

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

**COUR D'APPEL DE COLMAR
PREMIERE CHAMBRE CIVILE-SECTION A
ARRET DU 13 MAI 2008**

APPELANTE- INTIMEE INCIDENTE :

L' AFER, Association Française d' Epargne et de Retraite, représentée par son Président
Madame Bénédicte X...
74 rue Saint Lazare 75009 PARIS

représentée par Me François- Xavier HEICHELBECH, avocat à la Cour
Avocat plaidant : Me BRETZNER, avocat à PARIS

INTIMEE- APPELANTE INCIDENTE :

L' AGIPI, Association Générale Interprofessionnelle de Prévoyance et d' Investissement, prise
en la personne de son représentant légal,
10 Avenue Pierre Mendès France 67312 SCHILTIGHEIM CEDEX

représentée par Me Valérie SPIESER, avocat à la Cour
Avocat plaidant : Me BIGOT, avocat à STRASBOURG

COMPOSITION DE LA COUR :

L' affaire a été débattue le 25 Mars 2008, en audience publique, devant la Cour composée de :
M. HOFFBECK, Président de Chambre, entendu en son rapport
M. CUENOT, Conseiller
M. ALLARD, Conseiller
qui en ont délibéré.

Greffier, lors des débats : Mme MUNCH- SCHEBACHER, Greffier

ARRET :

- Contradictoire
- prononcé publiquement par mise à disposition de l' arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l' article 450 du Nouveau Code de Procédure Civile.
- signé par M. Michel HOFFBECK, président et Mme Christiane MUNCH- SCHEBACHER, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire. L' Association Générale Interprofessionnelle de Prévoyance et d' Investissement AGIPI, qui a pour vocation " d' étudier, de négocier et de mettre en oeuvre, avec les organismes compétents, toute formule de prévoyance, d' épargne ou de retraite susceptible d' améliorer la protection de ses membres ", propose à ses adhérents divers contrats de groupes souscrits auprès d' AXA France et d' AXA Assurances Mutuelles, dont notamment un contrat libre d' épargne et de retraite intitulé " CLER ".

L' Association Française d' Epargne et de Retraite AFER, qui propose de son côté un contrat d' assurance- vie souscrit par elle auprès du Groupe AVIVA, a pris l' initiative d' établir et de faire publier en avril 2007, sur son site Internet, un " comparateur ", destiné à comparer les frais et la rentabilité d' un échantillon de 26 contrats d' assurance- vie, dont le contrat " CLER " adverse, sélectionnés parmi les 1300 contrats existant actuellement sur le marché français.

Régulièrement autorisée par ordonnance du 31 juillet 2007, et selon un acte d' huissier délivré le 20 août 2007, exposant que l' AFER avait lancé une campagne publicitaire en s' appuyant sur ce comparatif, dans laquelle elle se prétendait la moins chère du marché, et qu' une telle publicité comparative contrevenait aux dispositions des articles L. 121- 12, L. 121- 8 et L. 121- 9 du Code de la Consommation, l' AGIPI a fait assigner l' AFER à jour fixe pour une audience du 13 septembre 2007 afin qu' il y soit mis fin et pour obtenir la réparation de son préjudice.

A l' audience du 13 septembre 2007, l' avocat postulant a demandé le renvoi de l' affaire, en se prévalant d' un accord qui serait intervenu entre les parties.

L' avocat de l' AGIPI a contesté un tel accord et a demandé à plaider.

Le tribunal, composé d' un seul magistrat, a néanmoins décidé de retenir l' affaire.

L' avocat postulant de l' AFER a déposé alors ses pièces et l' avocat de l' AGIPI a été entendu seul en sa plaidoirie.

Par un jugement du 11 octobre 2007, le Tribunal de Grande Instance de Strasbourg (Chambre civile), statuant en juge unique :

- a déclaré illicite la publicité comparative effectuée par l' AFER par voie de presse écrite et par voie radiophonique ou électronique ;
- a condamné l' AFER à cesser ou faire cesser, dans les huit jours de la signification du jugement et sous peine d' astreinte, toute diffusion ou mise en ligne du " comparateur AFER ", ainsi que toute publicité, quelqu' en soit le support, faisant référence à ce comparateur ;
- a condamné l' AFER à publier sur le site Internet concerné le dispositif du jugement dans les huit jours de la signification et pendant une durée de soixante jours, sous peine d' astreinte ;
- a condamné l' AFER à publier dans son bulletin " La lettre de l' AFER " le dispositif du jugement, dans les six mois de la signification et sous peine d' astreinte ;
- a autorisé l' AGIPI à faire publier tout ou partie du jugement dans tout journal ou revue de son choix, aux frais de l' AFER ;
- a condamné l' AFER à payer à l' AGIPI la somme de 30. 000 Euros à titre de dommages-intérêts et la somme de 8000 Euros à titre de l' article 700 du Code de Procédure Civile.

Selon une déclaration enregistrée au greffe le 9 novembre 2007, l' AFER a interjeté appel de cette décision.

Par ses dernières conclusions déposées le 19 mars 2008, elle demande à la Cour de :

- 1) Sur la nullité du jugement entrepris, à raison des vices de fond qui affectent l' assignation délivrée à la requête de l' AGIPI,
 - dire et juger que l' assignation de l' AGIPI présente des vices de fond dans la mesure où :

- cette dernière n' a produit aucune pièce de nature à démontrer de façon certaine que son " représentant légal " était habilité à introduire une quelconque action judiciaire à l' encontre de l' AFER,
- l' AGIPI n' a pas observé les règles de procédure prescrites par l' article 53 de la loi du 29 juillet 1881, alors même qu' elle allègue avoir été victime d' une diffamation,
- l' assignation de l' AGIPI n' indiquait pas la chambre du Tribunal de Grande Instance de Strasbourg à laquelle l' affaire a été attribuée, de sorte qu' elle n' a pas observé l' une des exigences impératives prescrites à peine de nullité par l' article 789 alinéa 1er du Code de Procédure Civile ;
- dire et juger, à titre subsidiaire, que le jugement entrepris émane d' une juridiction composée de façon irrégulière, puisque les dispositions des articles 801 et suivants du Code de Procédure Civile n' ont pas été observées ;
- prononcer en conséquence l' annulation du jugement et renvoyer l' AGIPI à mieux se pourvoir ;

2) Subsidiairement, sur le défaut de fondement des prétentions de l' AGIPI,

- dire et juger que l' AFER a observé les obligations prescrites à sa charge par les articles L. 121- 8, L. 121- 9 et L. 121- 12 du Code de la Consommation ;
- dire et juger que l' AGIPI n' a produit aucune pièce de nature à démontrer l' existence d' un quelconque préjudice indemnisable, susceptible de légitimer sa demande d' indemnisation ;
- rejeter en conséquence l' ensemble des demandes présentées par l' AGIPI, réformer le jugement entrepris en toutes ses dispositions et rejeter l' appel incident de l' AGIPI comme irrecevable et mal fondé ;

3) Sur le bien fondé de la demande reconventionnelle de l' AFER,

- dire et juger qu' en conférant sciemment une importante publicité au présent contentieux, l' AGIPI s' est exposée à un grief délictuel ;
- condamner en conséquence l' AGIPI à publier à ses frais le dispositif de l' arrêt à intervenir sur son site Internet, dans LA TRIBUNE, dans l' hebdomadaire l' ARGUS DE L' ASSURANCE et dans l' AGEFI ACTIFS ;
- la condamner à s' acquitter d' une somme de 10. 000 Euros au titre de l' article 700 du Code de Procédure Civile.

Par des conclusions déposées le 22 février 2008, l' AGIPI demande à la Cour de confirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions, sauf en ce qu' il a limité les dommages- intérêts à 30. 000 Euros et, statuant à nouveau sur ce point dans le cadre de son appel incident, de lui allouer une somme de 500. 000 Euros à titre de dommages- intérêts, assortis des intérêts légaux à compter du prononcé de la décision à intervenir.

A titre tout à fait subsidiaire, en cas d' annulation du jugement et par application de l' article 562 alinéa 2 du Code de Procédure Civile, elle demande à la Cour de :

- déclarer la publicité comparative diffusée par l' AFER illicite,
- condamner l' AFER à cesser et faire cesser toute diffusion ou mise en ligne du " comparateur ", ainsi que toute publicité y faisant référence, et ce sous peine d' astreinte de 5000 Euros par jour de retard et par infraction constatée,
- condamner l' AFER à publier le dispositif de l' arrêt sur son site pendant une durée de 60 jours, et ce sous peine d' astreinte de 1000 Euros par jour de retard ou jour omis,
- condamner l' AFER à le publier dans son bulletin sous astreinte de 10. 000 Euros par infraction constatée,

- autoriser l' AGIPI à faire publier l' arrêt dans la presse aux frais de l' appelante et dans la limite de 10. 000 Euros de frais,
- condamner l' AFER à payer à l' AGIPI la somme de 500. 000 Euros à titre de dommages-intérêts, assortis des intérêts légaux à courir à compter du prononcé de la décision à intervenir, outre une indemnité de 10. 000 Euros au titre de l' article 700 du Code de Procédure Civile.

SUR CE, LA COUR

Vu le dossier de la procédure, les pièces régulièrement versées aux débats et les conclusions des parties auxquelles la Cour se réfère pour plus ample exposé des faits et moyens ;

A. Sur les exceptions de nullité du jugement :

1) Sur la nullité tiré du défaut de preuve certaine de pouvoir du représentant légal de l' AGIPI :

Attendu que l' AFER estime que les éléments produits par l' AGIPI ne démontrent pas de façon certaine et incontestable que son " représentant légal " (dont la qualité exacte et l' identité ne sont précisées ni dans l' assignation de l' AGIPI, ni dans le jugement entrepris) était en droit d' introduire une action à l' encontre de l' AFER sans requérir au préalable l' autorisation d' un organe collégial ;

Attendu qu' elle indique que le site Internet de l' AGIPI se réfère expressément aux statuts et au règlement intérieur comme documents définissant les règles d' organisation et de fonctionnement de l' association, et que par conséquent le " règlement intérieur " constitue une pièce capitale pour déterminer si l' assignation émanant de l' AGIPI est ou non affectée d' un vice de fond ; qu' à défaut de produire ce document, l' association intimée ne fait pas la preuve certaine du pouvoir que devait détenir le président pour engager la procédure contre l' AFER ;

Attendu qu' elle en conclut que cette irrégularité de fond affecte la validité de l' assignation initiale ;

Attendu cependant qu' il n' est en rien exigé par les textes que l' identité du représentant légal de l' association demanderesse figure dans l' assignation ;

Attendu en l' occurrence qu' il est établi par les pièces versées aux débats que le président élu de l' AGIPI était Monsieur Y... ;

Attendu que l' appelante, qui met en avant le fait que l' AGIPI se réfère elle- même, sur son site Internet, à l' existence d' un Règlement Intérieur définissant, avec les statuts, les pouvoirs conférés aux membres chargés de la direction, estime qu' il existe un doute quant au pouvoir dont disposait le président pour engager seul une action en justice, ce pouvoir pouvant également ressortir d' un organe collégial ;

Attendu que, selon les statuts de l' AGIPI produits en annexes (article 12), le Président " représente l' association dans tous les acte de la vie civile et en justice " ;

Attendu qu' il existe effectivement, comme le relève l' appelante, une incertitude liée à la portée de cette disposition statutaire, dans la mesure où l' AGIPI se prévaut, sur son site internet, de l' existence d' un règlement intérieur qui, avec les statuts, permettait de déterminer " les pouvoirs conférés aux membres chargés de la direction de l' association ", et par

conséquent susceptible de préciser les pouvoirs du président, notamment dans la représentation de l' association en justice tant en défense qu' en action ;

Attendu qu' il résulte d' ailleurs d' un procès- verbal du Bureau de l' AGIPI en date du 19 avril 2007, produit par l' avocat de l' AGIPI en cours de délibéré sans opposition formelle de l' appelante qui en a également reçu communication, que ce sont les membres du Bureau qui ont donné le pouvoir à Monsieur Y..., Président, à l' effet " d' engager toute action nécessaire afin de préserver les droits de l' AGIPI ", ce qui laisserait à penser que le président ne disposait effectivement pas du pouvoir d' engager seul une action en justice ;

Attendu toutefois que, à suivre le raisonnement de l' appelante, l' organe collégial susceptible d' intervenir pour donner un pouvoir spécial au président d' engager une action en justice serait ou le Bureau ou le Conseil d' administration ;

Attendu qu' il ressort de la pièce sus- visée que le Bureau avait donné mandat à Monsieur Y... d' introduire l' action contre l' AFER, et ce bien avant l' assignation délivrée le 20 août 2007 ;

Attendu ensuite que, selon une seconde pièce produite en cours de délibéré par l' intimée, sans opposition formelle de l' appelante à laquelle elle a été communiquée, il apparaît que le conseil d' administration de l' AGIPI du 13 septembre 2007, soit le jour même de l' audience et en tout cas antérieurement au prononcé du jugement entrepris, avait expressément entériné l' action engagée contre l' AFER ; qu' ainsi, à supposer même qu' un règlement intérieur subordonnait l' engagement d' une action à l' autorisation du conseil d' administration, il en résulterait que la nullité affectant l' acte d' assignation serait couverte, dans la mesure où sa cause avait disparu au moment où le juge a statué (article 121 du Code de Procédure Civile) ;

Attendu en conséquence qu' il convient de rejeter cette exception de nullité de l' assignation initiale ;

2) Sur la nullité pour non respect des dispositions de la loi du 29 juillet 1881 :

Attendu que l' AFER fait valoir :

- que lorsqu' un personne sollicite la réparation d' un préjudice résultant, selon elle, de propos diffamatoires, elle ne peut en aucun cas fonder sa thèse sur un texte autre que ceux figurant dans la loi du 29 juillet 1881 et doit en outre observer les règles de procédure prescrites de façon impérative par ladite loi, en particulier celles de l' article 53 ;
- qu' à défaut de satisfaire à ces dispositions impératives, l' assignation délivrée par la victime d' une prétendue diffamation est affectée d' un vice de fond, sans que celui qui l' invoque ait à prouver que le vice a généré pour lui un préjudice ;
- qu' en l' occurrence, l' AGIPI a allégué de façon explicite devant le premier juge que des " faits délictueux " lui avaient été imputés par l' AFER au travers des publicités litigieuses ; que les personnes qui ont perçu les messages litigieux avaient " identifié " l' AGIPI comme étant l' auteur desdits faits délictueux ; que les propos de l' AFER avaient porté atteinte à son " honneur " et à sa " réputation " ; que cela correspond précisément à la définition du délit de diffamation énoncé à l' article 29 de la loi du 29 juillet 1881 ;
- que s' étant abstenue de respecter le formalisme édicté à l' article 53 de ce texte, l' assignation doit être invalidée ;

Attendu cependant que, comme le soutient l'association intimée, l'action introduite par l'AGIPI ne tend pas à la réparation d'un préjudice résultant de propos diffamatoires ; que sa demande tend exclusivement à la cessation d'une publicité comparative en raison de sa non conformité à la législation applicable en la matière ; que le dénigrement invoqué ne l'est qu'en tant qu'élément de la publicité comparative illicite, tel que mentionné à l'article L. 121-9 du Code de la Consommation ;

Attendu que cette exception de nullité de l'assignation n'est pas davantage fondée ;

3) Sur la nullité de l'assignation au titre de l'article 789 du Code de Procédure Civile :

Attendu qu'aux termes de l'article 789 du Code de Procédure Civile, l'assignation en matière de procédure à jour fixe indique notamment, à peine de nullité, la chambre à laquelle elle est distribuée ;

Attendu que l'appelante s'appuie sur ce texte pour réclamer l'annulation de l'assignation initiale, motifs pris que son assignation omet d'indiquer le numéro de la Chambre civile à laquelle l'affaire a été distribuée, et que ce défaut constitue un vice de fond l'exposant à une annulation qui ne saurait être subordonnée à la preuve d'un grief ;

Attendu cependant que, comme le souligne l'intimée, la simple omission du numéro de la chambre ne constitue en l'occurrence qu'un simple vice de forme, sans conséquence sur la validité de l'assignation ; qu'en effet, elle n'a aucunement porté atteinte aux droits de la défense, dès lors que l'AFER ne prétend pas s'être méprise sur la chambre devant laquelle la procédure avait été renvoyée, puisque son avocat, constitué en temps utile, s'est présenté à l'audience fixée pour faire valoir ses droits ;

Attendu en conséquence que cette troisième exception de nullité ne saurait davantage aboutir ;

4) Sur la nullité résultant de la violation des articles 801 et suivants du Code de Procédure Civile :

Attendu que l'appelante fait valoir :

- que l'attribution du présent dossier à une formation composée d'un juge unique, qui constitue une exception au principe de la collégialité, est intervenue dans des conditions illégales au regard des exigences fixées par les articles 801 et suivants du Code de Procédure Civile ;

- qu'en effet, l'attribution d'une affaire unique implique qu'une décision soit prise en ce sens, émanant du président du tribunal ou de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée ; qu'en vertu de l'article 803 alinéa 1er, il en fait mention au dossier, ce qui n'a pas été le cas dans la présente procédure ;

- que dans la mesure où l'ordonnance sur requête du président ne comporte aucune indication relative à l'attribution de la présente affaire à un juge unique, l'orientation de celle-ci vers une formation composée d'un juge unique est nécessairement intervenue postérieurement à la fixation de la date de l'audience ; que cette attribution, pour le moins tardive au regard de l'article 801 alinéa 1er constitue une seconde irrégularité ;

- qu'en troisième lieu, l'avis exigé par l'article 803 du Code de Procédure Civile n'a pas été adressé à l'avocat constitué en défense par l'AFER, de sorte que cette dernière n'a pas été informée en temps utile de ce que l'audience du 13 septembre 2007 se tiendrait devant une

formation composée d'un juge unique ; qu' il en résulte que l' AFER a été privée du droit de solliciter le renvoi du dossier devant une formation collégiale ; qu' un tel droit constitue un droit fondamental, auquel elle n' a pas renoncé ;

- que la juridiction qui a statué présentait donc une composition irrégulière, ce qui invalide le jugement entrepris ;

- qu' il ne saurait être prétendu que la composition irrégulière de la juridiction aurait dû être invoquée " dès l' ouverture des débats ", alors que la concluante ne savait pas si elle se trouvait devant un juge unique ou un juge rapporteur, de sorte que, faute d' avoir reçu l' avis prévu à l' article 803 alinéa 1er, l' information sur la composition effective de la juridiction n' a été portée à sa connaissance qu' à la lecture du jugement entrepris ;

Attendu cependant que, en dépit du non respect évident des formalités prévues aux articles 801 et suivants du Code de Procédure Civile dans le cadre de la procédure à jour fixe introduite devant la Chambre commerciale du Tribunal de Grande Instance de Strasbourg, et sans qu' il soit nécessaire de se référer à la pratique suivie devant cette juridiction, pourtant non contestée par l' appelante, selon laquelle les assignations à jour fixe seraient systématiquement évoquées en juge unique, il apparaît que la demande de renvoi devant la formation collégiale aurait dû intervenir, comme retenu à bon droit par le tribunal, au plus tard le jour de l' audience de plaidoirie, avant la clôture des débats ;

Attendu en effet que, l' avocat de la défenderesse avait- il le moindre doute quant à la composition du tribunal, notamment sur le fait que la juridiction pouvait siéger en juge unique ou en juge rapporteur, il lui appartenait de le faire valoir lors des débats à l' audience ;

Attendu en tout état de cause que la défenderesse et appelante avait la possibilité de contester la composition du tribunal dès l' ouverture des débats, de sorte qu' il n' y a eu aucune violation des droits de la défense ; qu' elle ne pouvait évidemment plus exiger la tenue d' une nouvelle audience devant une formation collégiale après la clôture des débats ;

Attendu que ce dernier moyen sera par conséquent également rejeté ;

B. Sur le non respect par l' AFER des règles sur la publicité comparative :

Attendu que l' AGIPI conteste la licéité de la publicité comparative mise en oeuvre par l' AFER à partir de la mi avril 2007 sur le fondement des articles L. 121- 12, L. 121- 8 et L. 121- 9 du Code de la Consommation ;

a) Sur la violation de l' article L. 121- 12 du Code de la Consommation :

Attendu qu' en vertu de ce texte, il appartient à l' annonceur pour le compte duquel la publicité comparative est faite, de prouver dans un bref délai, soit naturellement à compter de la demande du concurrent qui se prétend victime d' une publicité comparative illicite, l' exactitude matérielle des énonciations, indications et présentations contenues dans ladite publicité ;

Attendu que, contrairement à ce que soutient l' appelante, cette disposition légale, suffisamment précise en sa formulation, ne contrevient aucunement aux dispositions de l' article 7 de la Directive du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de

publicité comparative, laquelle se contente d'imposer un cadre minimum à l'obligation de justification mise à la charge de l'annonceur ;

Attendu ensuite qu'il ressort des pièces versées aux débats que l'AFER n'a effectivement pas fait diligence pour apporter à l'AGIPI les informations dues en application de l'article L. 121-12 du Code de la Consommation ; qu'en effet, comme l'a relevé le tribunal, elle avait été sommée à trois reprises, par lettres des 11 et 23 avril 2007, puis par sommation interpellative du 15 mai 2007, de communiquer la méthode de calcul et, plus généralement, tous les documents prouvant l'exactitude matérielle des énonciations, indications et présentations contenues dans la publicité, alors qu'elle n'a répondu que par courrier du 21 mai 2007, soit plus d'un mois après la première demande adverse, ainsi que par l'envoi d'une clé USB après une nouvelle mise en demeure du 25 mai 2007 ;

Attendu au demeurant que, dans son courrier du 21 mai, l'AFER admet son manque de célérité à donner les éléments de réponse réclamés par l'AGIPI (" je fais suite à vos lettres des 11 et 23 avril dernier en vous priant de m'excuser du retard apporté à votre question ") ;

Attendu que les excuses qu'elle avance pour expliquer le retard (notamment le délai mis pour " l'enrichissement du site " Internet qui se serait " avéré plus long que prévu " dans la mesure où l'AGIPI souhaitait " répondre aux demandes des concurrents, visant à intégrer la possibilité de simuler des versements périodiques ") doivent être écartées ;

Attendu en effet que l'annonceur, lorsqu'il prend la responsabilité d'effectuer une publicité comparative, dispose nécessairement dès ce moment de tous les éléments qui ont permis sa mise en oeuvre et doit être à même de les communiquer à un concurrent qui en fait la demande ;

Attendu qu'il en résulte qu'il n'y a pas eu respect du bref délai par l'AFER, de sorte que l'illicéité de la publicité comparative apparaît déjà à cet égard ;

Attendu par contre que, en dépit de la complexité des calculs présentés, qui ont nécessité la production d'une clé USB, ce qui ne rendait pas facile l'accès à l'information sur les chiffres présentés, il sera néanmoins retenu que l'AFER a finalement apporté la preuve de l'exactitude matérielle de la méthodologie suivie et des modalités de calcul lui ayant permis de parvenir aux énonciations litigieuses ; que le caractère éventuellement complexe d'une méthode de comparaison ne saurait en soi emporter l'illicéité d'une publicité comparative ;

Attendu en effet que, dans un avis du 12 septembre 2007, Monsieur J- Luc A..., expert-comptable agréé auprès de la Cour de Cassation, bien que sollicité à titre privé par l'AFER pour donner son opinion, a clairement fait savoir " que les indices de coût et de rentabilité concernant l'AGIPI présentés dans le comparateur AFER proviennent de documents publics, que les données reprises pour les calculs des indices sont conformes aux données ainsi publiées, et que les calculs effectués pour établir les indices de coût et de rentabilité concernant l'AGIPI ne comportent pas d'erreurs " ;

Attendu que c'est à tort que le tribunal a estimé que cet avis était manifestement insuffisant à administrer la preuve qui pèse sur l'annonceur au titre de l'article L. 121-12, motifs pris que l'AGIPI n'aurait disposé, à travers ce document, d'aucun élément pour en vérifier la pertinence, et qu'il eût appartenu à l'AFER de démontrer l'exactitude de ses calculs pour les 26 contrats d'assurance-vie comparés ;

Attendu en effet que l' AGIPI ne conteste pas véritablement la matérialité des calculs présentés et donc des résultats obtenus, même si elle met en avant son caractère complexe ; qu' elle met essentiellement en cause l' objectivité et la pertinence des hypothèses et paramètres retenus par l' AFER pour établir son comparateur, discussion qui doit se faire au regard des dispositions de l' article L. 121- 8 du Code de la Consommation ; qu' elle admet d' ailleurs avoir été en mesure, en utilisant la méthodologie adverse, de calculer un taux qui lui était plus favorable sur la base de paramètres jugés plus appropriés ;

Attendu au demeurant que la propre consultation d' expert privé produite par l' association intimée, émanant du Cabinet SYSYFF, datée du 8 octobre 2007, fait état des " éléments de calcul fournis par l' AFER sur clé USB ", ce qui vient conforter la possibilité qu' il y avait d' exploiter les éléments d' information figurant sur ladite clé ;

Attendu enfin que la société intimée ne saurait de bonne foi vouloir reprocher à l' AFER d' avoir limité son information chiffrée aux contrats d' assurance proposés par les deux associations en litige, alors que l' éclairage sollicité par l' AGIPI dans ses courriers d' avril et mai 2007 concernait uniquement les chiffres afférents à son propre contrat et non l' ensemble des contrats faisant l' objet du comparateur ;

b) Sur la violation de l' article L. 121- 8 du Code de la Consommation :

Attendu qu' en vertu de ce texte, une publicité comparative n' est licite que si elle réunit les conditions suivantes :

- elle ne doit pas être trompeuse ou de nature à induire en erreur ;
- elle doit porter sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;
- elle doit comparer objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie ;

Attendu que l' appelante expose qu' afin de favoriser la clarté de l' information donnée au consommateur et une saine concurrence sur le marché de l' assurance- vie, elle a été amenée à concevoir et diffuser sur son site Internet une étude permettant de comparer 26 contrats différents, représentatifs du marché, sur la base de deux paramètres distincts :

- les frais sollicités par les compagnies d' assurance aux termes de leurs conditions générales, en exprimant ces frais sous forme de pourcentage et en les présentant de façon annualisée,
- la rentabilité de l' épargne constituée par le souscripteur après prise en compte des frais tels que ressortant des Conditions Générales des contrats ;

Attendu qu' il est constant entre les parties que les contrats d' assurance analysés ont le même objectif ou répondent aux mêmes besoins, notamment de permettre de constituer un capital ou une rente viagère en vue de la retraite, ou encore de faciliter la dévolution des patrimoines (sans pour autant que les contrats soient identiques, ainsi que cela sera vu plus loin) ;

Attendu par contre que les parties sont en désaccord sur la licéité de la publicité comparative au regard des deux autres conditions sus- visées ;

Attendu que l' appelante fait valoir qu' elle a fondé sa comparaison sur des chiffres incontestables, ayant utilisé les taux de frais qui figurent dans des documents publics, en l' occurrence les Conditions Générales des contrats comparés et les fiches officielles de

présentation AMF des unités de compte concernés (lesquelles sont soumises au visa de l' Autorité des Marchés Financiers) ; que par souci de rigueur et d' objectivité, elle a fait appel à un cabinet indépendant d' actuaires afin de définir la méthode de calcul permettant d' aboutir à une comparaison pertinente ; qu' elle a élaboré deux indicateurs, l' un destiné à apprécier le niveau des frais stipulés dans les Conditions Générales des contrats comparés et dans les fiches AMF des unités de compte correspondantes, l' autre ayant pour objet de mesurer l' impact desdits frais sur la rentabilité de l' investissement du souscripteur, et ce à l' issue d' une période de huit ans ; que pour les 26 contrats comparés, elle s' est fondée sur six schémas d' investissement rigoureusement identiques, consistant notamment pour le souscripteur à procéder au même nombre d' arbitrages, au même nombre de versements, pendant une période de huit ans ;

Attendu qu' elle précise que la comparaison opérée au sujet des frais est précédée d' une information qui met expressément l' accent sur le fait que les chiffres utilisés correspondent aux frais que les assureurs sollicitent dans leurs Conditions Générales, lesquels peuvent effectivement différer de ceux appliqués à l' issue d' éventuelles négociations entre assureurs et souscripteurs, le niveau desdits frais n' étant pas divulgué et ne pouvant donc pas fonder l' analyse comparative ;

Attendu qu' elle en tire la conclusion que son étude comparative procède d' un logique empreinte de rigueur, d' impartialité et d' objectivité ;

Attendu cependant que, comme le fait valoir l' AGEPI et comme l' a retenu le tribunal, la publicité comparative organisée par l' AFER présente un caractère trompeur et de nature à induire en erreur le consommateur, dans la mesure où elle fonde sa comparaison sur les seuls frais mentionnés dans les Conditions Générales des contrats ou dans les fiches simplifiées visées par l' Autorité des Marchés Financiers (AMF) ;

Attendu en effet que l' AFER ne pouvait ignorer que les frais conventionnels pris en considération, même exacts en soi, serait de nature à fausser le comparateur, dans la mesure où certains de ses concurrents pratiquent des taux négociés nettement inférieurs à ceux annoncés, alors que sa propre pratique consiste à entériner les taux annoncés, souvent plus bas que ceux de ses concurrents ;

Attendu ainsi que, s' agissant notamment des frais d' entrée, le contrat CLER de l' AGEPI indique dans ses Conditions Générales un taux maximum de 5 %, que l' AFER a pris en compte pour établir le comparatif, alors que le taux moyen réellement pratiqué par l' AGEPI a été de 2, 10 % en 2005, et de 1, 99 % en 2006 et 2007 ;

Attendu que l' association intimée ajoute, sans être démentie par l' appelante, que l' utilisation des taux de frais réels aurait amené à un taux global de 0, 779 % au lieu des 1, 296 % mentionnés dans le comparateur ;

Attendu que l' AFER, qui prétend que les taux réellement pratiqués ne font pas l' objet d' une publicité réglementée et ne sont diffusés qu' aux assurés, ne soutient pas qu' elle aurait préalablement tenté d' obtenir auprès de la partie adverse les taux réellement pratiqués après négociations et qu' elle se serait heurtée à un refus de communication ;

Attendu en tout état de cause que, même en supposant qu' il y avait impossibilité pour l' AFER d' obtenir les taux des frais réellement pratiqués, l' honnêteté intellectuelle lui

commandait de ne pas mettre en place un comparateur qui se fondait sur des taux théoriques, dont elle connaissait l' inexactitude à travers la pratique de la négociation des frais entre assureurs et souscripteurs, alors qu' elle-même profitait pleinement d' une telle présentation fallacieuse, puisque pratiquant d' emblée des taux plus bas ;

Attendu que le caractère trompeur de la publicité comparative se trouve encore renforcé par l' usage de la notion d' indicateur de " Coût Effectif Global " et d' indicateur de " Rentabilité Effective Globale ", avec la stipulation que cela se faisait " à l' image du TEG en matière de crédit " ; que l' annonceur a ainsi cherché à donner un caractère quasi officiel aux résultats de son comparateur ;

Attendu qu' il y a ici un véritable paradoxe stigmatisant le caractère trompeur de la publicité, dans la mesure où l' AFER se prévaut d' un prétendu " taux effectif ", alors qu' elle a volontairement omis de prendre en compte, pour constituer ce taux global, des frais effectivement mis en compte par ses concurrents, ce qui a pour effet de le rendre parfaitement théorique et irréel ;

Attendu qu' il importe peu dans ces conditions que l' annonceur ait pu mentionner dans le comparatif que les " frais contractuels sur versements " étaient pris en considération " sans tenir compte d' éventuelles négociations " ; que cette mention, qui ne présentait qu' une apparence justificative, n' a pas pour effet d' enlever à la publicité comparative son caractère trompeur, dans la mesure où l' AFER présentait pour réel un élément de comparaison qui ne l' était pas ; qu' au surplus, la mention de recours à des frais hors négociations était limitée aux explications données sur Internet, ce qui l' excluait évidemment dans le cadre de la publicité de grande envergure faite par ailleurs, en particulier sur les ondes radiophoniques ;

Attendu ensuite que l' AFER n' a pas davantage respecté l' obligation d' objectivité dans la comparaison ;

Attendu en premier lieu que le caractère trompeur du comparateur, tel que ressortant de la motivation sus- développée, est en soi de nature à le priver de toute pertinence, et par conséquent de toute objectivité ;

Attendu en second lieu que, si l' annonceur a le libre choix d' une ou plusieurs caractéristiques essentielles des produits sur lesquels porte la comparaison, il n' en reste pas moins que l' exigence d' objectivité suppose que le consommateur puisse avoir connaissance des autres caractéristiques essentielles non comparées, dans la mesure où les secondes peuvent justifier les différences enregistrées sur les premières ; qu' il ne s' agit pas alors de faire porter la comparaison sur ces autres éléments, mais simplement d' informer objectivement le consommateur, lorsque la comparaison peut utilement porter sur d' autres paramètres ;

Attendu en l' occurrence que les deux indicateurs choisis par l' AFER, dits de " coût effectif global " et de " rentabilité effective globale ", constituent des caractéristiques essentielles des contrats d' assurance- vie, dans la mesure où d' une part les frais pratiqués par l' assureur constituent sa rémunération, dont le coût est supporté par le souscripteur, et que d' autre part le taux de rentabilité est un élément de première importance, puisqu' il détermine l' intérêt qu' il y a de souscrire un contrat plutôt qu' un autre ;

Attendu toutefois que, comme le fait exactement observer l' AGEPI, un contrat d' assurance offre généralement différentes garanties et options dont les coûts s' intègrent nécessairement dans les frais de gestion ;

Attendu qu' en ce qui la concerne, elle justifie ainsi avoir mis en place, pour son contrat CLER, une " garantie plancher " en cas de décès, couvrant le risque de diminution importante de valeur des unités de compte du fait de la volatilité des marchés financiers, la valeur du capital versé en cas de décès n' étant jamais inférieure au cumul des primes versées majoré des intérêts courus sur le fonds en euros ; que cette garantie est acquise dès l' adhésion au contrat et s' applique quel que soit l' âge auquel décédera l' assuré ;

Attendu que, comme le fait valoir l' association intimée, une telle garantie apparaît également essentielle, dans la mesure où elle apporte aux souscripteurs une sécurité financière appréciable, notamment en période d' instabilité boursière ;

Attendu qu' il en résulte qu' un tel élément est de nature à influencer sur les frais mis en compte, de sorte que, par souci d' objectivité, il eut appartenu à l' AFER de l' indiquer dans son étude comparative ;

Attendu que l' existence de clauses spécifiques dans les contrats d' assurance, de nature à influencer sur les frais réclamés, explique la difficulté d' instaurer un comparateur objectif, limité aux frais ou à la rentabilité de ces produits ;

Attendu en outre que les hypothèses de travail retenues par l' AFER au titre des différents schémas d' investissement financier ne sont corroborées par aucun élément objectif ;

Attendu en particulier que la défenderesse et appelante s' est fondée sur une période d' investissement de huit années, sans qu' il ne soit en rien démontré, notamment sur des bases statistiques, que la majorité des contrats d' assurance- vie se déroulent sur une telle période ;

Attendu que, comme le souligne l' association intimée, l' amortissement des frais varie en fonction de la durée d' immobilisation des fonds ;

Attendu ainsi que l' AFER, qui à la charge de prouver que la publicité comparative, normalement interdite, répond aux conditions positives de l' article L. 121- 8 sus- visé, ne justifie pas davantage du caractère suffisamment représentatif des hypothèses d' investissement retenus sur le marché français ;

Attendu que, là encore, il sera relevé la grande difficulté qui existe à vouloir comparer objectivement des contrats qui, même s' ils répondent à des besoins identiques, présentent une très grande variété, non seulement en raison des clauses particulières de garantie qu' ils comportent, mais encore en fonction des multiples modalités d' exécution ouvertes au souscripteur (versements initiaux ou échelonnés, versements libres ou programmés, versements complémentaires au versement initial, retraits partiels, durée du contrat, modalités de sortie en capital ou en rente, modalités d' arbitrage, etc...), sachant que tous ces paramètres sont de nature à influencer sur l' amortissement des frais par l' assureur et par conséquent à justifier, le cas échéant, les frais réclamés ;

Attendu enfin que le tribunal a retenu à bon droit que la reconstitution des performances des Unités de Compte sur la base des indices pour des contrats qui n' existaient pas il y a huit ans, manque également de pertinence ;

Attendu en tout état de cause que, pour s' opposer à l' argumentation adverse, l' AFER n' est pas fondée à mettre en avant le rapport privé de Monsieur A..., expert auprès de la Cour de Cassation, lequel a pris soin de préciser que son avis ne portait ni sur l' exactitude des données de base ayant servi de fondement aux calculs des indices de coût et de rentabilité, laquelle dépend de la fiabilité des documents dont elles sont extraites, ni la pertinence et la représentativité des indices de coût et de rentabilité retenus dans le comparateur, ni la pertinence et la représentativité des principales hypothèses retenues pour bâtir des indices, ni la pertinence et la représentativité de l' échantillon des contrats d' assurance- vie sélectionnés ;

Attendu en conséquence que la publicité comparative apparaît effectivement illicite au regard des dispositions de l' article L. 121- 8 du Code de la Consommation ;

c) Sur la violation de l' article L. 121- 9 du Code de la Consommation :

Attendu que l' examen du comparateur litigieux fait ressortir :

- que sur les six hypothèses examinées au titre du " coût effectif global " (trois correspondant à un versement unique et trois à des versements annuels), l' AFER vient en 4ème position en cas d' investissement à 100 % de Fonds garanti, mais en première position dès lors qu' il s' agit d' un investissement à 30 % d' Unités de Compte et 70 % de Fonds garanti, ou d' un investissement à 100 % d' Unités de Compte ;

- que sur les six hypothèses examinées au titre de la " rentabilité effective globale ", l' AFER vient en 5ème ou 6ème position en cas d' investissement à 100 % de Fonds garanti, mais qu' elle vient en première position en cas de versement unique sur la base de 30 % d' Unités de Compte et 70 % de Fonds garanti, en seconde position sur la base d' un versement unique investi en 100 % d' Unités de Compte, en 3ème position pour les hypothèses de versements annuels investis soit à 100 % d' Unités de Compte soit à 30 % d' Unités de Compte et 70 % de Fonds garanti ;

Attendu ainsi que le comparateur présente les contrats proposés par l' AFER comme étant parmi les plus attrayants et les plus performants du marché, même si ceux- ci n' apparaissent pas toujours en tête du classement ;

Attendu que le tribunal retient à bon droit qu' en appuyant sa campagne publicitaire sur les résultats d' un tel comparateur pour en déduire "... nous sommes les moins chers du marché... le contrat d' assurance- vie AFER est déjà le meilleur, aujourd' hui il est imbattable... ", et pour discréditer ses concurrents en laissant entendre que "... ne sont pas les moins chers ceux qui le prétendent- les frais prélevés ne sont pas toujours communiqués- cette opacité est pour partie organisée... ", la défenderesse a également contrevenu aux dispositions de l' article L. 121- 9 du Code de Commerce ;

Attendu que l' appelante ne saurait sérieusement, pour tenter d' échapper à sa responsabilité, faire valoir qu' il n' y a jamais eu de critique personnelle de l' AGIPI, alors que cette dernière a subi, avec d' autres, le discrédit provoqué par la campagne publicitaire fondée sur le comparateur litigieux, qui se référait notamment au contrat CLER de l' intimée ;

Attendu qu' à juste titre, le tribunal tire les conséquences de l' illicéité de la publicité comparative pour ordonner sa cessation et les différentes mesures de publication et de diffusion ;

Attendu enfin qu' il retient opportunément que cette publicité comparative est également constitutive d' actes de concurrence déloyale au préjudice de l' AGIPI, dont l' image a été altérée dans l' esprit de ses adhérents ou de clients potentiels, en ce que l' AFER a présenté une comparaison entre le contrat CLER de son concurrent et son propre contrat multi-supports à l' avantage de ce dernier, sur la base de critères subjectifs dont elle n' établit ni la pertinence ni la représentativité, et en ce qu' elle a laissé planer un doute sur la loyauté de l' AGIPI à l' égard de ses adhérents ;

Attendu qu' au regard de l' ensemble de ces éléments, le tribunal a pu justement estimer à 30.000 Euros le préjudice engendré par le comportement fautif de l' AFER ; qu' il convient de tenir compte, dans cette évaluation, du non respect par la défenderesse du bref délai de l' article L. 121- 12 du Code de la Consommation, puisque le temps mis pour apporter à l' AGIPI la preuve de l' exactitude matérielle des énonciations publicitaires a encore prolongé la période de publicité comparative illicite, et par conséquent la durée de la concurrence déloyale ;

Attendu par contre que l' AGIPI n' apporte pas la justification d' un préjudice complémentaire ;

Attendu en définitive qu' il convient de rejeter tant l' appel principal que l' appel incident, et de confirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions ;

Attendu que l' issue de la procédure d' appel ne commande pas qu' il soit fait application de l' article 700 du Code de Procédure Civile ;

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

Reçoit les appels, réguliers en la forme ;

Au fond :

Les rejette et confirme le jugement entrepris ;

Dit qu' il n' y pas lieu à application de l' article 700 du Code de Procédure Civile au profit de l' une ou l' autre partie dans l' instance d' appel ;

Condamne chaque partie à supporter ses propres dépens d' appel.