2014, 8 et 11 avril 2014, 30 décembre 2014, 13 mars 2015, 16 avril 2015 et 18 mai 2015).

Dire et juger que conformément à l'article 11 CPC, il convient de tirer toutes les conséquences de telles obstructions à l'accomplissement de la mesure d'instruction ordonnée et faire droit aux demandes de la SAS Blenan.

Dire et juger que les publicités comparatives mises en oeuvre par la SAS Distribution Casino France objets des constats des 3 février 2014, 14 février 2014, 8 et 11 avril 2014, 30 décembre 2014, 13 mars 2015, 16 avril 2015 et 18 mai 2015 étaient illicites car contraires aux exigences légales et au surplus, qu'elles étaient trompeuses et interdites, mais également constitutives d'actes de concurrence déloyale.

Faire droit à l'appel incident de la SAS Blenan sur le montant des dommages et intérêts alloués et condamner la SAS Distribution Casino France à payer à la SAS Blenan une somme de 80 000 euros au titre des préjudices moraux et économiques subis de par la mise en oeuvre de campagnes de publicité comparative illicites et trompeuses, mais aussi constitutives d'actes de concurrence déloyale.

Faire droit à l'appel incident de la SAS Blenan et ordonner la publication intégrale du jugement et de l'arrêt à intervenir sur les lieux de vente au même endroit où les chariots présentant les produits illicitement comparés étaient présents lors des différentes opérations de constat d'huissier des 3 février 2014, 14 février 2014, 8 et 11 avril 2014, 30 décembre 2014, 13 mars 2015, 16 avril 2015 et 18 mai 2015, et ce pendant un mois à compter de la signification à intervenir, et ce par l'apposition d'une banderole d'égale dimension à celles relevées dans le constat du 3 février 2014, ainsi que dans le journal Sud-Ouest, le tout aux frais de la SAS Distribution Casino France.

Outre les condamnations prononcées sur le fondement de l'article 700 CPC par le tribunal, y ajoutant, condamner la SAS Distribution Casino France à payer à la SAS Blenan une

indemnité de 5 000 euros sur le fondement de l'article 700 du CPC, ainsi qu'aux entiers dépens lesquels comprendront ceux de la signification de l'ordonnance aux fins de constat du 28 janvier 2014 et les coûts des constats d'huissier des 3 février 2014, 14 février 2014, 8 et 11 avril 2014, 30 décembre 2014, 13 mars 2015, 16 avril 2015 et 18 mai 2015, lesquels sont le prolongement de l'ordonnance précitée et les frais éventuels d'exécution.

Elle soutient que compte tenu des dispositions de l'article 562 du code de procédure civile et des termes de la déclaration d'appel, le seul litige dévolu à la cour porte sur les conséquences des campagnes de publicité et non sur le principe de leur caractère illicite. Elle soutient que le montant des dommages et intérêts a été sous-évalué comme la mesure de publicité donnée au jugement. À titre subsidiaire, elle considère que la campagne de publicité était déloyale et trompeuse par son caractère général et pour ne pas respecter les dispositions du code de la consommation. Elle s'explique sur les publicités contestées. Elle reprend son argumentation sur le préjudice.

La clôture de la procédure a été prononcée selon ordonnance du 18 septembre 2019 et l'affaire initialement fixée au 9 octobre 2019 renvoyée au 6 mai 2020.

Cette audience n'a pas eu lieu à la date prévue en raison de l'état d'urgence sanitaire. Il a été statué par procédure sans audience, sans opposition des parties, conformément aux dispositions de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 et de l'article 8 de l'ordonnance n°304-2020 du 25 mars 2020.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Aux termes des dispositions de l'article 954 du code de procédure civile, la cour est saisie des demandes récapitulées au dispositif des dernières écritures des parties. Il convient de rappeler que les nombreux dire et juger figurant au dispositif des écritures ne constituent pas des prétentions au sens du code de procédure civile mais tout au plus un récapitulatif des moyens développés.

L'appel a été interjeté postérieurement au 1er septembre 2017. Sont donc applicables les dispositions de l'article 562 du code de procédure civile aux termes desquelles l'appel défère à la cour la connaissance des chefs du jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent.

Contrairement aux énonciations de l'appelante, la déclaration d'appel ne visait pas l'ensemble du dispositif du jugement entrepris en ce que les mentions aux termes desquelles le tribunal déboutait les parties de leurs autres demandes et rejetait l'exécution provisoire n'étaient pas reprises. Il ne s'en déduit pas que le litige dévolu à la cour ne porte que sur les modalités de la réparation. En effet, l'appel portait bien au premier chef sur la condamnation de l'appelante à payer à l'intimée la somme de 40 000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par des opérations de publicité comparative. Cette mention était générale et n'était pas limitée au montant de la réparation. Il était donc bien dévolu à la cour l'appréciation du principe même de responsabilité et donc de la publicité illicite puisque l'appréciation des dommages et intérêts suppose que soit reconnu le caractère illicite de la publicité.

Il y a ainsi lieu de statuer sur les publicités litigieuses au regard en particulier des dispositions de l'article L 122-1 du code de la consommation sur les publicités comparatives.

En l'espèce, c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que la campagne de publicité ayant fait l'objet du procès verbal de constat du 3 février 2014 n'était pas conforme à ces dispositions. Ainsi, alors que la société Casino avait fait choix d'afficher deux tickets de caisse pour un panel comportant certes différentes catégories de produits mais limité à 34 références, elle faisait apparaître un caddie rempli complètement en regard du slogan ici c'est moins cher que Leclerc.

L'appelante fait justement valoir que le choix des paramètres de comparaison relève de la liberté de l'annonceur. Ce choix tel qu'opéré ne serait pas à lui seul critiquable. Ce qui en revanche était de nature à induire en erreur un consommateur d'attention moyenne de la grande distribution était la généralité de l'affirmation associée à une photographie d'un caddie rempli pour une comparaison réelle des prix portant sur une petite quantité de produits, 34 références dans la grande distribution, et que l'affichage rendait particulièrement lisible le slogan et le caddie très rempli alors que les rubriques des tickets de caisse supposaient une attention beaucoup plus soutenue.

Les autres campagnes de publicité ayant fait l'objet des procès-verbaux suivants ne faisaient pas apparaître cette discordance entre un message très général et une comparaison limitée. En revanche, il a été constaté par le constat d'huissier du 13 mars 2015 un produit non disponible à l'unité alors qu'il était présent dans le comparatif à l'unité et dans le constat d'huissier du 16 avril 2015 quatre produits non disponibles à la vente. Le constat du 3 février 2014 mettait en évidence un produit non disponible à l'unité alors qu'il était présent dans le comparatif à l'unité.

La question n'est pas celle de l'applicabilité de l'arrêté du 31 décembre 2008 depuis lors abrogé, inopérant en l'espèce, mais bien celle d'une publicité de nature à induire en erreur, étant rappelé que le principe premier de la publicité comparative, comme tout autre publicité, pour être licite, est de ne pas induire en erreur le consommateur. Or, le fait de communiquer sur des produits moins chers que le concurrent alors qu'ils ne sont pas disponibles en magasin est bien de nature à induire en erreur. L'appelante soutient qu'il ne s'agissait que de manques ponctuels comme il peut en exister pendant quelques heures sur un produit, sans remettre en cause sa disponibilité. Un tel argument ne saurait être retenu, en dehors de tout élément de preuve sur la durée limitée de l'indisponibilité, étant observé s'agissant du procès verbal de constat du 16 avril 2015 qu'elle concernait 4 produits sur les 32 produits de la publicité, soit 12,5%. Pour les deux autres constats l'absence de présence physique de produits à l'unité, sans élément sur la rupture ponctuelle du stock, constitue également un élément à prendre en compte.

Dès lors, il apparaît sans qu'il y ait lieu d'entrer davantage dans le détail de l'argumentation des parties que la société Blenan rapportait bien la preuve en particulier par les trois procès verbaux de constat visés ci-dessus que la société Casino avait pratiqué une publicité comparative illicite.

S'agissant de la réparation, les parties s'opposent tout d'abord sur la mesure de publicité, qu'elle soit sous forme de publication ou d'affichage, que l'appelante considère comme excessive alors que l'intimée demande à ce qu'elle soit élargie. Cette mesure de publicité peut certes être une modalité de la réparation. Elle n'est en revanche pas pertinente en l'espèce, étant observé qu'il s'agit de campagnes de publicité dont la plus récente a cinq ans et qu'au jour où le tribunal a statué plus de deux ans s'étaient déjà écoulés. Il y a lieu à réformation du jugement de ce chef et au rejet de la demande de publicité.

Quant aux dommages et intérêts, l'appelante soutient que l'intimée n'établit aucun préjudice alors que cette dernière considère qu'il a été sous évalué par les premiers juges dès lors qu'elle a subi un préjudice commercial et moral et qu'il s'infère nécessairement un préjudice de cette publicité illicite.

Il convient de retenir que les publicités litigieuses ont bien causé un préjudice à l'appelante, préjudice moral et d'un trouble commercial. S'il n'est pas produit d'éléments chiffrés, il n'en demeure pas moins que les parties opèrent sur le même segment de clientèle, sur des sites de taille comparable alors que le prix est un élément essentiel de positionnement dans la grande distribution. Il existe donc bien un préjudice ne serait ce que par l'avantage indu que s'est octroyé la société Casino vis à vis de sa concurrente. Ce préjudice a été justement apprécié par les premiers juges et le jugement sera confirmé en ce qu'il a condamné la société Casino au paiement de la somme de 40 000 euros à titre de dommages et intérêts.

Le jugement sera confirmé en ce qu'il a fait application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile au profit de la société Blenan et mis les dépens, comprenant les mesures de constat, à la charge de la société Casino.

L'appel demeure pour l'essentiel mal fondé de sorte que la société Casino sera condamnée à payer à la société Blenan une somme complémentaire de 2 000 euros par application de ces mêmes dispositions. Elle sera condamnée aux dépens d'appel.

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant publiquement, contradictoirement, conformément aux dispositions de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 et de l'ordonnance n°304-2020 du 25 mars 2020, et en dernier ressort,

Infirmes le jugement du tribunal de commerce de Bordeaux du 3 octobre 2017 en ce qu'il a condamné la SAS Casino France à une mesure d'affichage,

Statuant à nouveau de ces chefs,

Rejette la demande de publicité ou d'affichage de l'arrêt,

Confirme le jugement en ses autres dispositions non contraires,

Y ajoutant,

Condamne la SAS Casino France à payer à la SAS Blenan la somme de 2 000 euros par application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel,

Condamne la SAS Casino France aux dépens d'appel.

Le présent arrêt a été signé par M. Chelle, président, et par M. Goudot, greffier, auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.