

à la une

Département : Affaires / Contentieux / Arbitrage

La publicité comparative, longtemps regardée avec suspicion et réservée aux pays anglo-saxons, est une arme commerciale en plein essor en France. La loi autorise depuis 1992, en l'encadrant, ce mode de communication dont on redoute qu'il ne soit l'occasion d'acte de dénigrement ou de parasitisme. Cependant, sous réserve du respect de règles d'objectivité, il contribue à informer les consommateurs de leur intérêt. La publicité dépassant les frontières, l'Union Européenne a arrêté le 12 décembre 2006 une directive 2006/114/CE destinée à harmoniser le régime des publicités dites trompeuses et comparatives. Un jugement du Tribunal de Commerce de Paris du 29 mars 2007, qui y fait référence, rend compte de l'appréciation in concreto des juges en la matière. Surtout les répercussions de la publicité en font un enjeu commercial et juridique majeur qu'illustre la lutte que se livrent actuellement de grands groupes de la distribution.

Le thème du mois : la publicité comparative en action

La coopérative Groupements d'achats des centres Leclerc (le Galec) a créé un site internet de comparaison des prix de produits vendus dans différentes enseignes de la grande distribution, intitulé « www.quiestlemoinscher.com ».

Une première version de ce site a été interdite sur l'initiative de la société Carrefour, qui dénonçait notamment le fait que le fonctionnement du site manquait de transparence.

Le Galec a lancé en novembre 2006 une version modifiée de son site, qui portait sur la comparaison de 1 536 produits de grande marque de 8 enseignes nationales. Plus de 400 000 prix étaient relevés, chiffre porté à 670 000 en février 2007. Ses résultats, selon lesquels les centres Leclerc sont les moins chers, étaient relayés par de multiples publicités, notamment à la télévision : l'impact était massif.

Carrefour a saisi dans le cadre d'une procédure à bref délai le Tribunal de Commerce de Paris, soutenant que le site était illicite, contenait des informations mensongères et revêtait un caractère trompeur. Carrefour se plaçait également sur le terrain de la concurrence déloyale.

Le Tribunal a rendu son jugement le 29 mars 2007 : il fait référence à la nouvelle directive européenne du 12 décembre 2006 dont les dispositions sont d'ores et déjà très proches du régime français actuel.

Le Tribunal a rejeté les demandes de Carrefour et déclaré licite le site du Galec, conciliant dans ses attendus les exigences de transparence en terme de publicité et de liberté d'expression et d'action nécessaires aux entreprises.

Notre « à la une » de mai dernier du département de propriété intellectuelle / NTIC / Médias avait déjà consacré un article à cette décision de référence.

I. L'encadrement de la publicité autour de l'exigence d'objectivité

La directive du 12 décembre 2006 définit la publicité trompeuse comme « toute publicité qui de manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent. ».

Selon l'article L 121-8 du Code de la consommation, une publicité comparative n'est licite que si :

- elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur,
- elle porte sur des biens ou des services répondant aux mêmes besoins ou aux mêmes objectifs,
- elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie.

En conséquence, l'utilisation de faux éléments de faits entraînera automatiquement la non validité de la publicité comparative.

Carrefour soutenait que la méthodologie adoptée par le Galec en matière de sélection de produits, de magasins, de prix, de période de relevés, était dépourvue d'objectivité, de représentativité et de transparence.

Mais le Tribunal a relevé que la méthodologie exposée sur le site « n'est nullement opaque même s'il est probable que tout consommateur moyen, même attentif, n'est pas à même de la comprendre parfaitement, particulièrement la méthode des quotas ; mais la jurisprudence admet parfaitement que, dès lors que la méthode est exposée et vérifiable (...) le consommateur peut très bien s'adresser à un tiers plus compétent en la matière pour obtenir les explications qu'il souhaite ».

Cette interprétation des juges est favorable à la publicité, la conditionnant donc à une information sans exiger sa parfaite lisibilité. Il suffit que l'annonceur soit à même de justifier du bien fondé de sa méthode.

Relevons que dans un arrêt récent du 19 avril 2007, la CJCE a considéré que l'individualisation d'un concurrent n'était pas nécessaire pour que la publicité comparative soit constituée (Affaire C-381-05).

II. La liberté des annonceurs et la régulation par le marché

S'agissant des modalités de mise en œuvre de la méthodologie, le Tribunal considère que : « le choix du nombre de comparaisons auxquelles le comparateur souhaite procéder entre les produits qu'il offre et ceux de ses concurrents relève de sa liberté économique [...] il peut choisir les paramètres qui lui sont favorables dès lors qu'il ne s'est appuyé que sur des renseignements exacts et vérifiables ». Le Tribunal énonce enfin qu'au regard des textes et de la jurisprudence, en matière de publicité « une emphase est parfaitement admise ».

Ainsi, dès lors qu'un agent économique s'appuie sur des renseignements exacts et vérifiables, la publicité comparative relève de sa liberté économique et de sa propre stratégie commerciale.

Au final, si un concurrent s'estime lésé, le Tribunal l'invite à « répliquer par sa propre publicité comparative, sur la base de paramètres autres qu'il estimerait lui être favorables ». Il revient au marché de se réguler lui-même sous la forme d'un droit de réponse.

En l'état, et suite à la décision du Tribunal, Carrefour a adopté une autre stratégie en refusant l'accès dans la majorité de ses magasins aux enquêteurs du GALEC, de sorte que la comparaison avec cette enseigne n'était plus possible dans des proportions significatives... Par cette démarche, Carrefour empêchait la publicité comparative avec ses prix, telle qu'elle est organisée par Leclerc et validée par les juges.

Leclerc a dès lors « communiqué » sur le comportement d'« obstruction » de son concurrent, faisant implicitement un comparatif de leurs attitudes respectives... Cette affaire, qui connaîtra certainement des rebondissements judiciaires ou commerciaux, reste donc à suivre ...

L'actualité en droit des affaires, contentieux et arbitrage

• L'obligation de non-concurrence du cédant résultant de la garantie d'éviction

Tout vendeur doit à son acquéreur la possession et la jouissance paisible de la chose vendue. Il est tenu à ce titre de garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffrirait dans tout ou partie de l'objet vendu (articles 1625 et 1626 du Code Civil). En matière de cession d'entreprises, le cédant s'interdit en particulier des actes pouvant constituer des reprises ou des détournements de l'actif. L'arrêt rapporté ci-dessous illustre la portée de cette garantie.

En 1998, la société danoise Ecco Sko A/S a cédé la totalité du capital de sa filiale Ecco France à la société Van Drunen. Ecco France a continué à assurer la distribution des produits Ecco Sko en France jusqu'en 2000. A compter de cette date Ecco Sko a résilié son contrat et confié la commercialisation de ses produits à une société nouvellement créée à cet effet, Ecco France Distribution.

Van Drunen et Ecco France ont alors formé une demande d'indemnisation contre Ecco Sko et Ecco France Distribution fondée sur la garantie d'éviction et la concurrence déloyale.

Le 16 septembre 2004, la Cour d'Appel de Versailles a refusé de retenir un manquement à la garantie d'éviction en relevant essentiellement que « *la rupture des relations commerciales à l'initiative du vendeur de parts ne peut constituer une faute de ce dernier dans son obligation de garantir son acquéreur contre l'éviction* ».

Cependant, dans un arrêt du 20 février 2007^[1], la Cour de Cassation a cassé cette décision aux motifs que la Cour d'Appel n'a pas recherché si la constitution d'une société portant quasiment la même dénomination et chargée de la distribution de mêmes produits n'était pas de nature à empêcher l'acquéreur de poursuivre l'activité économique de la société cédée et de réaliser son objet social.

De même, sur le terrain de la concurrence déloyale, la Cour de Cassation reproche à la Cour d'Appel de n'avoir pas recherché si « *le cédant s'était pas immiscé dans le sillage de la société Ecco France pour tirer profit, sans rien dépenser des investissements développés par cette dernière des investissements qu'elle avait réalisés* ».

Cette décision rappelle que la garantie légale d'éviction, au nom du principe d'exécution de bonne foi des conventions, impose aux vendeurs, même deux ans après la cession, d'être particulièrement vigilants à ne pas affecter sérieusement l'activité des entreprises cédées.

• Les fonds séquestrés échappent à la procédure collective

En 1978, des époux ont confié la construction de leur maison à un particulier. Suite à des désordres lors de la construction, le Tribunal de Grande Instance de Nîmes, confirmé par la Cour d'Appel de Nîmes, a condamné le constructeur à payer 165 000 francs à titre de dommages et intérêts aux époux.

Après avoir exécuté la condamnation, le constructeur s'est pourvu en cassation. Le 27 janvier 1988, la Haute Cour a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel de Nîmes.

Entre temps, le constructeur a été mis en liquidation judiciaire. Au visa de l'arrêt susvisé, il a demandé aux époux la restitution des sommes versées, lesquelles ont été au final consignées, avec l'accord du liquidateur, auprès de la Caisse des Dépôts et Consignations.

Le 7 janvier 1991, la Cour d'Appel de Montpellier, cour de renvoi, a évalué la créance des époux à 138 091 francs et affirmé qu'ils devaient se conformer à la procédure collective ouverte à l'encontre du constructeur.

Le liquidateur a dès lors demandé aux époux la restitution des sommes séquestrées, ce qu'ils ont refusé. Le liquidateur les a assignés pour voir juger que les sommes consignées appartenaient à la procédure collective et que leur répartition devait s'effectuer selon les règles légales.

Le 25 novembre 2005, la Cour d'Appel de Nîmes rejeta sa demande. Suite au pourvoi formé par le liquidateur, le 24 avril 2007^[2], la Cour de Cassation a confirmé que « *ces sommes ont fait l'objet d'un séquestre conventionnel et que les sommes ainsi séquestrées, non soumises aux règles de procédure collective, devaient être restituées aux époux* ».

Ainsi, les fonds séquestrés échappent à la procédure collective ouverte postérieurement, comme s'ils étaient sortis de l'actif du patrimoine du débiteur. On perçoit l'intérêt de cette décision au regard du sort des saisies conservatoires lorsqu'elles sont pratiquées contre un débiteur en faillite ; en application de la règle selon laquelle le jugement d'ouverture arrête toute voie

d'exécution, une saisie conservatoire opérée avant la date de cessation des paiements mais non convertie avant la date du jugement d'ouverture, n'emporte plus affectation spéciale et privilège au profit du créancier saisissant (Cass.Com, 4 janvier 2000 RJDA 3/00 n° 307).

Le séquestre permettrait en revanche à un créancier de conserver le bénéfice de sa garantie.

• La nécessité d'invoquer un intérêt personnel pour pouvoir contester l'état des créances

Le 30 novembre 1993, la société Boucheries David est mise en redressement judiciaire. La société Mécarungis procède à une déclaration de créance qui est contestée par le représentant des créanciers mais admise par le juge commissaire.

Le gérant de Boucheries David, agissant en qualité de cessionnaire d'une créance, a formé une réclamation contre la décision du juge commissaire.

Rappelons que l'article 103 de l'ancienne loi du 25 janvier 1985 permet à un créancier autre que celui dont la créance est en cause de former une réclamation contre les décisions du juge commissaire sur l'état des créances.

Cependant, le juge commissaire avait rejeté la réclamation du gérant aux motifs qu'il n'aurait pas qualité pour former de tels recours. Saisi de cette question, la cour de Cassation, dans un arrêt du 30 janvier 2007^[3], a posé qu'« *un créancier autre que celui dont la créance est en cause a la faculté de contester l'état des créances à la condition d'invoquer un intérêt personnel et distinct de celui des autres créanciers pour discuter de l'existence, du montant ou de la nature de la créance* ».

En l'espèce, le gérant ne pouvait exciper que d'un intérêt à voir réduire le passif de la société Boucheries David et d'augmenter ses chances d'être réglé de la créance dont il était le cessionnaire.

Cette décision confirme le principe selon lequel les mandataires de justice des procédures collectives sont seuls habilités à assurer la défense et la représentation des créanciers. Ces derniers ne peuvent agir individuellement que s'ils justifient d'un préjudice propre, dans le cadre d'une action dite « *ut singuli* », que ce soit pour porter des réclamations ou donc contester la créance déclarée de tiers.

• L'extension de la clause de garantie solidaire pendant la tacite reconduction d'un bail commercial

Le 30 juin 2000, le bailleur d'un fonds de commerce exploité dans les locaux d'une société civile immobilière (SCI) l'avait cédé avec le droit au bail à une société.

Le bail s'était poursuivi au-delà de son terme par tacite reconduction. Le cessionnaire n'ayant pas réglé les loyers aux échéances prévues, la SCI avait assigné le cédant en paiement en invoquant la clause de garantie solidaire stipulée au bail initial.

Le 11 octobre 2005, la Cour d'Appel de Poitiers a rejeté la demande du propriétaire en affirmant que « *les effets de la clause selon laquelle le cédant reste garant du paiement des loyers et des charges sont limités à la durée contractuelle du bail initial* ». Le bail s'était achevé le 1^{er} mai 2001 et la Cour avait estimé que la clause de garantie solidaire ne s'appliquait plus à la période postérieure.

Suite au pourvoi formé par la SCI, la Cour de Cassation a cassé le 7 février 2007 cet arrêt^[4] au visa de l'article L 145-9 du Code de Commerce, en affirmant « *que le bail se poursuit par tacite reconduction au delà du terme fixé par le contrat, la clause de garantie du paiement des charges et des loyers par le cédant doit s'appliquer jusqu'à l'expiration du bail reconduit* ».

Ainsi, à défaut de stipulation expresse contraire, la garantie solidaire du cédant se poursuit au-delà du terme normal du bail, jusqu'à l'expiration de sa tacite reconduction, tant qu'un nouveau bail n'a pas été conclu, ce qui appelle à la vigilance.

PDGB Société d'Avocats

174, avenue Victor Hugo - 75116 Paris

www.pdgb.com

G. BACHASSON – X. HUGON – F. DEREUX

T.BEDOISEAU – A.COLNEL - B. JARDEL

L.GIMENO P. JULIEN

^[1] Cass. Com, 20 février 2007, pourvoi n° 04-19932

^[2] Cass. Com, 24 avril 2007, pourvoi n° 06-16215

^[3] Cass. Com, 30 janvier 2007, pourvoi n° 06-10707

^[4] Cass. Civ 3^{ème}, pourvoi n° 06-11148