

Grosses délivrées **REPUBLIQUE FRANCAISE**

aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 4

ARRÊT DU 18 SEPTEMBRE 2013

(n° 244 , 8 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **11/18653**

Décision déferée à la Cour : Jugement du 04 Octobre 2011 rendu par le Tribunal de Commerce de MEAUX - RG n° 2010/2436

APPELANTES

SAS CARREFOUR HYPERMARCHES agissant poursuites et diligences de son président en exercice domicilié en cette qualité audit siège

Ayant son siège social

1, rue Jean Mermoz - ZAE ST GUENAUULT

91000 EVRY

SAS CSF FRANCE agissant poursuites et diligences de son président en exercice domicilié en cette qualité audit siège

Ayant son siège social

Route de Paris - Zone Industrielle

14120 MONDEVILLE

Représentées par la SELARL SELARL PELLERIN - DE MARIA - GUERRE (Me Luca DE MARIA), avocats au barreau de PARIS, toque L0018

Assistées de Me Béatrice MOREAU-MARGOTIN plaidant pour le cabinet KARSENTY & Associés, avocat au barreau de PARIS, toque R156

INTIMÉE

SA AUCHAN FRANCE Prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

Ayant son siège social

200, rue de la Recherche

59650 VILLENEUVE D'ASCQ

Représentée par Me Olivier BERNABE, avocat au barreau de PARIS, toque B0753

Assistée de Me Jean-Louis GUIN, avocat au barreau de PARIS, toque C1626

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 786 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 18 Juin 2013, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Madame LUC, Conseiller faisant fonction de Président et Madame NICOLETIS, Conseiller chargé d'instruire l'affaire.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Madame COCCHIELLO, Président

Madame LUC, Conseiller,

Madame NICOLETIS, Conseiller rédacteur

qui en ont délibéré

Greffier, lors des débats : Madame GAUCI

ARRÊT :

- CONTRADICTOIRE

- 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 code de procédure civile.

- signé par **Madame COCCHIELLO**, Président et par, **Madame Denise FINSAC**, Greffier, auquel la minute du présent arrêt a été remise par le magistrat signataire.

La société CARREFOUR HYPERMARCHÉS et la société C.S.F. FRANCE (les sociétés CARREFOUR) exploitent respectivement le magasin CARREFOUR Bay 2 situé à Collégien et le magasin CARREFOUR MARKET situé à Coupvray, dans le département du Val de Marne.

Dans la seconde quinzaine du mois de novembre 2009, la société AUCHAN FRANCE a lancé, dans son magasin situé dans le centre commercial Val d'Europe à Marne la Vallée, une campagne publicitaire sous forme d'affiches disséminées dans le magasin comportant chacune sous la mention du slogan '*Une preuve de plus qu'Auchan est moins cher*', la photographie d'un produit accompagné sur la droite du prix AUCHAN avec en dessous le prix CARREFOUR et sous le produit un pourcentage négatif.

Cette campagne comparait le prix de 14 produits de consommation courante, essentiellement alimentaires, dont dix vendus par le magasin CARREFOUR Bay 2 et 4 par le magasin CARREFOUR MARKET.

Par acte du 18 décembre 2009, les sociétés CARREFOUR ont assigné la société AUCHAN pour concurrence déloyale et dénigrement devant le tribunal de commerce de Meaux.

Par jugement du 1er juin 2010, le tribunal de commerce de Meaux a soulevé d'office son incompétence territoriale au profit du tribunal de commerce de Paris, par application du décret du 11 novembre 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière de contestations de pratiques

restrictives de concurrence.

Par un arrêt du 5 octobre 2010, statuant sur le contredit formé par les sociétés CARREFOUR, qui soutenaient que le litige qui les opposait à la société AUCHAN ne se fondait pas sur l'existence d'une relation commerciale entre elles mais sur la diffusion d'une publicité comparative illicite et trompeuse constitutive d'un acte de concurrence déloyale, la cour d'appel de Paris a déclaré le contredit fondé, a dit le tribunal de commerce de Meaux compétent pour connaître du litige et a renvoyé l'affaire devant ce tribunal.

Par un jugement en date du 4 octobre 2011, le tribunal de commerce de Meaux a :

Cour d'Appel de Paris **ARRÊT DU 18 SEPTEMBRE 2013**

Pôle 5 - Chambre 4 RG n° 11/18653- 2ème page

- débouté les sociétés CARREFOUR de leurs demandes,
- déclaré fondée la demande reconventionnelle de la société AUCHAN FRANCE,
- condamné in solidum les sociétés CARREFOUR à payer à la société AUCHAN FRANCE, les sommes de :
 - * 15 000 € à titre de dommages-intérêts pour procédure,
 - * 5 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- dit n'y avoir lieu à exécution provisoire,
- mis les dépens à la charge des sociétés CARREFOUR.

Le 19 octobre 2009, les sociétés CARREFOUR ont interjeté appel du jugement

Vu les dernières conclusions, signifiées le 17 avril 2013, par lesquelles les sociétés CARREFOUR demandent à la cour :

Au visa des articles 1382 du code civil et L. 121.1 et suivants du code de la consommation,

- d'infirmer en toutes ses dispositions le jugement du 4 octobre 2011,
- de juger que la société AUCHAN FRANCE a commis des actes de concurrence déloyale et de dénigrement au détriment de la société CARREFOUR HYPERMARCHÉS et de la société C.S.F. FRANCE en effectuant une publicité comparative illicite et trompeuse,
- de débouter la société AUCHAN FRANCE de toutes ses demandes,
- de faire interdiction à la société AUCHAN FRANCE de diffuser la publicité comparative sur le thème 'Une preuve de plus qu'Auchan est moins cher.', sous astreinte de 5.000 € par infraction et par jour de retard à compter de la signification du jugement à intervenir,
- de condamner la société AUCHAN FRANCE à payer à la société C.S.F. FRANCE la somme de 150.000 € à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de la diffusion de la

publicité incriminée,

- de condamner la société AUCHAN FRANCE à payer à la société CARREFOUR HYPERMARCHÉS la somme de 200.000 € à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de la diffusion de la publicité incriminée,

- d'autoriser les sociétés CARREFOUR HYPERMARCHÉS et C.S.F. FRANCE à faire publier dans cinq journaux de son choix et aux frais avancés par la société AUCHAN FRANCE, l'arrêt à intervenir,

- d'ordonner l'affichage de l'arrêt à intervenir sur les portes du magasin AUCHAN de Serris pendant une durée d'un mois et ce sous astreinte de 1.500 € par jour de retard à compter de la signification de l'arrêt intervenir,

- de se réserver la liquidation des astreintes ordonnées,

- de condamner la société AUCHAN FRANCE à verser à la société CARREFOUR

HYPERMARCHÉS la somme de 10.000 € en application des dispositions de l'article

700 du code de procédure civile,

- de condamner la société AUCHAN FRANCE à verser à la société C.S.F. FRANCE la somme de 10.000 € en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

- de condamner la société AUCHAN FRANCE aux entiers dépens.

Vu les dernières conclusions, signifiées le 21 mars 2012, par lesquelles la société AUCHAN demande à la cour :

- de confirmer le jugement en toutes ses dispositions,

- de débouter la société CARREFOUR HYPERMARCHÉS et la société C.S.F. FRANCE de l'ensemble de leurs demandes,

- de condamner la société CARREFOUR HYPERMARCHÉS et la société C.S.F. FRANCE in solidum au paiement d'une indemnité supplémentaire de 10.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour les frais irrépétibles d'appel et aux entiers dépens.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 28 mai 2013.

Par conclusions, signifiées le 31 mai 2013, les sociétés CARREFOUR sollicitent :

- au visa des articles 6 § 1 de la CESDH, 15, 16, 135, 779 et 783 du code de procédure civile, que soient rejetées des débats les conclusions signifiées le 27 mai 2013 ainsi que les pièces n° 10 à 13 communiquées tardivement par la société AUCHAN FRANCE.

CELA ÉTANT EXPOSÉ, LA COUR :

Sur la demande de rejet des débats des conclusions signifiées et des pièces communiquées le 27 mai 2013 par la société AUCHAN FRANCE :

Considérant que si les conclusions et pièces sont recevables dès lors qu'elles sont signifiées et communiquées avant l'ordonnance de clôture, il en va autrement lorsque la communication intervient

trop peu de temps avant la clôture pour permettre à la partie adverse de réagir utilement ;

Considérant que par ordonnance du 30 mars 2012, le conseiller de la mise en état a fixé la date de clôture au 23 avril 2013 et la date de plaidoirie au 18 juin 2013 ; que par courrier du 22 avril 2013, la société AUCHAN FRANCE a demandé le report de l'ordonnance de clôture afin de répondre aux conclusions des sociétés CARREFOUR, signifiées le 17 avril 2013 ; que par ordonnance du 22 avril 2013, le conseiller de la mise en état a reporté la date de l'ordonnance de clôture au 28 mai 2013 en précisant '*sans report possible. La date des plaidoiries n'est pas modifiée*' ; que la société AUCHAN FRANCE a signifié ses conclusions n°2 et communiqué 4 nouvelles pièces le 27 mai 2013 ; que par courrier du 27 mai 2013, les sociétés CARREFOUR ont demandé le report de l'ordonnance de clôture ;

Considérant que la signification de conclusions et la communication de nouvelles pièces la veille du jour de l'ordonnance de clôture n'a pas permis aux sociétés CARREFOUR de disposer d'un délai suffisant pour étudier ces pièces et pour répondre aux écritures ; que le principe de la contradiction n'ayant pas été respecté les conclusions signifiées le 27 mai 2013 ainsi que les pièces n° 10 à 13 communiquées tardivement par la société AUCHAN FRANCE seront rejetées des débats ;

Sur la licéité de la publicité comparative :

Considérant que les sociétés CARREFOUR font valoir que la publicité effectuée par la société AUCHAN FRANCE dans son magasin de Marne la Vallée dans la seconde quinzaine du mois de novembre 2009 est trompeuse par la méthode de calcul des pourcentages mentionnés et par la généralité de son slogan ; que l'intimée a délibérément choisi une méthode de calcul des pourcentages mentionnés dans la publicité plus favorable pour elle, qui ne correspond pas à la méthode qui aurait dû être appliquée compte tenu de la teneur du slogan et ce dans le seul but de creuser l'écart sa faveur ;

Considérant que les sociétés CARREFOUR soutiennent, d'une part, que la publicité litigieuse vise à démontrer que AUCHAN est moins cher que CARREFOUR de X%, ce qui signifie que le pourcentage indiqué sur l'affiche est le pourcentage correspondant à l'écart de prix en faveur du prix AUCHAN par rapport au prix CARREFOUR ; que cependant, pour chaque produit comparé, le pourcentage mentionné a été calculé sur la base du prix AUCHAN alors qu'il aurait dû l'être sur la base du prix CARREFOUR ; qu'ainsi la société AUCHAN n'a pas appliqué la formule de calcul générale $[(\text{Prix de vente concurrent} - \text{Prix de vente annonceur}) / \text{Prix de vente annonceur}] \times 100$, mais a appliqué la formule prenant en compte le prix de vente Carrefour, qui n'est pas l'annonceur $[(\text{prix de vente Carrefour} - \text{prix de vente Auchan}) / \text{prix de vente Carrefour}] \times 100$; que le changement par la société AUCHAN FRANCE de la base de calcul a eu pour effet de modifier le résultat du calcul de manière à creuser l'écart en faveur du magasin AUCHAN ;

Considérant que les appelantes soutiennent, d'autre part, que la généralité du slogan '*Une preuve de plus qu'AUCHAN est moins cher*' est d'autant plus trompeuse qu'il ne comporte pas de limitation quant aux enseignes ni au territoire visés, alors que la comparaison ne vise que deux magasins CARREFOUR et qu'il existe une grande volatilité des prix dans la grande distribution ; qu'ainsi la publicité comparative en cause, qui est illicite et trompeuse, constitue un acte de concurrence déloyale et de dénigrement ;

Considérant que la société AUCHAN FRANCE répond, d'une part, que les affiches publicitaires du magasin de Val d'Europe ne comportaient pas le slogan '*AUCHAN, l'enseigne la moins chère de France*', mais présentaient une succession de comparaisons objectives de produits, qui s'additionnaient (une preuve de plus) au fur et à mesure du cheminement des clients dans le magasin et pour lesquels il était prouvé que le prix pratiqué par AUCHAN était chaque fois '*moins cher*' comme l'indiquait simplement le titre de l'affiche ;

Considérant que la société AUCHAN FRANCE soutient, d'autre part, que la méthode de calcul de la différence de prix qu'elle a employée est classique et utilisée par les appelantes lorsqu'elles font de la publicité comparative, puisque ces dernières avaient calculé les différences de prix dont elles se prévalaient à l'occasion d'une publicité comparative lancée le 19 octobre 2010 sur le thème '*Carrefour est moins cher que Lidl et Leader Price sur 25 produits du quotidien et le fait savoir*', en utilisant la formule suivante: Prix de vente concurrent - Prix de vente annonceur/ Prix de vente annonceur x 100 ;

Considérant que l'intimée soutient également que même si la Cour considérait que la méthode de calcul proposée par Carrefour aurait dû être adoptée, les prix de vente des produits CARREFOUR seraient bien évidemment restés plus chers que les prix des magasins AUCHAN dans des proportions quasi-identiques ; qu'à supposer qu'il y ait une erreur, elle ne serait pas dans le pourcentage mais dans le fait d'avoir présenté les prix AUCHAN comme moins cher du pourcentage indiqué, plutôt que les prix CARREFOUR plus cher du même pourcentage ; que les consommateurs ne sont pas objectivement trompés par un message annonçant AUCHAN moins cher de 10 %, au lieu de CARREFOUR plus cher de 10 % ;

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article L. 121-8 du code de la consommation que toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent n'est licite que si elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur, si elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif et si elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie ;

Considérant que des photographies versées aux débats il résulte que les affiches publicitaires de grande taille en cause montrent chacune un produit de grande marque en indiquant son prix de vente, le 13 novembre 2009, au magasin AUCHAN VAL d'Europe et en dessous son prix de vente dans le magasin CARREFOUR Bay 2 ou CARREFOUR Coupvray ; que cette publicité comparative est licite et non contestée ;

Considérant que les affiches publicitaires mentionnent, après le prix AUCHAN et avant le prix CARREFOUR, un pourcentage négatif, qui indique au consommateur de quel pourcentage le magasin AUCHAN est moins cher par rapport au magasin CARREFOUR qui lui est comparé ; que les sociétés CARREFOUR produisent un tableau reprenant les prix et les pourcentages portés sur les affiches publicitaires, qui comporte notamment des colonnes intitulées 'Baisse affichée AUCHAN' et 'Baisse calculée CARREFOUR', qui montre que le pourcentage négatif varie, certaines fois de façon significative, selon qu'il est calculé par AUCHAN ou par CARREFOUR, sans que soit précisée la règle arithmétique utilisée dans chaque cas ;

Considérant qu'il apparaît des exemples de calcul contenus dans les conclusions des sociétés CARREFOUR que la méthode de calcul préconisée par ces sociétés [(Prix de vente concurrent - Prix de vente annonceur) / Prix de vente annonceur] x 100 est celle qui a été utilisée par la société AUCHAN FRANCE pour calculer le pourcentage correspondant à l'écart de prix en faveur de son magasin et que les pourcentages mentionnés dans la rubrique 'Baisse calculée CARREFOUR' sont calculés avec la formule arithmétique contestée par les sociétés CARREFOUR ; qu'il n'est ainsi pas démontré que la formule arithmétique utilisée par la société AUCHAN FRANCE n'était pas exacte et que la publicité comparative était trompeuse ;

Considérant que cette publicité comparative est faite sous le slogan '*Une preuve de plus qu'AUCHAN est moins cher*'; que la publicité vise donc à démontrer, par la comparaison des prix de 14 produits de grande marque, que '*AUCHAN est moins cher*' que les autres distributeurs ; que bien que cette affirmation soit de portée générale, la comparaison concerne explicitement l'enseigne CARREFOUR dont deux magasins sont nommément désignés ; que cette publicité dont l'objet est de démontrer que

la société AUCHAN pratique des prix inférieurs à ceux des autres distributeurs et notamment à ceux des sociétés CARREFOUR, ne repose pas sur un panel suffisamment représentatif de produits couramment consommés, mais uniquement sur 14 produits sélectionnés par la société AUCHAN elle-même ; qu'en conséquence une telle publicité comparative, qui ne remplit pas la condition d'objectivité exigée par l'article L. 121-8 du code de la consommation, n'est pas licite ;

Considérant que selon les dispositions de l'article L121-9, 2°, du code de la consommation une publicité comparative ne peut entraîner le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activité ou situation d'un concurrent ;

Considérant que la publicité comparative telle que diffusée par la société AUCHAN FRANCE dans son magasin de Marne la Vallée comporte un slogan qui véhicule l'idée que les magasins exploités par les sociétés CARREFOUR pratiquent des prix nettement, voire très supérieurs à ceux de la société AUCHAN ; qu'une telle publicité, dont la véracité n'est ni démontrée, ni vérifiable par les consommateurs, présente un caractère dénigrant à l'égard des sociétés CARREFOUR ;

Considérant que le jugement entrepris sera infirmé en ce qu'il a débouté les sociétés CARREFOUR de leur demande tendant à déclarer que la société AUCHAN FRANCE a commis des actes de concurrence déloyale et de dénigrement à leur égard en diffusant une publicité comparative illicite ;

Sur le préjudice et les mesures sollicitées par les sociétés CARREFOUR :

Considérant que les sociétés CARREFOUR font valoir que la comparaison effectuée par la société AUCHAN nuit gravement et de façon illégitime à leur image en termes de prix auprès des consommateurs et entraîne une perte de clientèle irrémédiable ; qu'en outre la société AUCHAN a déjà été condamnée par jugement du 19 janvier 2010 en raison d'une publicité comparative trompeuse au détriment de la société CARREFOUR HYPERMARCHÉS ; que les appelantes réclament en réparation du préjudice subi la somme de 200 000 € pour la société CARREFOUR HYPERMARCHÉS et celle de 150 000 € pour la société C.S.F. FRANCE, outre l'interdiction sous astreinte de diffuser la publicité comparative litigieuse, l'affichage et la publication du présent arrêt ;

Considérant que la société AUCHAN FRANCE répond que la publicité en cause n'a pu causer aucun préjudice aux sociétés CARREFOUR, dès lors qu'elle n'a été présentée que quelques jours dans un seul magasin et n'a été vue que par la clientèle ayant déjà choisi de faire ses courses dans le magasin AUCHAN ; que les dispositions de l'article L. 121-14 du code de la consommation ne prévoient pas de mesure de publicité ;

Considérant que même si les sociétés CARREFOUR ne peuvent chiffrer le montant du manque à gagner causé par la publicité dénigrante de la société AUCHAN FRANCE, diffusée dans la période précédent les fêtes de fin d'année, il est certain que l'affirmation par cette société d'être 'moins cher' que ses concurrentes a causé un préjudice au moins en terme d'image aux appelantes ; que leur préjudice sera réparé par l'attribution de la somme de 30 000 € à la société CARREFOUR HYPERMARCHÉS et celle de 15 000 € à la société C.S.F. FRANCE ;

Considérant que la publicité contenant le slogan '*Une preuve de plus qu'AUCHAN est moins cher*' ayant cessé depuis plusieurs années il n'y a plus lieu d'en interdire la diffusion, ni de prononcer une astreinte, ni d'ordonner la publication de l'arrêt ; que l'article L. 121-4 du code de la consommation n'autorisant pas l'affichage, la demande sera également rejetée ;

Sur la demande de dommages-intérêts pour procédure abusive :

Considérant que les sociétés CARREFOUR n'ont pas abusé de leur droit d'agir en justice et d'exercer une voie de recours qui leur était légalement ouverte, la société AUCHAN FRANCE sera déboutée de sa demande à ce titre ;

Sur l'article 700 du code de procédure civile

Il serait inéquitable de laisser à la charge des sociétés CARREFOUR l'intégralité des frais et honoraires exposés par elles et non compris dans les dépens. Il leur sera alloué la somme globale de 5 000 € à ce titre ;

Les mêmes considérations ne conduisent pas à faire droit à la demande du même chef de la société AUCHAN FRANCE.

PAR CES MOTIFS :

Rejette des débats les conclusions de la société AUCHAN FRANCE signifiées le 27 mai 2013 ainsi que les pièces n° 10 à 13 communiquées par la société AUCHAN FRANCE le 27 mai 2013 ;

Infirme le jugement du tribunal de commerce de Meaux en date du 4 octobre

2011 ;

Et statuant à nouveau :

Dit que la société AUCHAN FRANCE a commis des actes de concurrence

déloyale et de dénigrement au détriment de la société CARREFOUR HYPERMARCHÉS et de la société C.S.F. FRANCE en effectuant à la fin de l'année 2009 une publicité comparative illicite utilisant le slogan '*Une preuve de plus qu'Auchan est moins cher* ;

Condamne la société AUCHAN FRANCE à verser à la société CARREFOUR HYPERMARCHÉS la somme de 30 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait de la diffusion de la publicité comparative illicite ;

Condamne la société AUCHAN FRANCE à verser à la société C.S.F. FRANCE

la somme de 15 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait de la diffusion de la publicité comparative illicite ;

Condamne la société AUCHAN FRANCE à verser aux sociétés CARREFOUR HYPERMARCHÉS et C.S.F. FRANCE la somme globale de 5 000 € au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

Déboute les parties de leurs autres demandes ;

Condamne la société AUCHAN FRANCE aux dépens de première instance et d'appel.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT