

# Chronique

DROIT DE LA DISTRIBUTION

## UN ÉTÉ EN FRANCHISE

PAR JEAN-MARIE LELOUP\*

Le monde remuant, scintillant, vibronnant du franchisage ne s'est pas assoupi cet été. Des événements marquants ont attiré l'attention sur certaines entreprises du secteur, la fin de l'angoisse suscitée par la loi du 6 août laisse la place aux commentaires, sans oublier une activité jurisprudentielle et surtout doctrinale qu'il faut présenter.

\* \*

Du côté des entreprises, le groupe Bertrand, maître franchisé de Burger King en France, s'est emparé de Quick et de ses 509 restaurants, dont environ les trois quarts en franchise. Il va en résulter une modification de l'offre de restauration rapide, mais McDonald's avec ses 1340 établissements reste un leader solide.

Rodier, enseigne historique (en 1990, 161 franchisés en France, 130 à l'étranger, 500 millions de francs de chiffre d'affaires pour Rodier (femmes), et pour Rodier (hommes) 45 franchisés en France, 21 à l'étranger, 105 millions de francs de chiffre d'affaires) vendrait tous ses magasins pour se lancer dans l'hôtellerie, et déjà avec l'Hôtel Bachaumont, dans le 2<sup>e</sup> arrondissement de Paris, sur le site d'une ancienne clinique.

C'est dire que le monde du textile bouge. Chez Cacharel, le fondateur Jean Bousquet est aux commandes et après qu'un fonds américain a conduit Gérard Darel en procédure collective, c'est de nouveau la famille des fondateurs (Gerbi) qui reprend la direction.

### I - Du côté de la loi

La loi 2015-990 du 6 août pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances « *c'est du dynamisme, de l'oxygène, un coup de jeune pour notre économie* »<sup>1</sup>. C'est aussi du travail pour l'interprète.

C'est l'article 31 de cette loi qui intéresse franchiseurs et franchisés : par les deux nouveaux articles qu'il insère au code de commerce :

« Art. L. 341-1 : L'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune.

La résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa du présent article.

Le présent article n'est pas applicable au contrat de bail dont la durée est régie par l'article L. 145-4, au contrat d'association et au contrat de société civile, commerciale ou coopérative.

Art. L. 341-2-1 : Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de

\* Jean-Marie Leloup, docteur en droit, est avocat, ancien bâtonnier de l'ordre de Poitiers.

1 - Manuel Valls, à l'Assemblée nationale, le 9 juillet 2015.

L'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite.

II.- Ne sont pas soumises au I du présent article les clauses dont la personne qui s'en prévaut démontre qu'elles remplissent les conditions cumulatives suivantes :

1° Elles concernent les biens et services en concurrence avec ceux qui sont l'objet du contrat mentionné au I ;

2° Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I ;

3° Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat mentionné au I ;

4° Leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1. »

L'article L. 341-1 n'est pas très explicite pour ce qui concerne « les services mentionnés au premier alinéa de l'article 330-3 »<sup>2</sup>. Mais l'intérêt du texte n'est pas négligeable pour assainir et clarifier les techniques contractuelles. Un franchisé pouvait être lié à son franchiseur par un contrat d'approvisionnement, un contrat de licence d'enseigne, un contrat de franchise, tous avec des dates d'expiration différentes et des durées de préavis différentes. Le franchisé se trouvant ainsi emprisonné dans un filet de contrats multiples qui rendait difficile son retour à la liberté. Désormais, l'échéance doit être commune pour tous ces liens contractuels. C'est un progrès notable. Mais restent en dehors de l'échéance commune le contrat d'association et celui de sociétés<sup>3</sup>.

Ce texte inquiète : il vise la *résiliation* d'un contrat, mais la résiliation n'est pas la seule cause d'extinction d'un contrat ; quid de la résolution, de la nullité, de la caducité ? Si avant de réformer le droit des obligations, le législateur se préoccupait de le connaître, la vie des praticiens serait plus facile. L'article L. 341-2 vise toute clause restreignant la liberté d'exercice post-contractuelle, donc la clause de non-concurrence et la clause de non-affiliation<sup>4</sup>. Elles sont réputées non écrites<sup>5</sup>, à moins qu'elles ne satisfassent aux quatre conditions cumula-

tives énoncées au II de l'article L. 341-2 II. La rédaction de ce II de l'article est ordonnée comme celle de l'article 5.3 du règlement 330/2010 du 20 avril 2010 et quasiment identique, quoique plus détaillée, par la définition du savoir-faire, au n° 3 de l'article 341-2 qu'au c) du 3 du règlement communautaire. Il est donc à penser que sauf incidences des différences qui viennent d'être dites, l'interprétation donnée par la Cour de justice aura tendance à s'imposer pour l'interprétation du titre IV nouveau du code de commerce.

Ce n'est que le 6 août 2016 que tomberont comme réputées non écrites les clauses que prohibe l'article L. 341-2. Auparavant, les réseaux doivent procéder à la révision de leurs contrats et mesurer la qualité de leur savoir-faire qui va ainsi retrouver la place qui lui revient dans un système de franchise : la première....

## II - Du côté de la jurisprudence

Ce n'est pas l'été que se fait la moisson jurisprudentielle la plus abondante. On peut cependant signaler trois décisions de la Cour de cassation.

D'abord deux décisions de la chambre sociale appliquant l'article L. 7321-2, 2° du code du travail, à des partenaires de Prodim<sup>6</sup> et d'Yves Rocher<sup>7</sup>.

L'arrêt du 23 juin retient contre Prodim l'article L. 7321-2, 2° en décidant que la condition de fourniture exclusive est remplie dès lors que le cocontractant ne peut s'approvisionner qu'auprès des sociétés du groupe Carrefour qui imposait les conditions et prix de revente des marchandises.

Dans l'arrêt, publié, du 16 septembre, la chambre sociale rejette le pourvoi d'Yves Rocher contre un arrêt de la cour de Bordeaux du 18 mars 2014, en observant que les pratiques de prix mises en œuvre ne pouvaient échapper à l'application de l'article L. 7321-2, 2° du code du travail au motif qu'elles échappaient, par le bénéfice de règlements communautaires, à la prohibition des ententes : le droit de la concurrence est un monde, le droit du travail en est un autre.

Quant à l'arrêt de la chambre commerciale du 15 septembre (que signale opportunément

2 - V. Didier Ferrier, D. 2015-1904.

3 - On pourrait s'interroger pour le contrat de prêt consenti par le franchiseur au franchisé.

4 - D. Ferrier, *op. cit.*, se pose à juste titre la question pour les clauses de préemption ou de préférence.

5 - Sur le régime des clauses réputées non écrites, v. J.M. Leloup, *Les agents commerciaux, statut juridique, stratégies professionnelles*, 7<sup>e</sup> édition Delmas, 2015, n°62-31, p. 187.

6 - Cass. soc., 23 juin 2015, n° 13-26.361.

7 - Cass. soc., 16 septembre 2015, n° 14-17.371.

« La lettre de la distribution » d'octobre, p. 5), il est prononcé dans une espèce où le délai de réflexion du candidat franchisé avait été sérieux : plus de douze mois. Ce candidat ne se plaignait donc pas d'avoir été bousculé pour signer, mais d'un défaut d'actualisation du document d'information précontractuelle. Sa demande n'a pas abouti parce que la cour de Montpellier avait constaté que l'élément nouveau dont il se plaignait s'était bien produit, mais deux mois après la signature du contrat. Son pourvoi est donc rejeté<sup>8</sup>. Mais l'hypothèse demeure intéressante et met l'accent sur la situation créée par la tardiveté de la signature du contrat après la remise du document d'information précontractuelle : le candidat est en droit de réfléchir bien au-delà des vingt jours de l'article 330-3 mais pas trop tout de même, car sinon il faut penser à vérifier que les données communiquées sont toujours exactes. On peut estimer que si plus de deux ou trois mois se sont écoulés, il incombe au candidat de demander au franchiseur si des faits nouveaux doivent lui être signalés.

### III - En doctrine

Enfin les fruits de l'été sont beaux en doctrine. Il faut signaler deux ouvrages qui ont leur place dans les rayonnages de tous les praticiens de la franchise.

Madame Marie Malaurie-Vignal, professeur à l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, publie chez Sirey la troisième édition de son « Droit de la distribution »<sup>9</sup>. Elle réussit en 350 pages à présenter clairement les données fondamentales d'un immense domaine. On lira particulièrement son enseignement sur l'information précontractuelle (n° 206 à 276) et sur le « distributeur-gérant » (n° 1163 à 1222) où elle montre, comme l'arrêt ci-dessus signalé de la chambre sociale du 16 septembre 2015, que l'application distributive du droit du travail et du droit civil ou commercial n'est pas sans difficultés. La collaboration de Dominique Heintz permet d'utiles vues sur le droit allemand.

Monsieur Nicolas Dissaux, professeur à l'université Lille 2, nous convie à repenser le fonds de commerce en étudiant le fonds d'entreprise. Après les ouvertures du colloque de

l'association « Droit et Commerce » en 2009 à Deauville<sup>10</sup> sous la direction scientifique du professeur Jacques Mestre qui invitait à « substituer au fonds de commerce ainsi préalablement revu (contrats d'exploitation et immeubles inclus), et à partir de lui, une notion plus compréhensive qui serait celle du fonds économique », Nicolas Dissaux n'éluide pas cette problématique (n° 36 et n° 99 à 105) et fait part des critiques à l'égard des exclusions actuelles, mais sans aller jusqu'à construire un modèle intégrant dans le fonds l'immeuble où il est exploité et les obligations liées de l'exploitation. Son livre est d'un grand intérêt par la qualité de la réflexion (v. par exemple, l'analyse de la commission-affiliation, n° 49, 824, 948, ou le passage sur la transmission de l'obligation de non-concurrence n° 1103 à 1108). Les discussions sont menées avec un sens pédagogique évident. Un grand livre<sup>11</sup>.

### IV - En peu de mots

#### Publicité comparative

Sur une difficulté qui vaut assurément la peine d'interroger la Cour de justice, une question préjudicielle vient le 29 octobre d'être posée par le conseiller de la mise en état du pôle 5 chambre 5 de la cour d'appel de Paris. Voici dès à présent le texte de la question, qui sera commenté prochainement dans nos colonnes.

Pôle 5 - Chambre 5 RG N°: 15/02602

COUR D'APPEL DE PARIS

Nature de l'acte de saisine : Déclaration d'appel valant inscription au rôle

Date de l'acte de saisine : 04 février 2015

Date de saisine : 05 février 2015

Nature de l'affaire : Demande en cessation de concurrence déloyale ou illicite et/ou en dommages et intérêts

Décision attaquée : n° 13062760 rendue par le tribunal de commerce de PARIS le 31 décembre 2014

Appelante :

SAS CARREFOUR HYPERMARCHES agissant poursuites et diligences de son président en exercice domicilié en cette qualité audit siège, représentée par Me Florence GUERRE de la SELARL PELLE-

8 - Cass. com., 15 septembre 2015, n° 14-15.052.

9 - Marie Malaurie-Vignal, avec la collaboration de Dominique Heintz, *Droit de la distribution*, 3<sup>e</sup> édition Sirey 2015, 361 pages, 38 €.

10 - v. « Le fonds de commerce, un centenaire à rajeunir », Gazette du Palais, du 31 mai au 4 juin 2009, n°151 à 155.

11 - Nicolas Dissaux, « Le fonds d'entreprise », Lexis-Nexis 2015, 500 pages, 48 €.

RIN - DE MARJA - GUERRE, avocat au barreau de PARIS, toque : L0018 - N° du dossier 38634

Intimée :

SASU ITM ALIMENTAIRE INTERNATIONAL, représentée par Me Mathieu BOCCON GIBOD de la SELARL LEXAVOUE PARIS-VERSAILLES, avocat au barreau de PARIS, toque : C2477

ORDONNANCE SUR INCIDENT  
DEVANT LE MAGISTRAT CHARGÉ DE LA MISE  
EN ÉTAT

Nous, Isabelle ROHART-MESSAGER, magistrat en charge de la mise-en état, assistée de Gérald BRICONGNE, greffier,

Vu le jugement du tribunal de commerce de Paris du 31 décembre 2014 qui a :

- Dit que la SAS CARREFOUR HYPERMARCHES a manqué à son obligation de prouver l'exactitude matérielle des énonciations et indications contenues dans ses publicités relatives aux écarts de prix allégués entre les enseignes CARREFOUR et INTERMARCHE telle que l'article L. 121-12 du code de la consommation lui en fait obligation ;

- Dit que la SAS CARREFOUR HYPERMARCHES en :

- n'indiquant pas clairement les dates de relevés de prix ayant servi à la diffusion des spots publicitaires,

- retenant un mode de sélection des points de vente trompeur qui faussait la représentativité des comparaisons de prix, n'a pas respecté les dispositions du code de la consommation et que ces manquements à la neutralité et à l'objectivité d'une campagne de publicité comparative constituent des actes de concurrence déloyale ;

- Condamné la SAS CARREFOUR HYPERMARCHES au paiement de la somme de 800.000€ à la SAS à associé unique ITM ALIMENTAIRE INTERNATIONAL en réparation du préjudice subi ;

- Ordonné l'interdiction de la diffusion de la publicité incriminée ainsi que de toute pratique de publicité comparative reposant sur des modalités de comparaison similaires, concernant notamment le format des magasins retenus ;

- Enjoint à la SAS CARREFOUR HYPERMARCHES de cesser toute diffusion sur le site internet [www.youtube.fr](http://www.youtube.fr) des 8 spots publicitaires et toute diffusion à la télévision et sur le site internet [www.lesprixbaslaconfianceenplus.carrefour.fr](http://www.lesprixbaslaconfianceenplus.carrefour.fr) des 8 spots publicitaires, et ce, sous astreinte de 10.000 € par jour de retard à compter du délai de 5 jours suivant la date de signification du jugement pour une durée de deux mois ;

- Ordonné la publication du jugement dans trois revues au choix de la demanderesse et aux frais de la SAS CARREFOUR HYPERMARCHES dans la limite de 10.000 € par insertion, ainsi que sur la première page des sites internet [www.carrefour.fr](http://www.carrefour.fr)

et <http://lesprixbaslaconfianceenplus.carrefour.fr> pendant une durée de 2 mois ;

- Ordonné l'exécution provisoire du jugement à l'exception des mesures de publication ;

- Condamné la SAS CARREFOUR HYPERMARCHES au paiement de la somme de 20.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, et aux entiers dépens, dont ceux à recouvrer par le greffe, liquidés à la somme de 82,44 € dont 13,52 € de TVA.

Vu l'appel interjeté le 4 février 2015 par la société Carrefour Hypermarchés,

Vu les conclusions d'incident de la société Carrefour Hypermarchés (société Carrefour) du 04 août 2015 demandant au conseiller de la mise en état de :

- Constater qu'une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 4 de la Directive 2006/114/CE est soulevée ;

- Rejeter les demandes de la société ITM ALIMENTAIRE INTERNATIONAL ;

En conséquence,

- Faire droit à la demande de renvoi préjudiciel de la société CARREFOUR HYPERMARCHES ;

- Demander à la Cour de justice de l'Union européenne de statuer sur la question préjudicielle suivante :

L'article 4 paragraphe s a) et c) de la Directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 du Parlement européen et du Conseil en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, aux termes duquel « la publicité comparative est licite dès lors que [...] elle n'est pas trompeuse [...] elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services » doit-il être interprété en ce sens qu'une comparaison du prix de produits n'est licite que si les produits sont vendus dans des magasins de formats (par exemple, supermarchés/hypermarchés) ou de tailles identiques ?

- Surseoir à statuer, dans l'attente de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne ;

Vu les conclusions de la société ITM Alimentaire International (société ITM) du 25 août 2015 demandant au conseiller de la mise en état de :

- Constater que la question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 4 de la Directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 formulée par la société CARREFOUR HYPERMARCHES n'est ni pertinente, ni nécessaire ;

En conséquence : À titre principal :

Rejeter la demande de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne formulée par la société CARREFOUR HYPERMARCHES ;

Rejeter la demande de sursis à statuer formulée par la société CARREFOUR HYPERMARCHES ; À titre subsidiaire :

Dans l'hypothèse où la question préjudicielle serait renvoyée devant la Cour de justice de l'Union européenne, la reformuler dans les termes suivants :

« L'article 4 paragraphes a) et c) de la Directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 du Parlement européen et du Conseil en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, aux termes duquel « la publicité comparative est licite dès lors que (...) elle n'est pas trompeuse (...) elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables, et représentatives de ces biens et services » doit-il être interprété en ce sens qu'une comparaison du prix de produits entre des magasins de formats (par exemple, supermarchés/hypermarchés) ou de tailles différents n'est licite que si le consommateur est clairement informé de la différence de formats ou de tailles des magasins comparés ? »

En toute hypothèse :

- Condamner la société CARREFOUR HYPERMARCHES à verser à la société ITM ALIMENTAIRE INTERNATIONAL la somme de 3.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

#### Motifs de la décision

Courant décembre 2012, la société Carrefour a lancé une campagne publicitaire télévisée de grande ampleur intitulée « garantie prix le plus bas » comparant les prix des produits de grandes marques pratiqués dans les magasins Carrefour et dans des magasins concurrents et notamment les magasins Intermarché.

La publicité comparative des prix portait sur les 500 produits de grandes marques objets de la garantie prix le plus bas et offrait au consommateur de lui rembourser deux fois la différence s'il trouvait moins cher ailleurs.

Le 11 mars 2013, la société ITM, en charge de la stratégie et de la politique commerciale des enseignes de distribution alimentaire du groupe des Mousquetaires, notamment Intermarché et plus particulièrement Intermarché Hyper et Intermarché Super, adressait un courrier recommandé à la société Carrefour incriminant un second spot publicitaire qu'elle avait effectué, faisant valoir que les allégations de différence de prix entre concurrents étaient trompeuses et dénigrantes. Par ce courrier, elle mettait en demeure la société Carrefour de cesser la diffusion de la publicité et de lui communiquer les critères ayant conduit à la sélection des magasins Carrefour et Intermarché ayant fait l'objet de relevés de prix ainsi qu'une version exploitable des relevés de prix effectués dans les magasins Carrefour et Intermarché sur les produits visés par la publicité comparative.

Puis, par acte d'huissier du 2 octobre 2013, elle l'assignait devant le tribunal de commerce de Paris en faisant valoir que la société Carrefour se serait rendue coupable de publicité comparative trompeuse et d'actes de concurrence déloyale à son détriment, sollicitant sa condamnation au paiement d'une somme de 3 millions d'euros à titre de dommages-intérêts, l'interdiction de la diffusion de la publicité incriminée ainsi que de toute pratique de publicité comparative reposant sur des modalités de comparaison similaire, demandait qui lui soit enjoint de cesser toute diffusion sur le site Internet YouTube de 8 spots publicitaires disponibles aux adresses mentionnées en page 2 d'un procès-verbal de constat dressé le 19 mai 2004, sous astreinte, demandait également qu'il lui soit enjoint de cesser toute présentation comparant l'écart de prix moyen des différentes enseignes sur la base d'une méthodologie de comparaison dépourvue d'objectivité, sous astreinte, et demandait la publication du jugement à intervenir, outre sa condamnation aux dépens et à 50 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Pour faire droit partiellement à la demande de la société ITM, les premiers juges ont considéré que : la société Carrefour avait manqué à son obligation de prouver l'exactitude matérielle des énonciations et indications contenues dans ses publicités relatives aux écarts de prix allégués entre les enseignes Carrefour et Intermarché tel que l'article L. 121-12 du code de la consommation lui en fait obligation.

Dit que la société Carrefour en n'indiquant pas clairement l'état de relevés de prix ayant servi à la diffusion des spots publicitaires et « en retenant un mode de sélection des points de vente trompeur qui faussait la représentativité des comparaisons de prix, n'avait pas respecté les dispositions du code de la consommation et que ces manquements à la neutralité et à l'objectivité d'une campagne de publicité comparative constituent des actes de concurrence déloyale ».

C'est ainsi que le tribunal condamnait la société Carrefour à payer à la société ITM une somme de 800.000 euros à titre de dommages-intérêts, faisait droit aux demandes d'interdiction de diffusion de la publicité et ordonnait la publication du jugement, avec exécution provisoire.

C'est dans ces circonstances que, contestant avoir violé les dispositions de l'article L. 122-12 du code de la consommation, transposant la directive 2006/114/CE, la société Carrefour soulève une question préjudicielle relative à l'interprétation de cette directive et demande au conseiller de la mise en état de faire droit à sa demande de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne.

SUR CE,

En droit interne, la législation relative à la publicité comparative autorisée depuis la loi du 18 juin

1992, a évolué. Elle est aujourd'hui réglementée par les articles L. 121-8 et suivants du code de la consommation, lesquels constituent la transposition de la Directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006.

L'article L. 121-8 du code de la consommation dispose 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 le concurrent n'est licite que si :

1° elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ;

2° elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;

3° elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie ».

La directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 relative à la publicité comparative indique que celle-ci est licite si elle n'est pas trompeuse au sens de la directive 2005/29/CE, si elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, y compris éventuellement le prix.

La directive 2005/29/CE précise, en son article 7, qu'une pratique commerciale est 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, ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, 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.

Les premiers juges ont motivé leur condamnation et leurs interdictions en considérant qu'une publicité comparative visant des marchés concurrents ayant des formats différents n'était pas conforme aux dispositions de l'article L. 121-8 du code de la consommation et plus précisément qu'une telle publicité ne pouvait comparer des prix offerts par des supermarchés et des prix offerts par des hypermarchés en ces termes : « le tribunal relève que Carrefour a manqué à l'obligation – telle que définie à l'article L. 121-12 du code de la consommation – de prouver l'exactitude matérielle des énonciations contenues dans ses publicités et a adopté un mode de sélection des points de vente selon leur format qui est trompeur, faussant la représentativité des relevés de prix et ne respectant pas les exigences d'objectivité résultant de l'article L. 121-8 du code de la consommation, le tribunal dira, en conséquence, que la société Carrefour n'a pas totalement respecté les dispositions du code de

la consommation et que ces manquements à l'objectivité d'une campagne de publicité comparative constituent des actes de concurrence déloyale. »

Le tribunal avait relevé que les magasins Carrefour sélectionnés sont des hypermarchés, ce dont le consommateur n'a pas clairement connaissance puisque cette information ne figure que sur le site Internet – et non sur les spots télévisés, avec une mention en petits caractères sur la page d'accueil du site Carrefour qui précise que la garantie prix les plus bas « est valable uniquement dans les magasins Carrefour et Carrefour Planet. Elle n'est donc pas valable dans les magasins Carrefour Market, Carrefour contact, Carrefour City. » Que les magasins Intermarché sélectionnés sont tous, depuis le 2<sup>e</sup> spot, des supermarchés et que la base de comparaison a évolué sans que le consommateur en soit informé.

Le tribunal a considéré que le changement dans la taille des points de vente Intermarché sélectionnés, dans lesquels les relevés de prix sont effectués, illustre le caractère tendancieux de la méthode de comparaison des prix qui manquerait d'objectivité, puisque Carrefour comparerait, sans le dire explicitement, ses 223 hypermarchés avec les 1336 supermarchés d'Intermarché.

Il en a conclu que les informations contenues sur le site Internet ne permettraient pas au consommateur d'être conscient du fait que cette comparaison de prix s'effectuait entre magasins de taille différente et que le mode de sélection des points de vente était alors trompeur car il faussait la représentativité des relevés de prix.

Il convient par ailleurs de noter qu'il résulte des spots publicitaires télévisés versés aux débats que sur ceux-ci, apparaissait en dessous du nom Intermarché, en lettres plus petites, la mention « super ».

La société Carrefour fait valoir que l'interprétation de la directive 2006/114/CE, dont l'article L. 121-8 du code de la consommation constitue la transposition, serait nécessaire pour trancher le litige soumis à la cour d'appel et demande qu'une question préjudicielle soit transmise à la Cour de justice de l'Union européenne aux fins de préciser si la directive doit être interprétée en ce sens qu'une comparaison du prix des produits n'est licite que si les produits sont vendus dans des magasins de formats ou de tailles identiques.

La société ITM s'oppose à cette demande en faisant valoir que la question ne serait pas nécessaire. Selon elle, il ne serait pas interdit de comparer les prix de produits vendus dans des magasins de format ou de taille différente, dès lors que le consommateur est informé sur la nature des points de vente où sont vendus les produits comparés, ce qui aurait fait défaut dans le présent litige.

Elle fait valoir que seule serait en cause l'appréciation du caractère trompeur de la publicité en ce que

le consommateur n'aurait pas été clairement et objectivement informé de la différence des formats ou de tailles des magasins comparés. À titre subsidiaire, elle sollicite la reformulation de la question préjudicielle éventuellement renvoyée devant la Cour de justice de l'Union européenne et demande que soit posée la question de savoir si la directive doit être interprétée en ce sens qu'« une comparaison du prix des produits entre des magasins de format (par exemple supermarchés/hypermarchés) ou de taille différente n'est licite que si le consommateur est clairement informé de la différence de formats ou de tailles des magasins comparés. »

Ainsi la société ITM reconnaît qu'en elle-même, la comparaison de prix entre des magasins de format ou de taille différents n'est pas interdite, de sorte qu'elle fait valoir que la question posée par la société Carrefour serait inutile et ne poursuivrait qu'un objectif dilatoire.

Sur l'utilité d'un renvoi préjudiciel :

Dans le cadre de la coopération entre la Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions nationales, instituée par l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, il appartient au juge national d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre sa décision, que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. Il doit notamment vérifier si l'interprétation sollicitée du droit de l'Union a un rapport avec la réalité ou l'objet du litige principal et si la question n'est pas générale ou hypothétique, si elle est nouvelle et si elle est nécessaire.

En l'espèce, c'est bien le principe même d'une publicité comparative des prix entre des magasins de formats différents qui a fondé la décision du tribunal de commerce puisque celui-ci a reproché à la société Carrefour d'avoir « adopté un mode de sélection des points de vente selon leur format qui est trompeur, faussant la représentativité des relevés de prix et ne respectant pas les exigences d'objectivité résultant de l'article L. 121-8 du code de la consommation », lequel constitue la transposition de la directive 2006/114/CE. Il s'ensuit que la cour d'appel, saisie de l'entier litige, devra statuer sur ce point. Or cette question précise n'a jamais été tranchée par la Cour de justice des Communautés européennes.

Par ailleurs, si le principe de la publicité comparative des prix entre magasins de formats différents était considéré comme étant conforme à la directive, la cour d'appel devra s'interroger sur le point de savoir si le fait que les magasins dont les prix sont comparés soient de tailles et de formats différents constitue une information substantielle, au sens de la directive 2005/29/CE, devant être nécessairement portée à la connaissance du consommateur et dans l'affirmative, quel devrait

être le degré et/ou le support de diffusion de cette information auprès du consommateur.

#### PAR CES MOTIFS

Renvoyons à la Cour de justice des Communautés européennes aux fins :

- de dire si l'article 4 a) et c) de la directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 aux termes duquel, « la publicité comparative est licite dès lors que (...) elle n'est pas trompeuse (...) elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services » doit être interprété en ce sens qu'une comparaison du prix de produits vendus par des enseignes de distribution n'est licite que si les produits sont vendus dans des magasins de formats ou de tailles identiques,

- de dire si le fait que les magasins dont les prix sont comparés soient de tailles et de formats différents constitue une information substantielle, au sens de la directive 2005/29/CE, devant être nécessairement portée à la connaissance du consommateur,

Dans l'affirmative, de dire quel devrait être le degré et/ou le support de diffusion de cette information auprès du consommateur.

Sursoyons à statuer sur l'appel de la société Carrefour jusqu'à la décision de la Cour de justice,

Réservez les dépens,

Disons qu'une expédition de l'ordonnance ainsi qu'une copie du dossier de l'affaire seront transmis à la Cour de justice des Communautés européennes sous pli recommandé.

## V - Fenêtre sur l'Europe

### A - Directive « Agents commerciaux » 86-653 du 18 décembre 1986

Dans le grand mouvement d'examen des directives lancé en 2014 pour apprécier la réalité de leur mise en œuvre et leur intérêt actuel, la Commission, à l'automne 2014, a procédé à une consultation publique. Le 16 juillet 2015, le groupe de travail en charge de l'évaluation de la directive « Agents commerciaux » a publié son rapport et conclu que la directive atteint bien ses objectifs et doit être maintenue dans sa forme actuelle.

La Fédération nationale des agents commerciaux avait notamment écrit que « les avantages de la directive l'emportent nettement car les contrats d'agent, quelle que soit la loi qui les gouverne, doivent être conformes aux dispositions impératives de la directive, ce qui réduit pour les deux parties concernées les coûts de consultation d'avocats et de traduction... »

*La volonté des agents et des commettants européens de coopérer s'en trouve ainsi accrue ».*

Nous avons écrit pour notre part : « Les oppositions d'intérêt entre commettants et agents sont apaisées par la durée d'application des lois de transposition. Les opérateurs économiques ont trouvé leur équilibre. Il n'y a pas lieu de modifier cet équilibre ».

### **B - Accords Auchan – Système U**

La Commission européenne a renvoyé à l'Autorité de la concurrence l'examen de l'alliance projetée entre Auchan et Système U. Il appartient, notamment, à l'Autorité de rechercher si ce rapprochement est de nature à porter atteinte au marché en amont de l'approvisionnement en produits de grande consommation.

Cette question est proche de l'avis 15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution.

## **VI - En quelques chiffres**

Le réseau Gamm Vert compte 1200 points de vente. L'expérience de vente de produits alimentaires, entreprise en 2014, se développerait sous l'enseigne *Frais d'ici* aux mêmes lieux que les jardineries.

Le chiffre d'affaires de Carrefour progresse dans le monde et aussi en France (+1,6%), mais avec une forte baisse en Chine qui représente moins de 10 % des ventes.