



**TRIBUNAL DE COMMERCE
DE BORDEAUX**

JUGEMENT DU MARDI 26 FEVRIER 2013- N° 3
- 3ème Chambre -

N° RG : 2012F00470

SA AUCH HYPER DISTRIBUTION
C/
SAS KAMANDE

DEMANDERESSE

➤ SA AUCH HYPER DISTRIBUTION A CLARAC 32000 AUCH

comparaissant par Maître JOLLY, Avocat à la Cour de la SCP SIMON GUEROT JOLLY, Avocat au Barreau de TOULOUSE demeurant 116 Route d'Espagne 31100 TOULOUSE.

C/

DEFENDERESSE

➤ SAS KAMANDE, 4 RUE ROGER SALENGRO 32000 AUCH.

comparaissant par Maître CAROLINE JAUFFRET, Avocat au Barreau de TOULOUSE demeurant 2 Avenue Impériale 31500 TOULOUSE.

L'affaire a été entendue en audience publique le 20 Novembre 2012.

Le présent jugement a été délibéré conformément à la Loi par :

- Philippe GOZE, Président de Chambre,
- Christine FOURNIER, Yves-Michel ROSSI, Marc SALAUN, Jean SIMON,
Juges

Et a été prononcé, ce jour, par sa mise à disposition au Greffe par Monsieur Philippe GOZE, Président de Chambre,

Assisté de Fanny VOIZARD, Greffier d'audience.

R RO

JUGEMENT

EXPOSE DES FAITS ET DE LA PROCEDURE

La SA AUCH HYPER DISTRIBUTION exploite un hypermarché sous l'enseigne LECLERC à CLARAC (32) et elle est en concurrence avec la SAS KARMANDE qui exploite aussi un hypermarché mais sous l'enseigne INTERMARCHÉ situé à AUCH (32).

Dans le cadre de son activité, la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION effectue des relevés de prix chez ses concurrents et notamment dans le magasin de la SAS KARMANDE avec pour finalité de réaliser des publicités comparatives afin de démontrer au consommateur final qu'elle est la moins chère. Jusqu'en décembre 2007, ses opérations de relevé de prix se sont déroulées sans incident de part et d'autre.

A la faveur d'un changement de dirigeant au sein de la SAS KARMANDE, cette dernière a interdit à la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION non pas de relever ses prix mais de le faire au moyen d'un lecteur optique et a exigé qu'il soit réalisé manuellement. Un constat d'huissier était dressé le 5 février 2008 et une procédure de référé était engagée le 14 mars 2008 par la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION.

Devant les difficultés, les parties régulariseront un protocole d'accord le 11 février 2009 visant à déterminer les modalités de relevé des prix entre les deux magasins. Par courrier en date du 13 octobre 2010, la SAS KARMANDE indiquait à la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION qu'elle s'opposait au relevé de prix effectué par ses salariés au motif que ces relevés, retranscrits dans les publicités de cette dernière, étaient faux et mettait fin au protocole du 11 février 2009.

La SA AUCH HYPER DISTRIBUTION répliquait par courrier en date du 23 octobre 2010 en indiquant que le relevé de prix était exécuté dans la stricte application du protocole signé et dénonçait, à nouveau, l'interdiction faite par la SAS KARMANDE à son personnel de relever les prix de cette dernière. Un nouveau constat d'huissier était dressé le 3 novembre 2010 montrant le refus de la SAS KARMANDE de laisser les salariés de la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION de faire des relevés de prix dans son magasin.

Par courrier en date du 8 novembre 2010, la SAS KARMANDE indiquait à la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION qu'elle n'était pas contre les relevés de prix à la condition qu'ils soient réalisés par une société indépendante dite «panéliste».

Le 26 avril 2011, la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION saisissait le Tribunal de Commerce d'Auch afin de contraindre au visa de l'article L 410-2 du Code de Commerce la SAS KARMANDE à lui laisser le libre accès de son magasin pour effectuer les relevés de prix.

Par jugement en date du 27 janvier 2012, le Tribunal de Commerce d'AUCH soulevait d'office son incompétence au motif que cette affaire relevait des dispositions de l'article L 442-6 du Code de Commerce attribuant

fv PO

conformément aux dispositions de l'article R 420-3 du même code une compétence en matière de pratique anti concurrentielle à des juridictions spécialisées dont le Tribunal de Commerce de céans a été désigné pour les ressort des Cours d'Appel d'Agen, de Bordeaux, de Limoges de Pau et de Toulouse.

C'est dans ces conditions que l'affaire se présente à l'audience de ce jour.

Par conclusions développées à la barre la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION demande au Tribunal de :

Vu les articles 1382 et 1383 du Code Civil,
Vu l'article L 410-2 du Code de Commerce,
Vu les articles L 121-8 et suivants du Code de la Consommation,

Dire et juger que la SAS KARMANDE méconnaît les droits de celle-ci en interdisant à ses salariés d'effectuer des relevés de prix des produits qu'elle offre à la vente dans son magasin.

Dire et juger qu'un tel comportement constitue un acte de concurrence déloyale.

Ordonner à la SAS KARMANDE de laisser pratiquer des relevés de prix par ses salariés par tout moyen de leur choix, notamment au moyen de lecteurs électroniques de codes-barres et ce sous astreinte de 2.500,00 € par refus constaté par huissier.

Débouter la SAS KARMANDE de toutes ses demandes comme irrecevables, injustes où en tout cas mal fondées.

Condamner la SAS KARMANDE à lui payer la somme de 8.000,00 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile outre les dépens.

En réponse, la SAS KARMANDE demande au Tribunal de :

Rejeter les demandes de la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION.

Prendre acte de ce qu'elle accepte que des relevés de prix soient effectués dans son magasin par toute société indépendante mandatée par la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION et sous réserve de réciprocité.

Interdire à la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION sous astreinte de 50.000,00 € par infraction à réaliser des relevés de prix par ses salariés y compris par des achats effectués par eux.

Interdire à la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION sous la même astreinte par parution publicitaire toute publicité comparative telle que réalisée dans ses prospectus édités sur la base des relevés du 17 août 2010, du 12 novembre 2010 et du 5 mars 2011.

Condamner la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION à lui payer la somme de 50.000,00 € à titre de dommages et intérêts au titre des publicités illégales réalisées.

Ordonner l'exécution provisoire.

h P

Condamner la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION à lui payer la somme de 5.000,00 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile outre les dépens.

MOYENS DES PARTIES

Pour justifier sa demande, la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION indique que la SAS KARMANDE confond deux questions qui sont totalement distinctes. D'une part, les publicités incriminées ne sont pas faites à partir des relevés de prix pratiqués dans le magasin de la SAS KARMANDE et d'autre part, quand bien même les mêmes publicités seraient critiquables cela ne légitimerait pas cette dernière d'empêcher les salariés de la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION de pratiquer les relevés de prix en question.

En application de l'article L 410-2 du Code de Commerce, une jurisprudence abondante confirme que la pratique des relevés de prix par les salariés d'une enseigne est légale.

En ce qui concerne les allégations de concurrence déloyale, la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION fait valoir que la publicité comparative contribue à stimuler la concurrence dans l'intérêt du consommateur. Les publicités comparatives critiquées par la SAS KARMANDE ne trompent pas le consommateur sur la comparaison à laquelle elles se livrent. Il s'agit de l'opération dite du « *comparateur* » qui est un outil permettant dans le centre LECLERC de comparer le prix de ses produits avec ceux de ses concurrents directs sur plus de 8000 produits de marque nationale. Tant que l'INTERMARCHE laissait effectuer des relevés de prix dans son magasin, il figurait dans le comparateur, il ne l'est plus depuis qu'il interdit les relevés de prix.

N'en déplaise à la SAS KARMANDE, ce que démontre le comparateur c'est que la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION est la moins chère.

De plus, il est admis que dans les publicités comparatives lorsque deux produits existent dans les différents magasins mais sous des conditionnements différents, la comparaison peut être faite en ramenant le prix à une quantité ou un volume commun. C'est ce qui a été fait pour quelques produits dont les prix ont été relevés dans le magasin de la SAS KARMANDE qui aujourd'hui soutient que la comparaison ne peut exister en utilisant cette méthode.

Par conséquent, les publicités en cause ne sont pas irrégulières.

En réponse, la SAS KARMANDE indique qu'elle n'est pas opposée au principe des relevés de prix mais s'oppose aux relevés réalisés par les salariés de la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION en raison de leur comportement déloyal.

En effet, sur une publicité comparative présentée comme un ticket de caisse INTERMARCHE, figurait « *la pointe de brie* » de 200 g comme étant dans les rayons de celui-ci. Or la SAS KARMANDE ne vend que du « *brie* » conditionné à 500 g au prix de 2,69 €. En réalité, la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION a pratiqué une règle de 3 pour établir que la SAS KARMANDE vendait « *la pointe de brie* » de 200 g à 1,08 €. Cette pratique est donc déloyale et est de nature à induire en erreur le consommateur puisque le produit n'existe pas et son prix non plus.

R P

Il s'agit donc d'une publicité comparative illégale contraire aux dispositions de l'article L 121-8 du Code de la Consommation en ce que les produits dont les prix ont été relevés ne sont pas représentatifs de l'offre, certains produits n'existent pas et les produits dont les prix sont comparés ne sont pas suffisamment désignés.

La SAS KARMANDE a donc un intérêt à s'opposer à ce que les relevés de prix soient effectués par les salariés de la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION et à préférer l'intervention de société indépendante dite «panéliste», ce que recommande l'enseigne LECLERC elle-même.

Dans ces conditions, la SAS KARMANDE est bien fondée à demander la cessation de toutes publicités comparatives sous astreinte et 50 000 € à titre de dommages et intérêts pour le préjudice subi.

SUR CE LE TRIBUNAL

Sur le principe de la publicité comparative

Le Tribunal observe que dans son argumentation, la SAS KARMANDE indique : « *En 1er lieu, encore une fois, la société KARMANDE n'est pas opposée au principe des relevés de prix.* » Cependant, le Tribunal note qu'elle s'oppose à ce que ces relevés soient effectués par des salariés de la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION au moyen de lecteur électronique de code barre et demande que ces relevés soient effectués par des sociétés indépendantes dites «panélistes».

L'article L 410-2 du Code de Commerce dispose que : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1er janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence (.....)* ».

Si le principe de la publicité comparative se pratique couramment dans le secteur de la grande distribution, en revanche le Tribunal note qu'il n'existe aucun règlement ou texte législatif régulant cette pratique dont les contours ont été dessinés par des décisions de la Cour de Cassation en application de l'article sus visé.

Par conséquent, le Tribunal dira que la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence commande que les concurrents puissent comparer leurs prix et ainsi faire pratiquer des relevés de prix dans leurs magasins respectifs par leurs salariés ou par des sociétés indépendantes, le choix leur appartenant sans que les magasins objet de ces relevés puissent s'opposer aux dits relevés.

Le Tribunal dira aussi qu'à l'examen des pièces produites au débat, aucun élément ne démontre qu'un lecteur de code barre serait contraire au principe cité supra découlant de l'application de l'article L 410-2 du Code de Commerce.

En conséquence, le Tribunal dira que la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION peut faire pratiquer des relevés de prix dans le magasin de la SAS KARMANDE par ses salariés au moyen de lecteur électronique de code barre et ordonnera à la SAS KARMANDE, sous réserve de réciprocité à son égard, de laisser la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION faire les dits relevés dans son magasin sous astreinte de 500,00 € par refus constaté un mois après la signification du jugement à intervenir.

A PV

Sur le fond de ces publicités comparatives

Le Tribunal observe que les parties font toutes les deux référence aux dispositions de l'article L 121-8 du Code de la Consommation qui stipule 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 :*

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.

Toute publicité comparative faisant référence à une offre spéciale doit mentionner clairement les dates de disponibilité des biens ou services offerts, le cas échéant la limitation de l'offre à concurrence des stocks disponibles et les conditions spécifiques applicables. »

La SA AUCH HYPER DISTRIBUTION reconnaît dans ses écritures qu'elle a recours à la règle de 3 lorsqu'elle compare un même produit vendu par elle-même et un concurrent, en l'occurrence la SAS KARMANDE, mais sous un conditionnement différent chez le concurrent. Ainsi lorsque la publicité paraît, le produit comparé apparaît chez le concurrent sous le même conditionnement que celui vendu par la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION alors qu'en réalité le dit concurrent ne possède pas, dans ses rayons, le produit auquel cette dernière fait référence. C'est ce qui s'est passé pour le produit « *la pointe de brie* » vendu par la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION par portion de 200 g alors que la SAS KARMANDE vend le même produit mais par portion de 500 g.

En procédant ainsi, le Tribunal relève que la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION ne respecte pas les dispositions de l'article sus visé en ce qu'elle ne compare pas objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives d'un produit qui est caractérisé entre autre par son conditionnement. La SA AUCH HYPER DISTRIBUTION, en indiquant que son concurrent, en l'occurrence la SAS KARMANDE, possède un produit dans un conditionnement qu'en réalité cette dernière n'a pas, induit en erreur le consommateur final.

Par conséquent, le Tribunal dira que la publicité comparative doit comparer des produits dont les caractéristiques doivent être identiques dans les magasins objet de cette comparaison et interdira à la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION de pratiquer la règle de 3 dans ses publicités comparatives sous astreinte de 500,00 € à chaque fois que la règle de 3 sera utilisée dans les publicités de la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION un mois après la signification du jugement à intervenir.

Par ailleurs, le Tribunal débouterà la SAS KARMANDE de sa demande de dommages et intérêts car la faute de la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION décrite plus haut n'emporte pas le caractère illégal des publicités litigieuses, la faute portant sur un seul produit parmi des centaines comparés.

L'exécution provisoire du jugement à intervenir est sollicitée par la SAS KARMANDE mais compte tenu qu'aucune condamnation en somme n'a été prononcée, le Tribunal dira n'y avoir lieu à l'ordonner.

f P U

Sur l'article 700 du code de procédure civile

Compte tenu de la décision à intervenir, le Tribunal estimera que l'équité commande en l'espèce de dire qu'il n'y aura pas lieu à condamnation sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et dira que chaque partie conservera la charge de ses dépens.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL

Statuant publiquement par jugement contradictoire et en premier ressort,

ORDONNE à la SAS KARMANDE de laisser pratiquer des relevés de prix par les salariés de la SA AUCH DISTRIBUTION ou par des sociétés dites «*panélistes* » par tout moyen y compris des lecteurs électroniques de code barre sous astreinte de 500,00 € (**CINQ CENTS EUROS**) par refus constaté un mois après la signification du présent jugement et sous réserve de réciprocité à l'égard de la SAS KARMANDE.

DIT que la publicité comparative doit comparer des produits dont les caractéristiques sont identiques.

INTERDIT à la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION de pratiquer la règle de trois pour comparer des produits de même nature mais dont les caractéristiques ne seraient pas identiques sous astreinte de 500,00 € (**CINQ CENTS EUROS**) à chaque fois que la règle de trois sera utilisée un mois après la signification du présent jugement.

DIT néanmoins qu'il n'y a pas lieu d'interdire les publicités comparatives publiées par la SA AUCH HYPER DISTRIBUTION.

DEBOUTE la SAS KARMANDE de sa demande de dommages et intérêts.

DIT n'y avoir lieu à ordonner l'exécution provisoire.

DIT qu'il n'y a pas lieu à condamnation sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

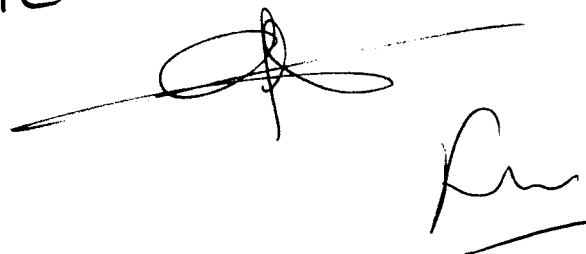
DIT que chaque partie conservera la charge de ses dépens.

Dont frais de Greffe liquidés à la somme de :

Dont TVA

82,16 €

13,47 €

The block contains two handwritten signatures. The first is a large, stylized signature in black ink, possibly reading 'A. Karmande'. The second is a smaller, more cursive signature in black ink, possibly reading 'L. Auch'.