

TRIBUNAL DE COMMERCE DE BOBIGNY
ORDONNANCE DE REFERE DU 16 Novembre 2005

N° de RG : 2005R00867

N° MINUTE : 2005R00897

CHAMBRE DES REFERES

PARTIES A L'INSTANCE

DEMANDEUR(S) :

■ **STE FNAC 67 Boulevard DU GENERAL LECLERC 92100 BOULOGNE
BILLANCOURT**

comparant par Me CHRISTIAN ORENGO 47 Avenue HOCHE 75008 PARIS (J0008)

■ **STE FNAC DIRECT 67 Boulevard DU GENERAL LECLERC 92100 BOULOGNE
BILLANCOURT**

comparant par Me CHRISTIAN ORENGO 47 Avenue HOCHE 75008 PARIS (J0008)

DEFENDEUR(S) :

■ **SA RUE DU COMMERCE 44 50 Ave Du Capitaine Glarner 93400 Saint Ouen**

comparant par Me CYRIL CHABERT 19 Avenue RAPP 75007 PARIS (P42)

FORMATION

Président **M. DE FOURNOUX LA CHAZE** assisté de **Mme SOYEZ** commis assermenté.

DEBATS

Audience publique du 8 Novembre 2005

ORDONNANCE DE REFERE

**Décision contradictoire et en premier ressort,
prononcée publiquement par :**

Président **M. DE FOURNOUX LA CHAZE** assisté de **Mme P. BONJEAN**, commis
assermenté

RG : 2005R00867

1 – FAITS :

La Sté FNAC, société anonyme dont le siège est 67, Bd du Général Leclerc à 92100 Clichy et la Sté FNAC DIRECT, société anonyme dont le siège est également situé 67, Bd du Général Leclerc à 92100 Clichy, ci après désignées les sociétés demanderesses contestent le contenu d'une campagne publicitaire comparative lancée par une société concurrente, nouvellement introduite en Bourse, qui a pour activité la distribution et la vente en ligne sur son site Internet de matériels informatiques et électroniques destinés au grand public : la Sté RUE DU COMMERCE, société anonyme dont le siège est 44/50 avenue du Capitaine Glarner à 93400 Saint Ouën et ci-après désignée la Sté RDC.

Les sociétés demanderesses font remarquer que cette campagne intensive est faite sous forme d'affichage dans le métro et d'encarts dans des journaux nationaux ainsi que sur les pages de son site Internet et qu'elle fait apparaître des comparatifs portant sur une quarantaine de produits grand public (ordinateurs portables, téléviseurs, caméscopes etc) dont 18 font l'objet d'une comparaison directe de prix avec des produits identiques commercialisés par les sociétés FNAC et FNAC DIRECT.

Les sociétés demanderesses observent que chaque publicité comparative se réfère uniquement à FNAC et à DARTY à l'exclusion de tout autre concurrent et ce dans le but de mettre en avant bien davantage les marques à forte notoriété des ces deux distributeurs que le produit proposé qui est sommairement décrit par une simple photographie et par l'indication de sa marque.

Les demanderesses soutiennent ainsi que cette campagne vise à hausser la Sté RDC au niveau de notoriété des ces deux grands distributeurs et à se placer ainsi dans le sillage des plus connus d'entre eux afin de bénéficier de leurs efforts promotionnels très importants réalisés depuis des années, de leur renom et de la réputation attachée à leur image.

Les sociétés demanderesses soutiennent, de ce fait, que cette référence à la FNAC insistante et continuelle participe d'une stratégie d'appropriation et d'utilisation parasitaire du pouvoir attractif d'une marque concurrente et que ce détournement du droit d'exception de comparer les prix est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur, comportement qui permet aux sociétés demanderesses d'envisager une poursuite ultérieure en justice de la Sté RDC.

Enfin, ces mêmes demanderesses exposent qu'elles ont, par plusieurs actes d'huissiers, fait réaliser des constats à l'extérieur et sur le site Internet de la Sté RDC, constats qui laissent penser que les publicités incriminées sont mensongères, les délais de livraisons annoncés pour les produits à des prix très attractifs n'étant pas du tout respectés.

C'est ainsi qu'est née la présente affaire.

2 – PROCEDURE :

Par assignation en référé en date du 27 octobre 2005 à l'encontre de la Sté RDC, les sociétés demanderesses demandent à Monsieur le Président de ce Tribunal de :

vu l'article 145 du NCPC,

- entendre désigner, aux frais avancés de la FNAC, tel constatant qu'il plaira à M. le Président de nommer avec mission de :

1- entendre les parties et leurs conseils et se faire remettre par elle tous documents utiles à sa mission ;

2 - recueillir auprès de la Sté RDC ou de tout tiers mandaté par elle tous les éléments et documents de nature à permettre de déterminer avec précision le périmètre géographique, la consistance, la durée, l'ampleur et le coût de la campagne de publicité engagée par la Sté RDC ;

3 - et rassembler tous éléments matériels permettant de déterminer si la société défenderesse, à l'instant où les publicités litigieuses sont faites, est réellement en mesure de livrer, dans des délais raisonnables eu égard aux usages du commerce considéré et aux prix par elle annoncés, les matériels visés ;

4 - du tout, dresser procès verbal dont un exemplaire sera remis à chacune des parties ;

- s'entendre la Sté RDC condamner en tous les dépens du présent référé.

Cette assignation est signifiée à personne habilitée chez la Sté RDC.

A la suite de cette assignation, l'affaire est appelée à l'audience des référés du mardi 8 novembre 2005 : les parties sont présentes par leur conseil et celui de la Sté RDC dépose des conclusions par lesquelles il est demandé au Président de ce Tribunal de :

**vu les articles 145 et 147 du NCPC,
vu les articles L.121-8 et suivants du Code de la Consommation,
vu les pièces produites,**

**- dire et juger irrecevable la Sté FNAC SA en sa demande ;
- dire et juger recevable et bien fondée la Sté RDC ;
- constater le défaut de preuve des conditions nécessaires au prononcé d'une expertise sur le fondement de l'article 145 du NCPC ;**

en conséquence,

- dire n'y avoir lieu à référé ;

- condamner en toute hypothèse les sociétés demanderesses à payer chacune la somme de 3.500,00 € par application de l'article 700 du NCPC ainsi que les entiers dépens de l'instance.

Après avoir entendu les plaidoiries de chaque partie, le juge des référés déclare les débats clos et met l'affaire en délibéré pour un prononcé à l'audience des référés du 16 novembre 2005.

SUR CE

A l'étude des pièces remises et des déclarations faites lors de l'audience des référés, il sera observé que :

Sur la recevabilité de la demande de la Sté FNAC SA :

Le litige concerne le seul marché du commerce électronique qui est bien distinct de celui de la vente par boutique ;

pour se positionner sur ce marché de la vente en ligne, la Sté FNAC SA du groupe PPR a créé une entité juridique indépendante : la Sté FNAC DIRECT qui a pris la dénomination électronique « fnac.com » ;

la Sté FNAC DIRECT reconnaît elle-même que la vente en ligne est un marché différent qui permet de capter des clients autres que ceux de ses magasins traditionnels FNAC ;

le groupe PPR, contrairement à certaines grandes marques de distribution, a choisi d'utiliser son enseigne historique dans l'adresse de son site électronique « fnac.com » ; ce faisant, il a pris le risque d'exploiter sa notoriété dans ce commerce électronique ;

la Sté RDC ne possède aucun magasin physique et n'a pas vocation à agir dans ce type de commerce ;

la publicité comparative querellée concerne donc des produits vendus en ligne sur les sites internet « rueducommerce.com » et « fnac.com » ;

il en résulte que la Sté FNAC SA n'a pas intérêt à agir et que seule la Sté FNAC DIRECT peut contester la licéité de cette publicité comparative ;

pour ces raisons, nous ferons droit aux arguments de la Sté RDC et nous dirons que la demande de la Sté FNAC SA est irrecevable.

Et nous examinerons la demande de désignation d'un constatant pour une publicité comparative entre des sociétés concurrentes dans le marché du commerce électronique.

Sur les conditions de désignation d'un constatant :

il faut rappeler que la publicité comparative querellée a été réalisée au cours de deux campagnes par la Sté RDC sous forme d'affiches dans le métro, pages sur le site internet et encarts dans la presse ; la première campagne a été axée sur le différentiel prix et la deuxième sur le service + prix ;

sur les publicités querellées :

Concernant la pertinence des critiques formées, il sera observé que :

l'argument relatif à une captation abusive ou un détournement de notoriété n'est pas convaincant dans la mesure où, d'une part, la Sté RDC n'a pas vocation à investir dans la distribution classique par magasins traditionnels et dans la mesure où, d'autre part, la Sté FNAC DIRECT ne rapporte pas la preuve que la Sté RDC n'a pas respecté les dispositions de l'article L. 121-8 du code de la consommation :

en effet, ces dispositions prévoient que la comparaison peut ne concerner « qu'un » concurrent dès l'instant où celui-ci est identifié ou identifiable ; la Sté RDC était donc libre du choix de son concurrent qui était clairement identifié par son site électronique « fnac.com » ; la Sté RDC a, de plus, choisi un autre site électronique, celui de son autre concurrent DARTY ;

le choix des produits s'est porté sur des produits "high tech" de marque aisément identifiables et vérifiables et le différentiel de prix a porté, comme en témoignent les tableaux comparatifs produits, sur une quarantaine de produits ;

l'objectivité des prix révélés a été respectée : les constats effectués par huissier pour le compte de la Sté RDC n'ont pas été contestés par les demandeurs ;

l'objectivité dans la présentation du comparatif a été respectée :

- pour les affiches dans le métro : les sites électronique sont identifiés et la taille des polices est identique ;
- pour l'affichage sur les sites en ligne : le tableau complet du comparatif apparaît clairement ;

le « message » des affiches de la première campagne est, avant tout, axé sur le comparatif des prix : les prix apparaissent en caractères dominants sous le matériel proposé et le site électronique « fnac.com » ne ressort pas plus que les deux autres sites ;

la publicité faite pour la deuxième campagne fait apparaître en caractères très petits les trois sites électroniques (pièce 18 a et 18 c) ou ne fait apparaître que celui de la Sté RDC ;

la dénomination « fnac.com » a été voulue par le groupe PPR pour investir dans le marché électronique où il n'occupe pas la place de leader ; il ne peut pas être reproché à un opérateur concurrent de ce marché de désigner FNAC DIRECT par la dénomination qu'elle a librement choisie ;

en conclusion, la campagne de publicité comparative lancée par la Sté RDC sur le marché du commerce en ligne ne révèle aucun manquement aux dispositions légales.

- sur le constat dressé par M. Krief : pièce 8 pour RDC et 9 pour FNAC :

Le récit de la commande d'un ordinateur portable SONY VAIO VGN et le suivi des différents événements qui ont abouti à son annulation démontrent effectivement qu'il y aurait eu un retard à la livraison ; mais il faut noter que M. Krief a quelque peu tardé dans le suivi des formalités de sa commande, n'ayant validé cette dernière qu'à l'issue de la campagne de publicité ; ce retard ne prouve pas pour autant que la Sté RDC était dans l'incapacité de livrer et la possibilité d'un retard de livraison n'est pas une faute en droit ;

Par ailleurs, il serait opportun de s'interroger sur la validité et la recevabilité du PV de constat (pièce n° 9 des sociétés FNAC) établi par Maître Krief en tant qu'huissier alors que sa commande auprès de la Sté RDC a été effectuée sous le couvert anonyme de M. Krief, simple particulier, donnant comme domicile celui de l'étude SCP et un n° de téléphone (01 47 37 10 69) différent de celui figurant sur l'entête du PV de constat (01 47 37 07 39) ; et ce d'autant plus que ne sont pas produites les pièces justifiant l'identité et le justificatif de domicile (pièces annoncées 10 et 11) du client « lambda » Krief qui passé commande ;

Pour ces raisons, nous écarterons cette pièce des débats qui, de surcroît, ne démontre rien de probant et ne justifie aucunement la désignation d'un expert ; la Sté FNAC DIRECT n'apparaît pas, de son côté, être exempte de toute critique dans les délais de livraison si l'on en juge par les articles de journaux que n'a pas manqué de mettre au dossier la Sté RDC.

Concernant la mission du constatant :

Outre le fait qu'il n'existe pas de risque de dépérissement des preuves, il apparaît que la mission qui serait dévolue au constatant :

- s'apparente d'un véritable droit de regard dans les axes de communication d'un concurrent, mesure visant à connaître ses supports, ses coûts, ses cibles et ses axes développement ;
- consiste à se faire reconnaître un droit d'accès aux sources d'approvisionnement d'un concurrent et à ainsi connaître ses marges, ses fournisseurs et son organisation ;
- et dépasse, en se heurtant au secret des affaires, le simple cadre des dispositions de l'article 145 du NCPC.

Conclusion :

De tout ce qui précède, il résulte que Sté FNAC DIRECT ne rapporte pas la preuve que la Sté RDC se soit livrée à un dévoiement des règles de la publicité comparative et qu'elle ait cherché à tirer parti de sa notoriété, le délit de parasitisme économique n'étant pas ainsi démontré ;

nous dirons, pour l'ensemble de ces raisons, que la demande de désignation d'un constatant n'est pas fondée.

et en conséquence, nous dirons n'y a voir lieu à référé.

Sur la demande de la Sté RDC au titre de l'article 700 du NCPC :

Attendu que les sociétés FNAC SA et FNAC DIRECT n'ont pas obtenu gain de cause et sont parties perdantes et attendu que pour faire valoir ses droits, la Sté RDC a dû engager des frais de justice non compris dans les dépens ;

nous ferons partiellement droit à la demande de la Sté RDC et ordonnerons à la société FNAC SA et à la société FNAC DIRECT de payer chacune à la Sté RDC la somme de 2.500,00 €, déboutant la Sté RDC pour le surplus.

Sur les dépens :

nous les mettrons à la charge de la Sté FNAC DIRECT, une des deux parties perdantes.

PAR CES MOTIFS

disons irrecevable la demande de la Sté FNAC,

recevant la Sté RUE DU COMMERCE en sa demande,

constatant le défaut de preuve des conditions nécessaires au prononcé de la désignation d'un constatant sur le fondement de l'article 145 du NCPC,

disons la demande de la Sté FNAC DIRECT mal fondée et, en conséquence, disons n'y avoir lieu à référé,

ordonnons aux sociétés FNAC et FNAC DIRECT de payer chacune la somme de 2.500,00 € à la société RUE DU COMMERCE en application de l'article 700 du NCPC,

disons que les dépens sont à la charge de la Sté FNAC DIRECT,

fixons les dépens à recouvrer par le Greffe à la somme de 21,06 euros TTC.

Le Commis Assermenté,



Le Président,

