

## Cour de cassation de Belgique

### Arrêt

C.15.0497.F

**CARREFOUR BELGIUM**, société anonyme dont le siège social est établi à  
Evere, avenue des Olympiades, 20,

demanderesse en cassation,

représentée par Maître Paul Lefèbvre, avocat à la Cour de cassation, dont le  
cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 480, où il est fait élection de  
domicile,

**contre**

**CORA**, société anonyme dont le siège social est établi à Charleroi (Jumet),  
Zoning Industriel, 4<sup>ème</sup> rue,

défenderesse en cassation,

représentée par Maître Isabelle Heenen, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise 480, où il est fait élection de domicile.

### **I. La procédure devant la Cour**

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 22 mai 2015 par la cour d'appel de Bruxelles.

Le conseiller Marie-Claire Ernotte a fait rapport.

Le premier avocat général André Henkes a conclu.

### **II. Le moyen de cassation**

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, la demanderesse présente un moyen.

### **III. La décision de la Cour**

#### **Sur le moyen :**

En vertu de l'article 4 de la directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, la publicité comparative est licite, pour ce qui concerne la comparaison, dès lors que les conditions que cet article détermine sous a) à h) sont remplies, dont le fait qu'elle n'est pas trompeuse (a) et qu'elle compare

objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, y compris éventuellement le prix (c).

Conformément à l'article 2, b), de la directive, une publicité est trompeuse lorsqu'elle induit en erreur ou est susceptible d'induire 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.

Interrogée sur l'interprétation de l'article 3*bis*, § 1<sup>er</sup>, c), de la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, telle qu'elle est modifiée par la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997, dont le libellé a été repris à l'article 4, c), de la directive précitée du 12 décembre 2006, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré, dans l'arrêt C-356/04 du 19 septembre 2006, que cet article doit être interprété en ce sens qu'il énonce deux ordres d'exigences ayant trait à l'objectivité de la comparaison. D'une part, et ainsi qu'il ressort du septième considérant de la directive 97/55, les critères cumulatifs des caractères essentiel, pertinent, vérifiable et représentatif de la caractéristique d'un produit sous l'angle de laquelle s'opère la comparaison, qu'impose cette disposition, contribuent à garantir que ladite comparaison revêt un caractère objectif (n° 44). D'autre part, ledit article 3*bis*, § 1<sup>er</sup>, c), souligne expressément, en écho au deuxième considérant de la directive 97/55, que les caractéristiques qui satisfont aux quatre critères susmentionnés doivent en outre être comparées objectivement (n° 45).

Dans l'arrêt C-487/07 du 18 juin 2009, la Cour de justice de l'Union européenne a également considéré que l'article 3*bis* de la directive 84/450 énumère, en son paragraphe 1<sup>er</sup>, sous a) à h), des conditions cumulatives auxquelles une publicité comparative doit satisfaire afin de pouvoir être qualifiée de licite (n° 67).

Il s'ensuit que, si les caractéristiques comparées ne sont pas essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives des biens et services ou que la comparaison ainsi faite n'est pas objective, la publicité comparative est illicite sans qu'elle doive en outre être susceptible d'affecter le comportement

économique des personnes auxquelles elle s'adresse, qui constitue une condition distincte.

Dès lors que l'interprétation de cette disposition communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable, la question préjudicielle proposée par la demanderesse ne doit pas être posée à la Cour de justice de l'Union européenne.

L'article VI.17, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique, dont l'arrêt fait application, transpose en droit belge l'article 4 de la directive 2006/114 en soumettant la licéité de la publicité comparative aux conditions prévues, dont le fait que la publicité ne soit pas trompeuse et qu'elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, dont le prix peut faire partie.

La publicité comparative qui ne procède pas à une comparaison objective est dès lors illicite même en l'absence de caractère trompeur.

Le moyen, qui repose sur une interprétation contraire des dispositions précitées, manque en droit.

**Par ces motifs,**

La Cour

Rejette le pourvoi ;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de mille cent quarante et un euros cinquante-deux centimes envers la partie demanderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Albert Fettweis, les conseillers Mireille Delange, Michel Lemal, Marie-Claire Ernotte et Sabine Geubel, et prononcé en audience publique du quinze septembre deux mille seize par le président de section Albert Fettweis, en présence du premier avocat général André Henkes, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.

P. De Wadripont

S. Geubel

M.-Cl. Ernotte

M. Lemal

M. Delange

A. Fettweis

## Requête

### REQUETE EN CASSATION

**POUR** : La société anonyme **CARREFOUR BELGIUM**, dont le siège social est établi à 1140 Evere, Avenue des Olympiades 20 et inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0448.826.918.

#### **Demanderesse en cassation,**

Assistée et représentée par **Me Paul LEFEBVRE**, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise 480/9, où il est fait élection de domicile ;

**CONTRE** : La société anonyme **CORA**, dont le siège social est établi à 6040 Jumet (Charleroi), Zoning industriel 4<sup>ième</sup> rue et inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0402.537.726 ;

#### **Défenderesse en cassation,**

\* \*\*

A Monsieur le Premier Président, à Mesdames et Messieurs les Présidents et  
Conseillers composant la Cour de cassation de Belgique,

Messieurs,

Mesdames,

La demanderesse a l'honneur de déférer à votre censure l'arrêt rendu  
contradictoirement entre les parties par la 9<sup>ième</sup> chambre de la cour d'appel de  
Bruxelles à l'audience du 22 mai 2015 (n° R.G. 2014/AR/1534).

COPIE NON CORRIGÉE

**FAITS ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE**

1. Les parties sont deux sociétés concurrentes actives dans le secteur de la grande distribution.

2. Au mois de juillet 2013, la défenderesse – plus particulièrement CORA Rocourt – publia une publicité par laquelle elle affirmait offrir le « *prix garanti le plus bas de la région* » et posait la question « *Qui dit mieux ?* ».

3. Suite à cette campagne, la demanderesse réalisa fin juillet-début août 2013 une comparaison de prix entre certains produits comparables de CORA Rocourt et CARREFOUR Herstal au terme de laquelle elle put répondre dans sa publicité « *Carrefour bien sûr !* ».

La demanderesse procéda à cette publicité comparative via (i) des affiches placées dans ses magasins d’Herstal et dans ses hypermarchés de Bruxelles, Liège et du Hainaut, ainsi que (ii) via des publicités dans la presse.

Cette campagne de publicité ayant donné lieu à des discussions entre les parties, la demanderesse retira finalement ses affiches des magasins concernés, en émettant des réserves quant au bien-fondé des critiques formulées par la défenderesse.

4. Le 14 novembre 2013, la demanderesse adressa un courrier personnalisé aux clients de ses différents hypermarchés, titulaires de la carte « *Carrefour* ». Ce courrier personnalisé reprenait une comparaison des prix de l’hypermarché de la demanderesse fréquenté par le client avec ceux de l’hypermarché de la défenderesse de la même zone de chalandise.

Concrètement, la comparaison s’articulait comme suit :

- d’une part, deux tickets de caisse reprenant le prix des mêmes produits étaient juxtaposés l’un à côté de l’autre et le montant total de chaque ticket était entouré en rouge. La différence de prix entre les deux hypermarchés de la même zone de chalandise pour ces achats du « *21/10/2013 des produits mentionnés sur le ticket de caisse* » était ensuite répétée et exprimée en euros et en pourcentage d’économies en marge des deux tickets.



- d'autre part, certains des 18 produits repris sur le ticket de caisse étaient illustrés par une photo et leur prix dans les magasins de la demanderesse était comparé à leur prix dans les magasins de la défenderesse.

Le courrier personnalisé invitait, en outre, les clients de la demanderesse à procéder à des comparaisons de prix pour les produits qui répondent aux besoins de leur ménage. Tant l'enveloppe que la première page de la publicité mettaient l'accent sur l'importance de comparer les prix.

5. Estimant cette publicité comparative illicite, la défenderesse introduisit une action en cessation à l'encontre de la demanderesse le 27 novembre 2013 devant le président du tribunal de commerce de Bruxelles.

6. Par jugement du 28 avril 2014, le président du tribunal de commerce de Bruxelles déclara la demande de la défenderesse recevable mais non fondée.

La défenderesse interjeta appel contre cette décision et sollicita notamment de la cour d'appel de Bruxelles qu'elle condamne la demanderesse à cesser la publicité litigieuse et à ne pas reproduire à l'avenir la même campagne publicitaire, sous peine d'astreintes.

Par arrêt du 22 mai 2015, la cour d'appel de Bruxelles réforma le jugement entrepris en considérant que la publicité litigieuse constituait une publicité comparative illicite et en condamnant, partant, la demanderesse à cesser celle-ci sous peine d'une astreinte de 500 € par support publicitaire et par infraction.

Contre cet arrêt la demanderesse estime pouvoir faire valoir les moyens suivants :

#### **MOYEN UNIQUE**

#### **Dispositions légales violées**

- Article 4, c) de la Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (ci-après « Directive 2006/114 ») ;

- article VI.17, § 1er, 3° du Code de droit économique ;
- article 19, § 1<sup>er</sup>, 3° de la Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (avant son abrogation par l'article 8 de la Loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI "Pratiques du marché et protection du consommateur" dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les Livres Ier et XV du Code de droit économique) (ci-après « Loi sur les pratiques du marché »).

### **Décision attaquée**

L'arrêt attaqué décide que la publicité comparative litigieuse organisée par la demanderesse ne répond pas aux conditions de l'article VI.17, § 1<sup>er</sup>, 3° du Code de droit économique (anciennement l'article 19, § 1<sup>er</sup>, 3° de la Loi sur les pratiques du marché) et n'est, partant, pas licite sur base des motifs suivants :

#### **« 1. Observations liminaires**

7. *Il est constant que ce dépliant constitue une publicité, à savoir « toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits quels que soient le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre » (article I.8.13° du Code de droit économique ; anciennement article 2.19 de la LPMC) mais également une publicité comparative, c'est-à-dire « toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent » (article I.8.14° du Code de droit économique ; anciennement article 2.20 de la LPMC).*

8. *En vertu de l'article VI.17 du Code de droit économique (anciennement article 19 de la LPMC), la publicité comparative est licite dès que l'ensemble des conditions y mentionnées sont satisfaites en ce qui concerne la comparaison. Ces huit conditions sont cumulatives. Cette disposition prévoit que :*

« § 1<sup>er</sup>. La publicité comparative est licite dès lors que les conditions suivantes sont satisfaites, en ce qui concerne la comparaison :

1° elle n'est pas trompeuse au sens des articles VI. 97 à VI. 100 et de l'article VI. 105, 1°;

2° elle compare 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 et services, dont le prix peut faire partie;

4° elle n'engendre pas de confusion parmi les entreprises entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent;

5° elle n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activités ou situations d'un concurrent;

6° pour les biens ayant une appellation d'origine, elle se rapporte dans chaque cas à des biens ayant la même appellation;

7° elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou de l'appellation d'origine de biens concurrents;

8° elle ne présente pas un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégés.

§ 2. Est interdite, toute publicité comparative qui ne respecte pas les conditions fixées au § 1<sup>er</sup> ».

*Interrogée sur l'interprétation de l'article 3 bis de la directive 84/450/CEE du Conseil, du 10 septembre 1984, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (JO L 250, p. 17), telle que modifiée par la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997 (JO L 290, p. 18, ci-après la «directive 84/450»), la C.J.U.E. considère que (18 nov. 2010, Lidl / Vierzon, C-159/09) :*

« 20. Auparavant, il importe toutefois de rappeler qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que les diverses conditions de licéité de la publicité comparative qu'énumère ledit article 3 bis, paragraphe 1, visent une mise en balance des différents intérêts susceptibles d'être touchés par l'autorisation de la publicité comparative. Ainsi, il ressort d'une lecture combinée des deuxième, septième et neuvième considérants de la directive 97/55 que cet article 3 bis a pour objectif de stimuler la concurrence entre les fournisseurs de biens et de services, dans l'intérêt des consommateurs, en permettant aux concurrents de mettre en évidence de manière objective les avantages des différents produits comparables et en interdisant, dans le même temps, des pratiques pouvant entraîner une distorsion de

concurrence, porter préjudice aux concurrents et avoir une incidence négative sur le choix des consommateurs (arrêt L'Oréal, [arrêt du 18 juin 2009, C-487/07], point 68).

21. Il en résulte que les conditions énumérées audit article 3 bis, paragraphe 1, doivent être interprétées dans le sens le plus favorable, afin de permettre les publicités comparant objectivement les caractéristiques de biens ou de services, tout en assurant que la publicité comparative ne soit pas utilisée de manière anticoncurrentielle et déloyale ou de manière à porter atteinte aux intérêts des consommateurs (arrêt L'Oréal e.a, précité, point 69 et jurisprudence citée).

22. Il y a lieu, de même, de rappeler que la directive 84/450 a procédé à une harmonisation exhaustive des conditions de licéité de la publicité comparative dans les États membres et qu'une telle harmonisation implique, par nature, que la licéité de la publicité comparative dans toute l'Union doit être appréciée uniquement à la lumière des critères établis par le législateur de l'Union (voir arrêt du 8 avril 2003, Pippig Augenoptik, C-44/01, Rec. p.1-3095, point 44). »

9. *La notion de consommateur doit également être précisée. Il y a lieu de prendre en considération la perception du consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé (CJUE, 19 septembre 2006, Lidl Belgium, C-356/04, point 78; 18 novembre 2010, Lidl, C-159/09, point 47; 12 mai 2011, Konsumentombudsmannen/Ving Sverige AB, C-122/10, point 23), soit in casu le consommateur final qui effectue ses achats de consommation courante dans une chaîne de grands magasins titulaire d'une carte Carrefour.*

10. *Enfin, le comportement adopté par [la demanderesse] dans le cadre de précédentes campagnes publicitaires comparatives est indifférent pour apprécier la licéité de la campagne publicitaire comparative dont la cour est saisie. Celle-ci doit être appréciée exclusivement au regard de l'article VI.17 du Code de droit économique, fondement légal invoqué par [la défenderesse], lu à la lumière du droit de l'Union.*

## 2. Sur les erreurs matérielles

11. [La défenderesse] relève trois erreurs dans les dépliants de [la demanderesse], à savoir:

1. *Illustration d'une boîte de conserve Elvea 800gr: (pièce 12 de son dossier) : en page 4 du dépliant, les tickets de caisse [de la défenderesse et de la demanderesse] comparés font mention de l'article « Elvea tomate pelée en*

*cube 2 x 400 g » pour les prix de 3,49 € et 3,35 € mais le produit illustré, en page 3, à titre de comparaison, est l'article « Elvea tomate pelée en cube 800 gr » : le prix indiqué au regard de l'illustration du produit ne correspond pas à ce produit;*

- 2. Illustration d'une bouteille de Teisseire 1,5 l (pièce 14 de son dossier) : en page 4 du dépliant, les tickets de caisse [de la défenderesse et de la demanderesse] comparés font mention d'une bouteille de Teisseire grenadine de 75 cl pour les prix de 2,89 € et 3,29 € mais le produit illustré, en page 3, au regard des mêmes prix de 2,89 € et 3,29 €, est une bouteille de Teisseire grenadine de 1,5 l : le prix indiqué au regard de l'illustration du produit ne correspond pas à ce produit ;*
- 3. Illustration du papier Moltonel (pièce 16 de son dossier) : en page 2 du dépliant, l'illustration du folder mentionne et comprend la photographie du papier Moltonel (7,11 € au Cora de Châtelineau, 6,99 € au Carrefour de Gosselies) alors que le ticket de caisse [de la défenderesse] utilisé par [la demanderesse] reprend le papier de toilette Lotus, d'une gamme supérieure (9,20 € au Cora de Châtelineau); la différence de prix n'est donc que de 0,12 € en faveur de [la demanderesse] et non de 2,09 € : le prix de 9,20 € mentionné en page 2 ne correspond pas au produit illustré.*

*Elle stigmatise ces erreurs qui seraient toujours en faveur de [la demanderesse]. Elle y voit la preuve de la mauvaise foi de celle-ci, dès lors que le nombre de produits comparés est limité à une vingtaine et qu'il était aisé de procéder à une « comparaison impeccable pour un professionnel avisé sachant pertinemment que des conditionnements différents de produits en font des produits distincts ».*

*12. [La demanderesse] ne conteste pas ces erreurs. Elle conteste en revanche toute influence sur la décision d'achat du consommateur moyen.*

*13. En ce qui concerne l'illustration de la boîte de conserve de tomates pelées Elvea, la photographie ne correspond pas aux produits dont le prix est comparé. L'information diffusée n'est pas exacte. Une boîte de conserve de tomates pelées Elvea de 800 gr ne coute pas 3,49 € chez l'un et 3,35 € chez l'autre.*

*La comparaison ne satisfait dès lors pas au prescrit de l'article VI.17, 3° du Code de droit économique puisqu'en raison de l'erreur qu'elle comporte, elle ne compare pas objectivement le prix pratiqué pour un même produit chez l'un et chez l'autre. Les prix indiqués et comparés pour une boîte de conserve de tomates*

*pelées Elvea de 800 gr sont erronés. Une information fausse est communiquée au consommateur.*

*L'absence de preuve de l'incidence de cette erreur sur son comportement économique n'est pas pertinente. Cette condition n'est pas requise par le point 3 de l'article VI.17 du Code de droit économique.*

*Si les indications reprises sur les tickets de caisse en page 4 du dépliant sont exactes et portent sur un lot de deux boîtes de conserves de tomates pelées Elvea de 400 gr., elles ne rectifient pas l'erreur commise en page 3. Le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé ne va pas vérifier que le détail des tickets de caisse en page 4 correspond aux produits comparés en page 2 et 3 et ce d'autant moins, qu'au regard de la présentation générale de la page 4 du dépliant et du caractère peu lisible des tickets de caisse, il limitera sa lecture de la page 4 aux éléments mis en exergue par [la demanderesse].*

*La bonne ou mauvaise foi de [la demanderesse] dans la commission de cette erreur est, par ailleurs, indifférente dès lors que ce critère n'est pas mentionné parmi ceux auxquels une publicité comparative doit répondre pour être licite.*

*14. Le même raisonnement doit être suivi en ce qui concerne l'illustration de la bouteille de grenadine Teisseire et le papier de toilette Moltonel. Les prix indiqués en page 3 des dépliants pour une bouteille de grenadine Teisseire d'1,5 l et ceux pour du papier toilette Moltonel ne sont pas exacts.*

*Par identité de motifs avec ceux développés ci-avant, la comparaison opérée par [la demanderesse] ne satisfait pas au prescrit de l'article VI.17, 3° du Code de droit économique en sorte que la publicité incriminée n'est pas licite.*

*15. Dès lors que le non-respect d'une des huit conditions visées à l'article VI.17 du Code de droit économique entraîne l'illicéité de la publicité comparative, il y a lieu d'en ordonner la cessation sans qu'il soit nécessaire d'analyser les autres fondements avancés par [la défenderesse] » (arrêt attaqué, pp. 8-12).*

## **Grief**

1. L'article 19, § 1<sup>er</sup> de la Loi sur les pratiques du marché énumère les conditions auxquelles une publicité comparative doit répondre pour être licite. Il prévoit, notamment, en son point 3, que la publicité doit comparer « *objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, dont le prix peut faire partie* ».

Le second paragraphe précise qu'« *est interdite, toute publicité comparative qui ne respecte pas les conditions fixées au § 1<sup>er</sup>* ». Cette précision implique que les conditions établies par le premier paragraphe sont cumulatives.

Cette disposition est aujourd'hui reprise à l'article VI.17 du Code de droit économique et constitue, par ailleurs, une transposition en droit belge de l'article 4 de la Directive 2006/114.

2. Le principe étant la licéité de la publicité comparative, il est admis que ces conditions doivent être interprétées dans le sens le plus favorable à celle-ci, c'est-à-dire en faveur des annonceurs. Il s'ensuit que le juge ne peut retenir ni une interprétation stricte, ni une interprétation littérale des conditions du texte de loi susmentionné au risque de rendre une décision incompatible avec l'interprétation donnée à l'article 4 de la Directive 2006/114 par la Cour de justice.

Ces principes sont justifiés par l'objectif sous-jacent à cette législation qui est de stimuler la concurrence entre les fournisseurs de biens et de services dans l'intérêt des consommateurs.

3. L'exigence d'objectivité implique de mettre en évidence de manière objective les avantages des différents produits comparables et vise en substance à exclure les comparaisons qui procéderaient de l'appréciation subjective de leur auteur plutôt que d'un constat objectif. Tel est le cas de données comme le prix d'un bien ou le niveau général des prix pratiqués par une chaîne de grands magasins en ce qui concerne un assortiment de produits, qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une appréciation subjective.

Si l'exigence d'objectivité implique un certain degré de neutralité ou d'impartialité dans la présentation de la comparaison, elle n'exclut toutefois pas toute subjectivité car, une publicité étant par définition destinée à promouvoir un produit ou des services, il est difficile, voire impossible, d'exiger une objectivité absolue.

4. Le respect des conditions prescrites par l'article VI.17, § 1<sup>er</sup> du Code de droit économique (anciennement l'article 19, § 1<sup>er</sup> de la Loi sur les pratiques du marché) – en ce compris celle établie au point 3 de cette disposition légale – doit être analysé du point de vue du destinataire de la publicité comparative et non du point de vue du concurrent, ce dernier étant par définition plus sensible au message commercial que le destinataire de la publicité.

Lorsqu'il s'agit du consommateur, il y a lieu de prendre en compte le point de vue du consommateur moyen des produits et services concernés, à savoir celui qui est normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

Il appartient ainsi au juge du fond de vérifier, dans chaque cas d'espèce, compte tenu de tous les éléments pertinents de l'affaire qui lui est soumise, si les conditions énoncées par l'article VI.17 du Code de droit économique (anciennement l'article 19, § 1<sup>er</sup> de la Loi sur les pratiques du marché) sont réunies, en prenant en considération la perception ou l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

Si certaines erreurs matérielles sont commises lors de l'élaboration d'une publicité comparative, il faut encore vérifier si celles-ci ont influencé le comportement d'un nombre significatif de consommateurs auxquels elle s'adresse et ont, ainsi, été de nature à conditionner de manière sensible le choix de ceux-ci.

Cette exigence d'avoir égard au comportement du consommateur ressort clairement du 9<sup>ième</sup> considérant de la Directive 2006/114 qui énonce qu'« *il convient d'établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est considérée comme licite, pour autant que la comparaison est concernée, afin de déterminer les pratiques en matière de publicité comparative qui peuvent entraîner une distorsion de concurrence, porter préjudice aux concurrents et avoir **une incidence négative sur le choix des consommateurs**<sup>1</sup> ».*

---

<sup>1</sup> Mis en exergue par le soussigné.



5. Après avoir identifié les trois erreurs matérielles commises dans la publicité litigieuse de la demanderesse, l'arrêt attaqué décide, s'agissant de l'illustration de la boîte de conserve de tomates pelées *Elvea*, que « *la comparaison ne satisfait dès lors pas au prescrit de l'article VI.17, 3° du Code de droit économique puisqu'en raison de l'erreur qu'elle comporte, elle ne compare pas objectivement le prix pratiqué pour un même produit chez l'un et chez l'autre* », que « *les prix indiqués et comparés pour une boîte de conserve de tomates pelées Elvea de 800 gr sont erronés* » et qu'« *une information fausse est communiquée au consommateur* » (arrêt attaqué, p. 11). Il ajoute, ensuite, que « *l'absence de preuve de l'incidence de cette erreur sur son comportement économique n'est pas pertinente* » car « *cette condition n'est pas requise par le point 3 de l'article VI.17 du Code de droit économique* » (arrêt attaqué, p. 11).

Les juges d'appel adoptent le même raisonnement pour les deux autres erreurs matérielles concernant la bouteille de grenadine *Teisseire* et le papier de toilette *Moltonel* et considèrent que « *les prix indiqués en page 3 des dépliants pour une bouteille de grenadine Teisseire d'1,5 l et ceux pour du papier toilette Moltonel ne sont pas exacts* » et que « *par identité de motifs avec ceux développés ci-avant, la comparaison opérée par [la demanderesse] ne satisfait pas au prescrit de l'article VI.17, 3° du Code de droit économique en sorte que la publicité incriminée n'est pas licite* » (arrêt attaqué, p. 12).

Ils en concluent que « *dès lors que le non-respect d'une des huit conditions visées à l'article VI.17 du Code de droit économique entraîne l'illicéité de la publicité comparative, il y a lieu d'en ordonner la cessation sans qu'il soit nécessaire d'analyser les autres fondements avancés par [la défenderesse]* » (arrêt attaqué, p. 12).

6. En décidant qu'en raison des erreurs matérielles commises, la publicité comparative litigieuse « *ne satisfait pas au prescrit de l'article VI.17, 3° du Code de droit économique en sorte que la publicité incriminée n'est pas licite* », que « *le non-respect d'une des huit conditions visées à l'article VI.17 du Code de droit économique entraîne l'illicéité de la publicité comparative* » et qu'« *il y a lieu d'en ordonner la cessation* », sans avoir égard à « *l'incidence de cette erreur sur [le] comportement économique [du consommateur]* » pour le motif que « *cette condition n'est pas requise par le point 3 de l'article VI.17 du Code de droit économique* », alors que les conditions prévues à l'article VI.17 du Code de droit économique (anciennement l'article 19 de la Loi sur les pratiques du marché) doivent être interprétées dans le sens le plus favorable à la publicité comparative et alors qu'il appartient au juge du fond de vérifier si le non-respect de ces

conditions et, par conséquent, les erreurs matérielles commises lors de l'élaboration d'une publicité comparative, ont été de nature à influencer le comportement des consommateurs auxquels elle s'adresse, l'arrêt attaqué viole l'article VI.17, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> du Code de droit économique ainsi que l'article 4, c) de la Directive 2006/114 et, pour autant que nécessaire, l'article 19, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> de la Loi sur les pratiques du marché.

La Directive 2006/114 ayant procédé à une harmonisation exhaustive des conditions de licéité de la publicité comparative dans les États membres de l'Union européenne, ces conditions doivent être appréciées de manière identique, dans toute l'Union, à la lumière des critères établis par le législateur de l'Union. En cas de doute quant à la portée des conditions dans lesquelles une publicité comparative doit être considérée comme licite, il s'impose de poser la question préjudicielle suivante à la Cour de Justice de l'Union européenne, sur pied de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

*« Eu égard à la ratio legis de la législation en matière de publicité comparative et à la volonté du législateur de l'Union européenne de favoriser celle-ci en adoptant une interprétation des conditions auxquelles elle est assujettie favorable à la publicité comparative, le juge national amené à statuer sur la légalité d'une publicité comparative ne doit-il pas, dans chaque cas d'espèce, vérifier, compte tenu de tous les éléments pertinents de l'affaire qui lui est soumise, si les conditions de légalité de la publicité comparative sont réunies, en prenant en considération le point de vue du consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé des produits ou des services objets de la publicité ? Plus particulièrement, ne doit-il pas vérifier si le non-respect d'une ou plusieurs des conditions susmentionnées a été de nature à influencer ou conditionner de manière sensible le choix de ce consommateur ou, pour reprendre les termes du 9<sup>ième</sup> considérant de la Directive 2006/114, a été de nature à « avoir une incidence négative sur le choix des consommateurs » ? ».*

### **Développements**

1. Autrefois réprimée en Belgique, la publicité comparative est désormais licite moyennant le respect des conditions énumérées à l'article 19, § 1<sup>er</sup> de la Loi sur les pratiques du marché, et reprises à l'article VI.17 du Code de droit économique. Il s'agit d'une transposition en droit belge de l'article 4 de la Directive 2006/114.

Il importe de préciser que la publicité litigieuse a été réalisée le 14 novembre 2013 et l'action en cessation introduite le 27 novembre 2013. Il s'ensuit que l'ancien article 19, § 1<sup>er</sup> de la Loi sur les pratiques du marché est applicable dans le cas d'espèce et non le nouvel article VI.17 du Code de droit économique puisque cette dernière disposition est entrée en vigueur le 31 mai 2014.

Tant les parties dans leurs conclusions d'appel que les juges d'appel font, toutefois, application du nouvel article VI.17 du Code de droit économique, ce qui explique la référence faite à l'article VI.17 du Code de droit économique et, pour autant que de besoin, à l'article 19, § 1<sup>er</sup> de la Loi sur les pratiques du marché.

2. Le principe est la licéité de la publicité comparative (R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijk*, Intersentia, 2007, pp. 18-19 ; L. VAN BUNNEN, « La publicité comparative sous le régime du droit communautaire », *R.C.J.B.*, 2007, liv. 4, p. 565).

Il s'ensuit que, selon la Cour de Justice de l'Union européenne, les conditions énumérées ci-avant doivent être interprétées « dans le sens le plus favorable à celle-ci », c'est-à-dire en faveur des annonceurs (C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Toshiba*, aff. C-112/99 ; C.J.C.E., 19 septembre 2006, *Lidl c/ Colruyt*, aff. C-356/04, n° 22 et 32 ; C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne - Veuve Clicquot Ponsardin SA*, aff. C-381/05, n° 35-37 ; L. VAN BUNNEN, « La publicité comparative sous le régime du droit communautaire », *R.C.J.B.*, 2007, liv. 4, p. 564).

La Cour de Justice précise qu'il y a lieu de tenir compte de l'objectif sous-jacent à cette législation, à savoir la stimulation de la concurrence et l'intérêt qui en découle pour le consommateur (C.J.C.E., 23 février 2006, *Siemens*, C-59/05, n° 23 ; C.J.C.E., 19 septembre 2006, *Lidl c/ Colruyt*, aff. C-356/04, n° 7 ; C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne - Veuve Clicquot Ponsardin SA*, aff. C-381/05, n° 36).

La doctrine en déduit que le juge ne peut retenir ni une interprétation stricte, ni une interprétation littérale des conditions du texte de loi (R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijk*, Intersentia, 2007, p. 21 ; K. DAELE, "Vergelijkende reclame: een eerste overzicht van rechtspraak na 2 jaar toepassing van de nieuwe wetgeving", *R.D.C.*, 2002, liv. 4, p. 252). En effet, la Cour de Justice a déjà sanctionné l'interprétation littérale des dispositions de la Directive (C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Toshiba*, aff. C-112/99, n°

33 ; C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne - Veuve Clicquot Ponsardin SA*, aff. C-381/05, n° 21).

3. La troisième condition de licéité de la publicité comparative est que la comparaison soit réalisée de manière objective.

COPIE NON CORRIGÉE

Dans son arrêt du 8 avril 2003, la Cour de Justice a précisé la portée de l'exigence d'objectivité en énonçant que « *la publicité comparative doit contribuer à mettre en évidence de manière objective les avantages des différents produits comparables* » et qu'« *une telle objectivité implique que les personnes auxquelles s'adresse la publicité puissent avoir connaissance des différences réelles de prix des produits comparés et pas seulement de l'écart moyen entre les prix pratiqués par l'annonceur et ceux pratiqués par les concurrents* » (C.J.C.E., 8 avril 2003, *Pippig Augenoptiek GmbH c/ Hartlauer HmbH*, aff. C-44/01, n° 82).

La Cour ajoute que cette condition «  *vise en substance à exclure les comparaisons qui procéderaient de l'appréciation subjective de leur auteur plutôt que d'un constat objectif* » et que « *des données telles que le prix d'un bien ou le niveau général des prix pratiqués par une chaîne de grands magasins en ce qui concerne un assortiment de produits ne paraissent pas susceptibles de faire l'objet d'une appréciation subjective* » (C.J.C.E., 19 septembre 2006, *Lidl / Colruyt*, aff. C-356/04, n° 46-47).

Malgré tout, la doctrine considère que si l'exigence d'objectivité implique un certain degré de neutralité ou d'impartialité dans la présentation de la comparaison, elle n'exclut pas toute subjectivité (J. LIGOT, F. VANBOSSELE, O. BATTARD, *Les pratiques loyales*, 2<sup>ième</sup> éd., Larcier, 2012, p. 261-262 ; J. STUYCK, « Handelspraktijken », in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Story Scientia, 2004, p. 232 ; R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijk*, Intersentia, 2007, p. 23). En effet, « *une publicité étant par définition destinée à promouvoir un produit ou des services (...) il est sans doute difficile, voire impossible, d'exiger une objectivité absolue* » (J. LIGOT, F. VANBOSSELE, O. BATTARD, *Les pratiques loyales*, 2<sup>ième</sup> éd., Larcier, 2012, p. 262). J. STUYCK parle d'une proportionnalité dans la subjectivité (J. STUYCK, « Handelspraktijken », in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Story Scientia, 2004, p. 232).

4. La question de savoir si les conditions prescrites par la loi ont été respectées ou non doit être analysée du point de vue du destinataire de la publicité comparative et non du point de vue du concurrent, ce dernier étant par définition plus sensible au message commercial que le destinataire (R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijk*, Intersentia, 2007, p. 21 ; K. DAELE, « Vergelijkende reclame: overzicht van rechtspraak (2002-2004) », *R.D.C.*, 2005, afl. 7, p. 752 ; en ce sens : Gand, 12 avril 2010, *Annuaire Pratiques du marché*, 2010, 96 ; Bruxelles, 22 février 2011, *Annuaire Pratiques du marché*, 2011, 98 ; K. DAELE, « Vergelijkende reclame: een eerste overzicht van rechtspraak na 2 jaar toepassing van de nieuwe wetgeving », *R.D.C.*, 2002, liv. 4, p. 252).

Cette approche est confirmée par la Cour de Justice : « *Il appartient (...), dans chaque cas d'espèce, au juge national compétent de vérifier, compte tenu de tous les éléments pertinents de l'affaire qui lui est soumise, si les conditions énoncées au point 53 du présent arrêt sont réunies, en prenant en considération l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* » (C.J.C.E., 8 avril 2003, *Pippig Augenoptiek GmbH c/ Hartlauer HmbH*, aff. C-44/01, n° 55).

Dans son arrêt du 19 septembre 2006, la Cour de Justice décide, dans le même sens, que les juridictions nationales « *doivent, d'une part, prendre en considération la perception du consommateur moyen des produits ou services objets de la publicité en cause, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* » et que, dans l'affaire qui lui était soumise, il s'agissait du « *consommateur final qui effectue ses achats de consommation courante dans une chaîne de grands magasins* » (C.J.C.E., 19 septembre 2006, *Lidl / Colryut*, aff. C-356/04, n° 78).

5. La nécessité de prendre en considération la perception du consommateur implique également que l'on tienne compte de l'impact que peut avoir le non-respect des conditions légales – par exemple suite à la commission d'une erreur matérielle – sur le comportement du consommateur.

Cela ressort clairement du 9<sup>ème</sup> considérant de la Directive 2006/114 qui énonce qu'« *il convient d'établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est considérée comme licite, pour autant que la comparaison est concernée, afin de déterminer les pratiques en matière de publicité comparative qui peuvent entraîner une distorsion de concurrence, porter préjudice aux concurrents et avoir une incidence négative sur le choix des consommateurs* »<sup>2</sup>.

Cette approche est également confirmée par la Cour de Justice dans un arrêt plus récent : « *À ces divers égards, une publicité telle que la publicité litigieuse pourrait, d'abord, revêtir un caractère trompeur, ainsi qu'il découle de la jurisprudence, si la juridiction de renvoi devait constater, eu égard à toutes les circonstances pertinentes du cas d'espèce, et notamment aux indications ou aux omissions dont s'accompagne cette publicité, que la décision d'achat d'un nombre significatif de consommateurs auxquels elle s'adresse est susceptible d'être prise dans la croyance erronée que la sélection de produits opérée par l'annonceur est représentative du niveau général des prix de ce dernier par rapport à celui pratiqué par son concurrent, et que, dès lors, ces consommateurs réaliseront des économies de l'ordre vanté par ladite publicité en effectuant régulièrement leurs achats de biens de consommation courante auprès de*

---

<sup>2</sup> Mis en exergue par le soussigné.

*l'annonceur plutôt qu'auprès dudit concurrent, ou encore dans la croyance erronée que tous les produits de l'annonceur sont moins chers que ceux de son concurrent.*

*Une publicité telle que la publicité litigieuse pourrait également s'avérer trompeuse s'il devait être constaté par la juridiction de renvoi que, aux fins de la comparaison par les prix à laquelle procède ladite publicité, ont été sélectionnés des produits alimentaires qui présentent en réalité des différences objectives **de nature à conditionner de manière sensible le choix de l'acheteur** »<sup>3</sup> (C.J.C.E., 18 novembre 2010, *Lidl SNC / Vierzon Distribution SA*, aff. C-159/09, n° 47-51).*

Dans des décisions antérieures à l'arrêt attaqué, la cour d'appel de Bruxelles a fait une application correcte de cette jurisprudence de la Cour de Justice.

C'est ainsi qu'elle a considéré que la publicité comparative reposant sur des informations incorrectes que l'annonceur n'a pas rectifié à temps est illégale dans la mesure où elle tend à induire en erreur le consommateur : « *un vendeur qui réalise une publicité comparative de prix et qui maintient cette action sans tenir compte du fait que le concurrent dont les prix font l'objet de la comparaison, a entre-temps adapté ses prix, ne compare pas les prix objectivement. Un tel comportement tend, ou est en tout cas de nature, à induire en erreur le consommateur doté d'une capacité de distinction moyenne concernant le prix auquel les produits peuvent être achetés, et à influencer son comportement d'achat* » (Bruxelles, 11 juin 2002, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 2002, p. 111 ; K. DAELE, « Vergelijkende reclame: overzicht van rechtspraak (2002-2004) », *R.D.C.*, 2005, liv. 7, p. 756).

Dans une autre affaire, la cour d'appel de Bruxelles a jugé que « *si, à l'occasion des relevés de prix qui sont utilisés pour élaborer une comparaison de prix, quelques erreurs ont eu lieu, il faut encore prouver que ces erreurs ont influencé le résultat final de la comparaison de prix et ont, par conséquent, affecté l'objectivité de la comparaison de prix globale* » et que « *de simples allégations que d'autres fautes que celles qui sont constatées par l'huissier de justice, auraient été commises, ne peuvent être prises en considération, faute de preuves* »<sup>4</sup> (Bruxelles, 16 décembre 2008, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 2008, p. 94).

7. La demanderesse reproche à l'arrêt attaqué d'avoir considéré que l'incidence des erreurs matérielles commises lors de l'élaboration de la publicité comparative litigieuse sur le comportement des consommateurs auxquels elle

---

<sup>3</sup> Mis en exergue par le soussigné.

<sup>4</sup> Mis en exergue par le soussigné.

s'adresse n'était pas pertinente. Ce faisant, l'arrêt attaqué viole, en effet, l'article XI.17, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> du Code de droit économique (appliqué par les juges d'appel), l'article 4, c) de la Directive 2006/114 ainsi que, pour autant que de besoin, l'article 19, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> de la Loi sur les pratiques du marché.

En cas de doute quant à la portée des conditions dans lesquelles une publicité comparative doit être considérée comme licite, la première branche propose à Votre Cour de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union européenne.

**PAR CES CONSIDERATIONS,**

L'avocat à la Cour de cassation soussigné conclut, qu'il vous plaise, Messieurs, Mesdames, de casser et annuler l'arrêt attaqué, ordonner que mention en soit faite en marge de la décision annulée, renvoyer la cause et les parties devant une autre cour d'appel et statuer comme de droit sur les dépens de la présente instance.

Bruxelles, le 24 novembre 2015

Paul LEFEBVRE

Annexes :

1. Copie de l'exploit de signification de l'arrêt attaqué;
2. L'original de l'exploit d'huissier constatant sa signification à la défenderesse sera joint à l'original du présent pourvoi.
3. Déclaration *pro fisco*