

**Publicité comparative sur les prix dans la grande distribution :
risques juridiques et opportunités stratégiques**

Christophe Collard

Professeur, EDHEC Business School

Centre de recherche LegalEdhec

christophe.collard@edhec.edu

Tél. : 03 20 15 45 51

Caroline Bellone

Elève-avocat, Ecole des avocats du Sud-Est

caroline.bellone@edhec.com

Tél. : 06 89 63 05 70

EDHEC Business School

LegalEdhec Research Centre

Campus de Lille

24, avenue Gustave Delory, CS 50411

F- 59057 ROUBAIX CEDEX 1

Publicité comparative sur les prix dans la grande distribution : risques juridiques et opportunités stratégiques

Résumé : La guerre des prix entre les enseignes de la grande distribution en France a conduit à un recours croissant à la publicité comparative, spécialement à partir de 2006 et le lancement de « quiestlemoinscher.com » par les Centres E. Leclerc. Mais le cadre juridique de la publicité comparative dans ce secteur spécifique reste contraignant, même s'il s'est assoupli sous l'effet de l'évolution de la jurisprudence, notamment européenne, et du jeu combiné du comportement des acteurs, l'un d'entre eux (Leclerc) en tirant un avantage concurrentiel indéniable.

Mots-clés : Grande distribution – Publicité comparative – Produits alimentaires – Prix – Droit – Risques juridiques

Price Comparative Advertising in French Mass Retail sector: Legal Risks and Strategic Opportunities

Summary: Price war in the French mass retail sector has led to an increasing use of comparative advertising, especially since 2006 and the launch by Leclerc of its price comparison website « quiestlemoinscher.com ». But the legal framework for comparative advertising in this specific sector is still a source of constraints, even if it became in the recent years progressively more and more secured from a legal point of view, thanks to the evolution of both case law – especially European rulings – and the behavior of the different market players. One of them (Leclerc) gained an undeniable competitive advantage in this field.

Key-words: French mass retail sector – Comparative advertising – Food products – Price – Law – Legal risks

Résumé managérial: Comment concevoir une publicité comparative portant sur les prix des produits de consommation courante vendus en grande distribution, tenant compte des spécificités de ce secteur, des produits considérés et des habitudes d'achat des consommateurs ?

Il ressort de l'analyse de la jurisprudence nationale et européenne relative à la publicité comparative en matière de produits alimentaires et de consommation courante que quatre critères essentiels de validité sont à considérer :

1. l'objectivité de la démarche comparative ;
2. la comparabilité des produits mobilisés pour la comparaison ;
3. la représentativité des conclusions qui sont tirées de la comparaison ;
4. la vérifiabilité des données sur lesquelles elle repose.

Le choix de recourir à la publicité comparative ou d'opter pour telle ou telle forme voisine de comparaison dépend à la fois de la place du prix dans la stratégie de l'enseigne, particulièrement importante pour les enseignes d'hypermarchés ou de hard-discount, ainsi que de l'appréhension par le distributeur du risque juridique (*riscophile* ou *riscophobe*).

A cet égard, les multiples initiatives des Centres E. Leclerc ont contribué à sécuriser le cadre juridique de la publicité comparative dans le secteur de la grande distribution, amenant les différentes enseignes à recourir de plus en plus à la comparaison, sous une forme ou une autre, dans leurs publicités. Il n'en reste pas moins indéniable que les Centres E. Leclerc bénéficient d'un net avantage compétitif en la matière dont les contours peuvent être aisément dessinés. Les avancées technologiques récentes (informations disponibles via internet, utilisation des applications mobiles sur smartphone) permettent aujourd'hui de réduire les risques liés au recours à cette forme de publicité tout en lui ouvrant de nouvelles perspectives.

Introduction – L’argument prix est au cœur du positionnement stratégique comme du fonctionnement quotidien de la grande distribution : il conditionne toutes les étapes de la chaîne de valeur de cette forme majeure de commerce, depuis la politique d’achat des opérateurs jusqu’à leur communication auprès des consommateurs. Pour nombre de ces enseignes de super et hypermarchés, la lutte pour les prix bas est un combat fondateur : il en est ainsi du mouvement E. Leclerc, emblématique de cette lutte pour la défense du pouvoir d’achat des consommateurs ; ou encore des *Mousquetaires* d’Intermarché qui depuis leur création sont en croisade « *contre la vie chère* » ; sans parler du *hard discount*, dont le concept même repose sur cette volonté d’offrir les prix les plus bas et dont l’arrivée en France est venue bouleverser le positionnement prix historique des différentes enseignes. Mais en définitive, le fait de proposer au plus grand nombre des produits vendus au prix le plus bas possible relève de l’ADN de la grande distribution. Plus de cinquante ans après l’ouverture des premiers supermarchés en France, en témoignent encore aujourd’hui les slogans utilisés par les enseignes. Par exemple : « *Chez E. Leclerc, vous savez que vous achetez moins cher* » ; Carrefour : « *Les prix bas, la confiance en plus* » ; Auchan : « *Vivons mieux, vivons moins cher* » ; Intermarché : « *Tous unis contre la vie chère* »¹... Ce combat pour les prix est permanent, spécialement lorsque se multiplient les périodes de crise qui génèrent une atonie de la consommation : dans un tel contexte, « *l’argument prix est sans rival* » (Escande, 2012). Pour l’avoir un temps oublié, Carrefour et son concept *Carrefour Planet* en ont récemment subi les conséquences : quand une enseigne ne parle plus des prix, elle perd des parts de marché (Soulabail, 2010)...

Relevant du discours de base de la grande distribution, l’argument prix n’est toutefois pas différenciant : la plupart des enseignes affichent en effet une ligne stratégique consistant à se battre pour offrir des prix bas (bien évidemment plus bas que ceux pratiqués par leurs concurrents...), afin de démocratiser l’accès à un maximum de produits et services. Pour garantir un tel positionnement, il est indispensable pour les enseignes de la grande distribution de ne pas s’en tenir au discours, mais de l’assurer par des actes (pratiquer effectivement les prix les plus bas possible) et des actions ayant un impact sur les consommateurs (promotions, publicité). Autrement dit, il s’avère

¹ A noter dans les trois premiers, l’utilisation des termes « *moins* » ou « *plus* » qui sont caractéristiques d’une approche en termes de comparaison.

nécessaire d'objectiver ce positionnement en apportant la démonstration de sa réalité, afin de convaincre le consommateur et contribuer par voie de conséquence à asseoir ou renforcer l'image-prix de l'enseigne. La comparaison à ses concurrents apparaît ainsi comme un moyen privilégié de procéder à une telle démonstration : dans la guerre des prix entre enseignes, si souvent évoquée, la publicité comparative a progressivement acquis le statut d'arme conventionnelle.

Alors même que la publicité comparative est expressément autorisée en France depuis 1992, le risque juridique qu'elle génère (se traduisant notamment par du contentieux judiciaire) est encore particulièrement important, car les critères de validité posés par la loi sont nombreux et pour certains – paradoxalement – subjectifs ; en outre, la nature agressive de ce type de publicité entraîne souvent une réaction judiciaire de la part du *comparé*. Mais bien qu'incertain, le succès d'une publicité comparative est de nature à conférer à son initiateur un avantage réel sur ses concurrents, de même qu'il confortera son image prix auprès de sa clientèle et lui permettra de l'élargir. Dès lors, l'appréciation des risques juridiques liés à une campagne de publicité comparative s'avère essentielle : elle participe de la prise de décision d'avoir recours à cette forme de publicité et, pour ceux qui font ce choix, l'appréhension des risques juridiques aura généralement pour objectif de réduire l'incertitude liée au projet, tout en maximisant l'impact marketing de cette campagne.

Le présent article a pour but de dessiner les contours du cadre juridique relatif à la publicité comparative sur les prix des produits alimentaires à travers notamment l'examen de la jurisprudence en France et au niveau de l'Union européenne. Cette analyse permet d'identifier au niveau de la grande distribution les spécificités autant que les évolutions des risques juridiques liés à cette forme de publicité et de dessiner ainsi un tableau des différentes options permettant de procéder, avec un degré de sécurité juridique relatif, à des comparaisons de prix portant sur des produits alimentaires. Ce sera l'objet de notre 1^{ère} partie.

Du point de vue de l'entreprise, le droit se révèle à la fois comme une source de contraintes ou de menaces mais peut aussi être vu comme constituant une source

d'opportunités à saisir. Cette perception de la règle de droit varie selon l'entreprise qui la reçoit, l'interprète et en tire une construction juridique qui lui est propre. Le cas de la publicité comparative sur les prix des produits alimentaires dans le secteur de la grande distribution se prête particulièrement bien à ce type d'approche. Il a ainsi pu être avancé que le site web de comparaison de prix « *quistlemoinscher.com* » traduisait une réelle capacité des Centres E. Leclerc à tirer profit de leur environnement juridique et judiciaire (Collard, 2007). L'étude proposée ici tend à généraliser cette approche à l'ensemble des acteurs de la grande distribution pour montrer comment ils se sont positionnés – aussi bien tactiquement que stratégiquement – par rapport à un environnement juridique générateur de risques, et souligner aussi comment ce positionnement a pu se renforcer ou évoluer ces dernières années. Cette approche fera l'objet de notre 2nde partie.

1. La spécificité des risques juridiques liés à la publicité comparative sur les prix dans la grande distribution

Bien avant que la publicité comparative ne soit légalement autorisée en France, les enseignes de la grande distribution y ont eu recours sous des formes plus ou moins élaborées, attestant par là de l'importance qu'a toujours revêtue pour ces enseignes le positionnement prix et la nécessité de l'assurer par une démonstration permanente. Au niveau des magasins, dès les années soixante-dix, des pratiques de « charriots comparatifs » (pour ne pas dire *caddie*, marque protégée) ont souvent constitué le moyen d'une telle démonstration, un moyen rudimentaire et juridiquement risqué. En 1979, Carrefour avec son « Indice des économies » puis, en 1985, Intermarché et son « Argus de la consommation » se sont lancés dans des opérations plus sophistiquées, développées à plus grande échelle. « *Proclamer qu'on est moins cher, ça ne suffit pas (.../...) Dans les 45 magasins Carrefour, nous avons la volonté d'apporter la preuve, chaque mois, que notre magasin est le plus performant dans le domaine des prix* » pouvait-on lire dans le document de Carrefour présentant son « Indice des économies » (Soulabail, 2011). Passer de la simple affirmation (subjective) à la démonstration (objective) de leur performance prix : telle est bien, pour les enseignes de la grande

distribution, la motivation première qui conduit à recourir à la publicité comparative... et qui est venue nourrir un contentieux qui s'est avéré particulièrement abondant !

En effet, et alors même qu'elle n'a jamais été expressément interdite, la publicité comparative a longtemps été regardée par le juge français comme une forme de dénigrement, figure classiquement sanctionnable sur le fondement de la responsabilité civile pour concurrence déloyale. Le fait de citer la marque d'autrui sans autorisation de son titulaire permettait aussi de condamner pénalement les responsables de magasins ayant pratiqué des comparaisons désignant nominativement leurs concurrents. Le droit de la publicité fautive ou de nature à induire en erreur venait compléter ce dispositif répressif, traduisant une réelle défiance à l'égard de ce mode de publicité.

Dans les années quatre-vingt, les débats sur la question de la légalisation de la publicité comparative se sont progressivement animés en France autour d'arguments contradictoires (liberté *vs.* loyauté de la concurrence, information *vs.* protection des consommateurs, amélioration du pouvoir d'achat *vs.* crainte de la spirale déflationniste et de ses effets dévastateurs, etc.). En 1986, une première brèche s'ouvrait avec, dans une affaire concernant Carrefour, une décision rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation : la comparaison de prix était enfin reconnue comme n'étant pas de nature déloyale dès lors que les produits comparés étaient identiques et vendus dans les mêmes conditions². Cette jurisprudence est restée constante jusqu'à la promulgation de l'article 10-I de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992, codifié par la suite sous les articles L.121-8 à L.121-14 du Code de la consommation, ces textes autorisant par principe une publicité comparative néanmoins encadrée par des conditions particulièrement contraignantes. Ces contraintes furent légèrement assouplies en 2001 sous l'effet de la transposition en droit français de la directive européenne relative à la publicité comparative. L'article L. 121-8 du Code de la consommation définit aujourd'hui la publicité comparative comme « *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* ». Ce texte pose également deux conditions essentielles à la validité d'une publicité comparative : celle-ci doit porter sur des biens

² Cass. com., 22 juil. 1986, n° 84-12.829, Carrefour c/ Arlaud.

ou services répondant au même besoin ou ayant le même objectif (autrement dit, on ne peut comparer que ce qui est comparable) ; elle doit comparer objectivement une ou plusieurs caractéristiques « *essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives* » des biens ou services comparés, le prix de ces produits ou services étant expressément cité comme pouvant répondre à ces critères. L'article L. 121-12 du Code de la consommation vient ajouter que l'annonceur doit être en mesure de prouver dans un bref délai l'exactitude matérielle de la comparaison opérée.

En pratique, ce relatif assouplissement des textes en 2001 a conduit en France à un recours croissant à la publicité comparative³, sans atteindre pour autant le niveau d'utilisation constaté dans certains pays, comme les Etats-Unis par exemple (Beddeleem, 2005). Classiquement, ce sont les marques challengers qui ont recours à la publicité comparative dans le but de déstabiliser le(s) leader(s) auquel(s) elles se comparent et gagner ainsi en notoriété et en parts de marché. Les nombreuses victoires judiciaires de ces challengers permettent de penser que les conditions de validité de la publicité comparative sont désormais largement assimilées⁴ : la comparaison de deux produits répondant au même besoin mais de marques différentes ne pose en effet plus aujourd'hui de problème juridique majeur. Il n'en est pas de même en ce qui concerne la comparaison de prix entre enseignes de la grande distribution alimentaire, où l'on relèvera entre autres que c'est le leader historique du marché, Leclerc, qui a le plus ouvertement recours à la publicité comparative.

Mais la spécificité de la grande distribution au regard du droit de la publicité comparative réside plus dans la nature des produits usuellement comparés. En effet, et alors même que la part des achats alimentaires se réduit continuellement dans le budget des ménages, les publicités comparatives observées dans le secteur de la grande distribution portent essentiellement sur ce type de produits. Les raisons en sont multiples. D'abord, si le budget alimentaire diminue, le besoin n'en disparaît pas pour autant : cela conduit les consommateurs à rechercher ces produits au meilleur prix, sans

³ « *Nous estimons à moins de 5 % le nombre de publicités comparatives* », selon le directeur général de l'ARPP (Autorité de régulation professionnelle de la publicité), dont les propos sont cités par Richebois, 2012.

⁴ Voir par exemple *Visual c/ Afflelou, Vico c/ Mousline, Rana c/ Lustucru* : « Publicité comparative : à manier avec précaution », *LSA*, 19 juin 2003.

pour autant négliger la qualité. Par ailleurs, les produits alimentaires nécessitent des approvisionnements réguliers qui sont à l'origine de la fréquentation des magasins et leurs prix sont en conséquence parmi les plus suivis par les clients : ils représentent un enjeu important pour l'image-prix des enseignes.

Pourtant, ces produits sont ceux qui posent le plus de difficulté en termes de comparabilité et partant, exposent au risque juridique le plus important ceux qui procèdent à des comparaisons de prix les concernant. Ces difficultés tiennent aussi bien à la spécificité de la demande des clients qu'à celle de l'offre :

- du point de vue de la demande : les achats alimentaires des consommateurs (et plus généralement, les achats de produits de grande consommation) sont des achats multiples et agrégés : c'est un panier ou un charriot (ou *caddie*) que remplit le client pour satisfaire ses besoins quotidiens et ceux de sa famille. Dans ces conditions, il peut apparaître comme étant peu pertinent (et potentiellement risqué du point de vue juridique) de comparer le prix d'un seul produit pour en tirer des conséquences sur la performance prix de l'enseigne. Cette particularité des pratiques d'achat des consommateurs sur ce type de produit fait que la comparaison n'est convaincante que si elle porte sur le prix agrégé d'un échantillon de produits le plus représentatif du panier de la ménagère. Se pose alors la question de l'objectivité et de la représentativité du panier ainsi constitué, de même que de la possibilité de généraliser à l'ensemble du magasin et de l'enseigne les conclusions tirées à partir de l'échantillon considéré.
- du point de vue de l'offre : la place importante qu'occupent désormais les produits de marque de distributeur (MDD) et premiers-prix différencie l'offre de chaque enseigne et la rend par conséquent plus difficile à comparer avec les produits offerts par ses concurrents⁵. Composition, conditions et lieu de fabrication, identité du fabricant, volume, conditionnement, qualités gustatives...

⁵ C'est la raison pour laquelle, en 1976, Edouard Leclerc s'est violemment opposé au lancement des « Produits libres » de son concurrent Carrefour, ancêtres des MDD. Selon E. Leclerc, interviewé sur Europe 1 le 2 juin 1976 : « *supprimer les grandes marques et essayer de libérer les produits sans élément de comparaison, c'est permettre à tous ceux qui ont un monopole de prendre toutes les marges possibles à un moment donné sans avoir un concurrent qui pourra comparer, faire comparer les produits identiques [...] on veut faire disparaître l'élément de comparaison, c'est-à-dire la marque* » (cité par Soulabail, 2010, p. 124 ; c'est nous qui soulignons en gras).

chacun de ces éléments pourra différer de façon plus ou moins importante, rendant plus aléatoire – et donc plus contestable – la comparaison par paires des produits vendus par des enseignes concurrentes sous leur marque propre.

Les produits alimentaires et, plus généralement, les articles de consommation courante présentent en définitive cette double caractéristique qu'ils sont incontournables dès lors qu'une enseigne se place sur le terrain de la démonstration de son avantage-prix, en même temps qu'ils rendent plus risquée du point de vue juridique la comparaison de prix que la publicité pourra mettre en œuvre. Ces produits n'en sont pas pour autant *incomparables* : la jurisprudence abondante qui existe en la matière pose un cadre contraignant qui s'est progressivement précisé mais aussi assoupli, sous l'effet notamment des décisions rendues au niveau européen. Sur ce dernier plan, il n'est pas anodin de souligner que la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)⁶, en tant que guide de l'interprétation uniforme de la directive communautaire relative à la publicité comparative, a posé en 2001 un principe constamment répété depuis lors : « *les conditions exigées de la publicité comparative doivent être interprétées dans le sens le plus favorable à celle-ci* »⁷. Cette pétition de principe européenne en faveur de la publicité comparative a influencé de façon certaine le traitement par le juge national français d'une pratique longtemps regardée par lui comme étant de nature sulfureuse (sans pour autant que cette conception ait totalement disparue, une certaine défiance restant de mise pour nombre de juridictions, jusqu'à la Cour de cassation, dans une certaine mesure).

Quatre grandes catégories de critères au regard desquels est examinée la licéité de la publicité comparative incriminée ressortent de l'analyse de la jurisprudence nationale et européenne : l'objectivité de la démarche comparative (1.1.), la comparabilité des produits mobilisés par la comparaison (1.2.), la représentativité des conclusions qui en sont tirées (1.3.) ainsi que la vérifiabilité des données sur lesquelles elle repose (1.4.).

⁶ Notons que conformément aux modifications apportées par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) est désormais appelée « Cour de Justice de l'Union Européenne » (CJUE). Nos développements tiennent compte de cette nouvelle appellation et, par souci de clarté et de simplification, l'emploie généralement, quelle que soit la date des décisions évoquées.

⁷ CJUE, 25 octobre 2001, Toshiba Europe, aff. C-112/99.

Ces standards sont de nature élastique, ce qui constitue une source d'incertitude juridique (et donc de risque juridique : Collard, 2008 ; Collard et Roquilly, 2010). Ils sont aussi perméables, en ce sens que ces différentes dimensions de la viabilité juridique d'une publicité comparative interagissent, se recoupent et se complètent étroitement, comme nous le verront dans les développements qui suivent.

1.1. Objectivité

On pourrait voir une forme de paradoxe dans l'exigence que la comparaison publicitaire soit objective, une caractéristique plus certainement associée à l'information et non à la promotion. En effet, les juges du fond le rappellent souvent, « *une publicité, fut-elle comparative, a pour objet de vanter les produits ou services sur lesquels elle porte* »⁸. Or, peut-on « vanter » objectivement, c'est-à-dire de façon neutre et impartiale ?...

En fait, l'objectivité dont il est ici question renvoie plus à la comparaison en elle-même qu'à la publicité qui en est faites, et rime alors avec intégrité, sincérité, véracité, loyauté... Autant d'exigences qui sont classiquement intégrées par le droit en général et l'encadrement des pratiques commerciales en particulier (avec la sanction de la concurrence déloyale ou de la publicité fausse ou de nature à induire en erreur). Ce caractère transversal de la condition d'objectivité fait qu'elle est en étroite liaison avec les autres critères de validité de la publicité comparative : la distance est en effet étroite entre « objectif » et « comparable », « représentatif », « vérifiable »...

L'absence d'objectivité est parfaitement illustrée par ce qui fut la première version du site web de comparaison de prix à l'intitulé évocateur (« *quiestlemoinscher.com* »), dont le lancement par les Centres E. Leclerc a donné lieu à une véritable « saga » médiatique et judiciaire (Collard, 2007). Lancée à grands renforts de publicité en mai 2006, la première version du site « *quiestlemoinscher.com* » comparait les performances prix de l'enseigne E. Leclerc à celle de ses concurrents sur le plan national, par région et par zone de chalandise. La comparaison reposait sur un indice trimestriel des prix de 3.500 produits répartis en trois catégories (marques nationales, marques de distributeurs et

⁸ TGI Strasbourg, 3 octobre 2011, n° 09/04687, SNC Lidl c/ Société E. Leclerc.

«Premiers prix»). Sans surprise, elle était quasi-systématiquement en faveur des Centres Leclerc ! Mais de vives critiques furent rapidement émises à l'encontre du comparateur de prix, visant aussi bien la composition arbitraire du panier de référence (sélection non objective des produits objets de la comparaison) que le système de relevés des prix, la méthode de calcul de l'indice ou la définition erratique des zones de chalandise prises pour référence : autant de griefs pouvant se résumer au manque d'objectivité de la comparaison opérée. Un peu plus d'une semaine après le lancement du site, Carrefour assignait en référé les Centres Leclerc, leur centrale d'achat et l'hébergeur du site pour publicité comparative illicite et trompeuse. Donnant raison à Carrefour, le juge des référés ordonna la fermeture du site sous astreinte de 30.000 € par jour de retard⁹. Il considéra que les indices de comparaison des prix étaient partiels (les paramètres de l'indice n'étant pas connus dans leur détail ni vérifiables sur le site Internet), que les zones de chalandise étaient arbitrairement définies par Leclerc et que les produits choisis étaient insuffisamment représentatifs et de surcroît non identifiés ; le juge considérait en conclusion que la comparaison « *ne saurait être présentée comme objective et pertinente* ». C'est la recherche d'une plus grande objectivité dans la comparaison mise en œuvre qui allait conduire Leclerc à mettre en ligne en novembre 2006 une nouvelle version de « *quiestlemoinscher.com* », fondée cette fois-ci sur la technique des échantillons représentatifs (1.536 produits de grandes marques nationales comparés dans 355 magasins de 8 enseignes différentes). C'est un institut de sondages qui fut sollicité pour élaborer la méthodologie et effectuer directement les relevés de prix dans les magasins faisant partie de l'échantillon. Moins exhaustif que le premier, le nouveau « *quiestlemoinscher.com* » manifestait la volonté d'être techniquement (et donc juridiquement) inattaquable, volonté se traduisant par un important effort de description de la méthode de comparaison utilisée. A nouveau saisi par Carrefour, le Tribunal de commerce de Paris a reconnu, par un jugement abondamment motivé¹⁰, le caractère parfaitement licite de la nouvelle version du comparateur de prix, tant en ce qui concerne la méthodologie utilisée que la présentation des résultats. De même, le juge a estimé que la campagne de communication de Leclerc n'était pas critiquable, précisant à cette occasion « *qu'il est fermement établi par les textes et la jurisprudence*

⁹ Tr. com. Paris (ord. réf.), 7 juin 2006, Carrefour hypermarché c/ SC Galec, Colt Telecom.

¹⁰ Tr. com. Paris, 15^e ch., 29 mars 2007, n° 06/086074, Carrefour hypermarché c/ SC Galec, Colt Telecom.

[tant nationale que communautaire] *que la publicité a pour but de promouvoir les biens ou services de l'annonceur, de les vanter même si ce dernier a choisi des paramètres qui lui sont favorables, qu'une emphase est parfaitement admise* », autrement dit qu'une publicité comparative ne vise pas « à plaire ou à favoriser ses concurrents » ! Carrefour interjeta appel de cette décision, invoquant à nouveau le caractère opaque et trompeur de la méthodologie utilisée pour les versions successives du site critiqué, ainsi que de graves erreurs dans les relevés de prix générant une absence de fiabilité des comparaisons effectuées, de même enfin qu'une manipulation des prix pratiqués par les Centres E. Leclerc pour les faire apparaître systématiquement comme étant plus bas. Autant d'arguments qui relèvent encore de l'absence d'objectivité de la comparaison effectuée ! Par un arrêt du 18 juin 2008, la Cour d'appel de Paris allait rejeter l'ensemble de ces prétentions, soulignant à nouveau le sérieux et la transparence des comparaisons mises en œuvre, et ajoutant que dans un système de libre concurrence il était loisible à tout opérateur de répliquer par sa propre publicité comparative sur la base de paramètres qu'il estimerait lui être plus favorables¹¹. Enfin, le 19 janvier 2010, la Cour de cassation devait rejeter à son tour l'ensemble des demandes de la société Carrefour, sécurisant définitivement (du moins en ce qui concerne les versions critiquées) le comparateur de prix « *quistlemoinscher.com* »¹². Tout comme les juges du fond successivement saisis, la Cour de cassation a souligné en premier lieu que la totalité des relevés de prix en rayons, leur contrôle, leur enregistrement et leur mise en ligne sur « *www.quistlemoinscher.com* » étaient effectués par des opérateurs indépendants de l'annonceur, dont la compétence et le sérieux n'ont pas été contestés. Ce point est probablement le plus intéressant au regard du critère d'objectivité, en ce sens qu'il permet de souligner l'importance de la conception et de la mise en œuvre de la méthodologie de comparaison, de même que sa présentation complète et documentée sur le site qui met en œuvre la comparaison (ce qui renvoie à la notion de vérifiabilité). Dès lors que les aspects méthodologiques sont difficilement contestables car solides et transparents (ce qui renvoie à la notion d'objectivité), on ne peut reprocher à celui qui les utilise d'en tirer un profit promotionnel (et donc nécessairement subjectif). Pour rejeter l'argument fondé sur des manipulations de prix qui auraient pu être mises en œuvre par le promoteur du site de comparaison, la Cour de cassation a validé

¹¹ Paris, 5^e chambre, section A, 18 juin 2008, Carrefour hypermarchés c/ SC Galec, Colt Telecom.

¹² Cass. com., 19 janv. 2010, n° 08-814, Carrefour c/ Galec, Colt Telecom.

l'argumentation de la Cour d'appel qui avait estimé qu'une telle manipulation n'était pas démontrée par les documents produits à l'appui de cette thèse. A nouveau, la Cour de cassation soulignait indirectement le caractère difficilement attaquable de la méthodologie sur laquelle repose le comparateur lorsqu'elle relève que « *les éléments dont la société Carrefour fait état se rapportent à un échantillonnage très limité de produits et ne présentent, en tout état de cause, aucun caractère démonstratif déterminant au regard du nombre considérable d'articles intégrés dans le comparateur de prix* ». Fort de ces succès judiciaires, les Centres E. Leclerc ont depuis lors poussé l'avantage avec les versions ultérieures de « *quiestlemoinscher.com* » au périmètre étendu aux MDD et produits premiers-prix. D'autres sites de comparaison plus spécialisés ont été lancés, comme « *lebiomoinscher.com* » ou « *sesoignermoinscher.com* ». La première version de « *sesoignermoinscher.com* » a toutefois été condamnée pour manque de sincérité, de nombreuses erreurs notamment ayant été relevées, imputables non pas à Leclerc mais à ses fournisseurs de données¹³.

L'objectivité de la comparaison apparaît bien comme une sorte de « condition-ombrelle » trouvant un écho dans les critères de comparabilité, de représentativité et de vérifiabilité.

1.2. Comparabilité

L'offre produit en grande distribution se répartit classiquement entre marques nationales, MDD et premiers-prix. On sait que les produits relevant de ces deux dernières catégories se sont multipliés et sont devenus quasiment incontournables dans le panier de la ménagère. S'agissant des MDD, c'est aussi sur ces produits que les enseignes réalisent les marges les plus importantes, d'où l'intérêt particulier à en promouvoir la vente. Comparer les prix de produits de marque nationale ne pose pas de difficulté sur le plan juridique, si tant est que les autres conditions de licéité de la publicité soient respectées. Quand, par exemple, Carrefour procède en prévision de la rentrée scolaire à la comparaison via une publicité télévisée des prix pratiqués sur le

¹³ Colmar, 12 juin 2012, n° 12-01150, GALEC c/ SAS Univers Pharmacie.

« stylo bille 4 couleurs BIC »¹⁴, ou quand le magasin Super U de Saint Jean de Monts appose pour un certain nombre de produits des affichettes « stop-rayon » reproduisant la photo du même produit vendu plus cher chez Lidl¹⁵, ce sont à chaque fois des marques nationales (et des produits identiques) qui sont comparées. Mais comment procéder dès lors qu'il s'agit de comparer des produits sous MDD dont de nombreux aspects – à commencer par leur marque – sont spécifiques à chaque enseigne ?

La question de la comparabilité des produits s'est essentiellement posée à l'occasion des caddies comparatifs, un type de pratique commerciale spécifique à la grande distribution. Cette méthode consiste à exposer (ou représenter) au moins deux chariots (souvent placés sur un podium), l'un contenant des produits de l'enseigne à l'initiative de l'opération et l'autre (ou les autres) contenant des produits provenant d'une ou plusieurs enseignes concurrentes, la différence de prix en faveur du premier étant évidemment mise en avant. Dans le même esprit, ce sont des tickets de caisse qui peuvent être soumis à la comparaison (souvent concomitamment avec la présentation de chariots). L'intérêt pour le consommateur de la comparaison de paniers de produits a été clairement affirmé par la CJUE¹⁶: « *Une comparaison groupée portant sur un assortiment de produits comparables est de nature à permettre à l'annonceur d'offrir au consommateur une information publicitaire comportant des données globales et synthétiques pouvant s'avérer particulièrement pertinente pour celui-ci* ». Mais la question se pose alors de savoir comment apprécier la comparabilité d'assortiments comportant des MDD et des produits premiers-prix ?

Selon l'article L. 121-8 du Code de la consommation, la comparaison doit porter sur des produits « *répondant au même besoin ou ayant le même objectif* ». L'interprétation de ce texte peut être très restrictive en interdisant la comparaison de produits non identiques, ce qui conduit à exclure *a priori* de la comparaison nombre de produits sous MDD. Ainsi, dans un arrêt du 23 mai 2005, la Cour d'appel d'Agen affirmait-elle que des produits comportant des « *différences notables de qualité ou de composition* » ne sont pas « *comparables au sens de la loi* ». Surtout, en 2006, la chambre commerciale

¹⁴ Opération « Garantie prix le plus bas sur 300 fournitures scolaires », août 2012.

¹⁵ Poitiers, 2^e ch. civ., 12 juin 2012, n° 11/04434, SNC Lidl c/ SAS Gaudismonts.

¹⁶ CJUE, 19 sept. 2006, préc.

de la Cour de cassation affirmait que *« la comestibilité de chacun de ces produits, en tout cas le plaisir qu'on a à les consommer peut varier du tout au tout selon les conditions et les lieux de leur fabrication, selon les ingrédients mis en œuvre, selon l'expérience du fabricant »*¹⁷. « Comestibilité », « plaisir » : l'approche de la comparabilité des produits est dans ces conditions pour le moins subjective... Le fait que certains produits *« présentaient des différences de qualité, de poids, de contenance et de composition »* a pu conduire ainsi la Cour de cassation à confirmer l'illicéité d'une comparaison de caddies¹⁸. En parfaite cohérence avec cette conception restrictive, la Cour d'appel de Lyon soulignait par exemple en mars 2009 : *« Par hypothèse, le consommateur acquiert un produit alimentaire pour satisfaire le besoin de se nourrir, mais il attend quand même de ce produit qu'il ait certaines qualités, et notamment une saveur et diverses caractéristiques diététiques. [...] Une comparaison par le seul prix ne peut donc porter valablement que sur des produits présentant des caractéristiques sinon identiques en tout cas extrêmement proches. En l'espèce, la comparaison a porté sur le seul prix de produits vendus sous la même dénomination, alimentaires pour la plupart, sans aucune indication sur leurs caractéristiques. Or, ne peuvent être considérés comme répondant aux mêmes besoins ou au même objectif, en raison de leur composition et de leurs qualités nutritionnelles, ou gustatives, sensiblement sinon largement différentes : une confiture contenant 50% de fruits et une autre 35% de fruits [etc. : détail des différences relevées sur huit autres produits composant les caddies comparés] »*¹⁹.

Mais cette approche restrictive de la question de la comparabilité des produits comparés est infirmée par la jurisprudence européenne. Par touches successives à partir de 2006²⁰, la CJUE a mis en avant la notion d'interchangeabilité, en précisant *« que la seule circonstance que les produits alimentaires diffèrent quant à leur comestibilité et quant au plaisir qu'ils procurent au consommateur, en fonction des conditions et du lieu de leur fabrication, de leurs ingrédients et de l'identité de leur fabricant, n'est pas de*

¹⁷ Cass. com., 31 oct. 2006, n° 05-10.541, F-P+B, Sté Thiers Distribution c/ Sté Lidl.

¹⁸ Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-83628, F-P+F, C et a.

¹⁹ Lyon, 5 mars 2009, n° 08-00467, Sté Lidl c/ Sté Distribution Casino France.

²⁰ CJUE, 19 sept. 2006, aff. C-356/04, Lidl Belgium GmbH & Co Kg c/ Ets Franz Colruyt NV ; CJUE, 19 avr. 2007, aff. C-381/05, De Landtsheer Emmanuel ; CJUE, 18 nov. 2010, aff. C-159/09, Lidl SNC c/ Vierzon Distribution SA.

nature à exclure que la comparaison de tels produits [...] répondent aux mêmes besoins ou aient le même objectif, c'est-à-dire qu'ils présentent entre eux un degré d'interchangeabilité suffisant »²¹. De façon claire, la CJUE indique ici que les paniers comparés ne doivent pas nécessairement être constitués de produits identiques, l'essentiel étant qu'ils soient « *interchangeables* », c'est-à-dire qu'ils présentent un degré suffisant de substituabilité pour que les consommateurs puissent raisonnablement les considérer comme constituant une solution alternative²². Il s'agit donc de vérifier que l'assortiment comparé est bien constitué de produits qui, envisagés par paires, peuvent satisfaire à cette exigence de substituabilité/interchangeabilité. En langage merchandising, cela revient à considérer la comparabilité en termes d'« unités de besoin » correspondant à une définition fine du besoin du client (*ex.* : café moulu, biscuit nappé chocolat), la prudence pouvant conduire à adopter la définition la plus fine possible (*ex.* : café moulu arabica, biscuit nappé chocolat noir). Il est par exemple insuffisant de relever que « *les produits comparés alimentaires, d'hygiène et d'entretien correspondent aux mêmes besoins, se nourrir, se laver et nettoyer* »²³. La CJUE a d'ailleurs précisé que si les produits alimentaires comparés présentent « *des différences de nature à conditionner de manière sensible le choix du consommateur moyen* », sans que lesdites différences soient mises en évidence par la publicité concernée, celle-ci pourrait être considérée comme étant illicite²⁴. On voit ici que l'appréciation de la comparabilité de produits non strictement identiques n'est pas sans lien avec la vérifiabilité de leurs caractéristiques essentielles. C'est au juge national qu'il appartient d'effectuer au cas par cas cette appréciation concrète de l'interchangeabilité des produits en cause.

Cette jurisprudence s'impose aujourd'hui aux cours et tribunaux français. Elle est certes plus souple que l'approche initialement adoptée par eux, mais elle reste cependant porteuse d'un certain degré d'incertitude (et donc de risque juridique), la notion d'interchangeabilité présentant une réelle élasticité.

²¹ CJUE, 18 nov. 2010, préc. point 39.

²² Une conception calquée sur les critères conduisant à définir le « marché pertinent » en droit des pratiques anticoncurrentielles : un marché se compose de produits ou de services substituables entre eux et non substituables à d'autres.

²³ Rennes, 24 févr. 2009, n° 08-01123, Saint Herblain Distribution (exerçant sous l'enseigne Leclerc) c/ SNC Lidl.

²⁴ CJUE, 18 nov. 2010, préc.

C'est sans aucun doute cet assouplissement des conditions d'appréciations de la comparabilité des produits qui a conduit les Centres E. Leclerc à étendre, dès 2009, le périmètre de « [quistlemoinscher.com](http://www.quiestlemoinscher.com) », le comparateur incluant depuis début 2011, en plus des marques nationales (1481 produits), des MMD (215 produits) et articles premiers-prix (112 produits), comparés dans huit enseignes de super et hypermarchés, quatre chaînes de hard-discount et une enseigne de soft-discount²⁵. Les produits comparés dans les trois catégories sont sélectionnés sur la base de critères de proximité et de pertinence qui font directement référence à la notion d'« unité de besoin ». Cette élargissement du périmètre de la comparaison (une « extension du domaine de la lutte » ?) a fait l'objet d'un combat judiciaire, engagé en 2009, entre Lidl et Leclerc : le premier avançait que son produit de marque « Milbona » (une crème fraîche épaisse) ne pouvait être comparé avec un produit de la gamme « Eco+ » de Leclerc, tenant compte notamment du fait que ce dernier ne comportait pas d'opercule métallique de protection. Lidl prétendait aussi que la marque « Milbona » est une MDD qui aurait été « déclassée » en étant comparée à un produit premier-prix. Sur ce dernier point, les juges ont répondu avec une certaine malice que la marque « Milbona » est celle que Lidl commercialise au prix le plus bas ; qu'il s'agit donc de leur « premier prix ». Sur la question de la comparabilité, le tribunal s'est référé à la jurisprudence européenne en rappelant que « *pour être comparés, les produits n'ont pas besoin d'être totalement identiques dans toutes leurs caractéristiques : il suffit qu'ils répondent au même besoin et qu'ils aient le même objectif* ». Soulignant que l'absence d'opercule « *n'a aucune incidence sur la qualité intrinsèque du produit* », les juges ont estimé que « *ces deux pots de crème fraîche allégée, avec ou sans opercule, sont interchangeables* »²⁶.

En avril 2010, c'est Leader Price qui se lançait dans une publicité nationale comparant – à son avantage, évidemment ! – trois charriots de 49 articles MDD Leader Price, Carrefour et Leclerc. Contrattaquant par le biais d'une publicité tournant en dérision la campagne de Leader Price, Leclerc soulignait : « *en plus ils ne sont pas tout à fait comparables* »... Mais c'est sur le terrain de la représentativité de l'échantillon que

²⁵ <http://www.quiestlemoinscher.com/methodologie> (accédé le 1/10/2012).

²⁶ TGI Strasbourg, 3 oct. 2011, n° 09-04687, SNC Lidl c/ Sté E. Leclerc.

Carrefour – qui, contrairement à Leclerc, attaque en justice – allait obtenir la condamnation de la publicité comparative de son concurrent.

1.3. Représentativité

Une enseigne qui se prétend moins chère que son concurrente sur un produit ou un panier peut-elle pour autant généraliser une telle conclusion et affirmer qu'elle est globalement moins chère que ladite enseigne concurrente ? Que dire aussi des paniers dont la composition ne reflète pas les habitudes d'achat des consommateurs visés ?

La représentativité de l'échantillon comparé est d'abord une condition d'objectivité et de loyauté de la comparaison mise en œuvre : « *Sous couvert d'une comparaison de produits dits de consommation courante, la société Thiers avait entrepris une démarche contraire consistant à rechercher des prix inférieurs pratiqués par son enseigne par rapport à ceux de l'enseigne Lidl alors que l'exigence d'objectivité aurait impliqué de sélectionner préalablement un panel représentatif des produits couramment consommés, puis d'en faire ensuite la comparaison en termes de prix* »²⁷. Le manque de représentativité de l'échantillon comparé était l'un des reproches émis par Carrefour à l'encontre de la première version du site « *quiestlemoinscher.com* » : « *La comparaison d'un nombre limité de produits, de surcroît non identifiés, choisis en fonction de ses seuls critères par un annonceur, par rapport à l'offre totale, ne saurait être présentée comme objective et pertinente* »²⁸. Ainsi, le nom même du site Internet pouvait laisser penser aux consommateurs que l'enseigne désignée comme la moins chère par ce comparateur pratiquait les prix les plus bas sur l'ensemble des produits qu'elle commercialise, pouvant en conséquence constituer une « *généralisation trompeuse* ».

Dans le cadre d'une comparaison de paniers, la condition de représentativité renvoie en fait plusieurs dimensions :

- le nombre de produits comparés pour permettre la généralisation de la conclusion tirée de la comparaison ;

²⁷ Cass. com., 31 oct. 2006, n° 05-10.541, F-P+B, Sté Thiers Distribution c/ Sté Lidl..

²⁸ Tr. com. Paris (ord. réf.), 7 juin 2006, Carrefour hypermarché c/ SC Galec, Colt Telecom.

- la pertinence de la sélection par rapport aux achats usuels en grande surface ;
- dans le cadre d'une campagne d'ampleur nationale, le nombre de magasins comparés.

Sur le premier point, la CJUE a posé comme principe que « *le choix du nombre de comparaisons auxquelles l'annonceur souhaite procéder entre les produits qu'il offre et ceux qu'offrent ses concurrents relève de l'exercice de sa liberté économique* »²⁹. Cette liberté a toutefois une limite : le message publicitaire doit clairement indiquer que la comparaison ne porte que sur un échantillon et non sur l'ensemble des produits distribués par l'annonceur. Il s'agit d'éviter ainsi que le consommateur puisse croire qu'il obtiendrait le même différentiel de prix quels que soient les produits qu'il achèterait. Evidemment, plus l'échantillon est large, plus il peut être considéré comme représentatif du niveau général des prix pratiqués par l'annonceur : c'est ce qui fait la solidité juridique du site « *quiestlemoinscher.com* ». A l'inverse, la première version du site « *sesoignermoinscher.com* » a été condamnée en ce sens qu'elle ne faisait pas apparaître de façon suffisamment lisible que la comparaison n'avait porté que sur un échantillon limité de produits³⁰.

Le risque juridique réside souvent dans les messages publicitaires qui accompagnent la comparaison. Pour autant, par exemple, le slogan « U moins cher que Lidl » est apparu comme n'étant pas critiquable dans la mesure où il était uniquement reproduit à l'intérieur du magasin, sur les affichettes (« stop-rayons ») identifiant les produits comparés, sans aucune publicité générale³¹. A l'inverse, le slogan « Sur qui pouvez-vous vraiment compter pour dépenser moins ? » sur une affiche représentant au premier plan un cabas Lidl et en arrière-plan un cabas plus petit revêtu de la marque « U les nouveaux commerçants », qui avait pour but de présenter les résultats d'une comparaison portant sur seulement 26 produits dont les prix avaient été relevés dans 48 magasins « U », sans aucune mention relative aux conditions de la comparaison, a été considéré comme relevant de la généralisation trompeuse³². Dans le même sens, le

²⁹ CJUE, 19 sept. 2006, préc. ; CJUE, 18 nov. 2010, préc.

³⁰ Colmar, 12 juin 2012, n° 12-01150, GALEC c/ SAS Univers Pharmacie

³¹ Poitiers, 2^e ch. civ., 12 juin 2012, n° 11/04434, SNC Lidl c/ SAS Gaudismonts.

³² Même décision.

slogan « *Leader Price le moins cher sur un chariot de 49 produits essentiels du quotidien* », alors qu'il ne s'agissait pas nécessairement de produits « essentiels » et que l'échantillon comportait des produits du même type, de sorte que la comparaison ne portait en réalité que sur une trentaine de produits, a été considéré comme étant de nature à tromper le consommateur car tendant à faire croire, de façon générale, que Leader Price a les prix les moins chers³³. Cette campagne de Leader Price lui avait d'ailleurs valu une réponse publicitaire de Leclerc soulignant de façon moqueuse le caractère non représentatif de l'échantillon : « *Exceptionnel ! Un hard-discounter réalise l'exploit d'être moins cher que E. Leclerc sur 49 produits. Ne souriez pas. Seulement 49 articles et en plus ils ne sont pas tout à fait comparables. Mais enfin, il y a un début à tout [etc.]* ». Leclerc en profitait pour promouvoir son comparateur portant sur « *1600 produits les plus achetés des consommateurs* » et une loupe grossissante frappait le centre de l'affiche ! En somme, les principales conditions de licéité de la publicité comparative étaient ici réunies : comparabilité, représentativité et vérifiabilité... à la loupe !

1.4. Vérifiabilité

Avec la vérifiabilité, il est question de transparence : l'information du consommateur sur les différents paramètres de la publicité comparative est un élément essentiel de sa validité. Sur ce point précis, la CJUE a souligné à plusieurs reprises que les produits comparés doivent pouvoir être identifiés sur la base des informations contenues dans ladite publicité³⁴. Pour autant, la CJUE précise que l'annonceur n'a pas à énumérer de façon expresse et exhaustive les produits et les prix comparés dans le message publicitaire, ce qui pourrait affecter la praticabilité même de tels modes de publicité. Le message doit toutefois indiquer au consommateur où et comment ils peuvent prendre connaissance des informations nécessaires à la validité de la comparaison. C'est en définitive au juge national qu'il appartient de vérifier si ces informations sont suffisamment précises pour permettre au consommateur d'identifier les produits faisant l'objet de la comparaison et de juger des différences de prix vantées. Au demeurant, on

³³ Trib. com. Paris, 28 sept. 2010, n° 2010032954, SAS Carrefour Hypermarchés c/ SA Leader Price Holding.

³⁴ CJUE, 19 sept. 2006, préc., points 61 et 72 ; CJUE, 18 nov. 2010, préc., points 60 à 63.

peut se poser la question de savoir à qui il est le plus utile de vérifier l'exactitude des éléments contenus dans la publicité : aux consommateurs, ou aux concurrents visés par l'opération ?...

C'est notamment pour absence de vérifiabilité des données liées à la comparaison que les opérations de caddies comparatifs ont longtemps été condamnées par les juges français, de façon quasi-systématique. Plusieurs facteurs concourent à cet état de fait : le caractère souvent artisanal de ces opérations, montées au niveau local par un directeur de magasin entreprenant mais peu au fait des contraintes juridiques ; l'impossibilité pour le consommateur d'accéder aux charriots, placés sur une estrade³⁵, sur des palettes³⁶ ou dont le contenu est sécurisé par un cadenas³⁷ ou revêtu d'un film plastifié³⁸ ; une « *photo non contractuelle* » impropre à compenser les imprécisions d'une comparaison globale, non détaillée, d'un assortiment de produits³⁹ ; des éléments de vérification (*p. ex.* : « *liste détaillée en caisse* »⁴⁰) indisponibles, non accessibles ou non produits en justice ; des tickets de caisse insuffisants pour satisfaire aux conditions de vérifiabilité. La Cour de cassation a ainsi indiqué à plusieurs reprises que la seule reproduction de tickets de caisse ne pouvait permettre au consommateur de vérifier les éventuelles différences de qualité, de quantité et de prix⁴¹.

De toute évidence, le développement des publicités comparatives de grande ampleur a amené à considérer la condition de vérifiabilité de façon beaucoup plus « professionnelle », tout en tirant profit des précisions apportées par la jurisprudence européenne. L'utilisation d'Internet par exemple permet de façon aisée à l'annonceur de fournir toutes les informations requises : méthodologie de la comparaison, magasins ayant servi de référence, date des relevés de prix, identification et description des produits (qualité, quantité, conditionnement), comparabilité des produits envisagée par

³⁵ Pau, 15 juin 2006, Min. public c/ S. L.

³⁶ ³⁶ Rennes, 24 févr. 2009, n° 08-01123, Saint Herblain Distribution (exerçant sous l'enseigne Leclerc) c/ SNC Lidl.

³⁷ Nîmes, 5 mars 2009, n° 07-01890, SNC Lidl c/ SAS Carrefour Hypermarchés France.

³⁸ Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-83628, F-P+F, C et a.

³⁹ Lyon, 19 févr. 2009, n° 08-03551, Sté Aldi Marché SARL c/ Sté Neudis SA.

⁴⁰ Cass. com., 2 févr. 2010, n° 09-13242, Aldi c/ Sté Neudis.

⁴¹ Cass. crim. 13 janv. 2009, n° 08-82.493, F-D, Sté Sodisroy et a. ; Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-83628, F-P+F, C et a. ; Cass. crim. 9 mai 2007, n° 06-86.373, F-P+F, Sté Distribution Leader Price Aunis Saintonge c/ Sté Distribution Leader Price.

paires, prix relevés, etc. Tous ces éléments sont aujourd'hui rendus facilement accessibles, téléchargeables et sous une forme dérivée disponibles en magasin, les prospectus et affiches pouvant se contenter de reproduire les informations de base, renvoyant pour le surplus à des données disponibles sur Internet. Le site « quiestlemoinscher.com » est à cet égard exemplaire : pour la période du 12 mai au 1^{er} juin 2012, le comparateur en ligne traite 607 970 prix collectés dans 828 magasins⁴² ! On comprend que Leclerc ait pu brocarder Leader Price qui ne comparait « que » 49 produits (réduits à 30 après élimination des doublons) vendus dans 50 de ses supermarchés avec les mêmes produits vendus dans 48 supermarchés de deux de ses concurrents. On perçoit aussi en quoi les contraintes juridiques ont pu influencer sur le positionnement des différentes enseignes à l'égard de la publicité comparative.

2. Les opportunités liées à la publicité comparative sur les prix dans la grande distribution : positionnement des enseignes

Le droit est classiquement perçu comme une source de contraintes. Ces sujétions se transforment en menaces (ou risques juridiques) lorsqu'elles sont teintées d'incertitude. Contraintes et menaces juridiques peuvent être passivement subies, de même qu'elles peuvent être fortuitement ou consciemment ignorées. Elles peuvent aussi générer des réactions et amener l'entreprise à s'adapter, de même que l'inciter à entreprendre, voire à influencer sur les données de son environnement juridique. Enfin, dans une approche de nature proactive, le droit peut être vu comme offrant des opportunités qui procureront un avantage concurrentiel à l'entreprise qui saura les saisir *avant* et/ou *mieux* que ses concurrents. Dans tous les cas, des choix devront être effectués et des décisions juridiques seront prises : contraintes et opportunités peuvent ainsi être vues comme autant de ressources pour l'action, ressources qui limitent l'action ou incitent à l'action. Dès lors, l'environnement juridique, source de menaces et d'opportunités, peut être perçu comme un facteur important du développement des entreprises et de l'atteinte de

⁴² <http://www.quiestlemoinscher.com/methodologie>, accédé le 01/10/2012.

leurs objectifs stratégiques (Masson et Bouthinon-Dumas, 2011). Mais ce que l'on peut appeler « la performance juridique de l'entreprise » (Collard et Roquilly, 2010) se nourrit également de son aptitude à bâtir des ressources juridiques internes, à les coordonner et à les déployer en harmonie avec ses autres ressources, pour développer une réelle capacité juridique distinctive et contribuer ainsi à la création de valeur pour l'entreprise (Roquilly, 2007).

S'agissant du cadre juridique de la publicité comparative en matière de produits alimentaires, c'est d'abord à des contraintes que l'enseigne est exposée : les critères d'objectivité, de comparabilité, de représentativité et de vérifiabilité qui sont posés par les textes et la jurisprudence sont en effet des standards élastiques, ce qui constitue une source d'incertitude juridique en ce sens qu'ils peuvent être interprétés plus ou moins strictement. Malgré un certain assouplissement sous l'impulsion de la jurisprudence européenne, les critères de validité d'une publicité comparative sont encore appliqués de façon relativement restrictive par le juge national. Dans une certaine mesure, cette forme de défiance de la part du juge français rend encore difficile, à tout le moins quelque peu aléatoire, la réalisation de publicités comparatives juridiquement sécurisées. En outre, pour répondre au mieux aux exigences posées par la loi, la publicité comparative nécessite de plus en plus la réunion de moyens importants, tant financiers qu'humains. Enfin, en dépit des précautions prises en amont, la publicité comparative reste entourée d'un « *halo sulfureux* » (Richebois, 2012) et va souvent générer des réactions contentieuses lorsque l'enseigne comparée s'estime victime d'un acte de concurrence déloyale.

Les contraintes juridiques peuvent être intégrées dans le cadre d'une prise de risque volontaire, de nature proactive, en considération du bilan coût/avantage que peut générer le risque identifié. A cet égard, la pratique des Centres E. Leclerc offre l'exemple le plus abouti de recours à la publicité comparative en tirant profit de l'environnement juridique. Leclerc a ainsi, par son « audace juridique », ouvert la voie à une publicité comparative certes encore contraignante mais juridiquement plus sûre. Ce leadership incontestable des Centres E. Leclerc a eu un impact sur quasiment toutes les autres enseignes qui ont du se positionner par rapport à la publicité comparative,

certaines en l'adoptant, d'autres en suivant des stratégies de contournement. C'est ce que nous verrons d'abord (2.1.).

Face à aux contraintes juridiques liées à la publicité comparatives et aux coûts qu'elle génère, certaines enseignes ont pu chercher à s'adapter en ayant recours à des techniques publicitaires plus sécurisées, sortant du strict champ de l'article L. 121-8 du Code de la consommation et contournant ainsi le risque juridique identifié, tout en restant de nature comparative. De même, les avancées technologiques les plus récentes (Internet applications mobiles sur smartphones) permettent aujourd'hui de réduire les risques liés au recours à la publicité comparative en offrant des alternatives complémentaires (2.2.).

2.1. Le leadership incontestable des Centres E. Leclerc en matière de publicité comparative

On l'a déjà évoqué : l'histoire des relations entre la publicité comparative et la grande distribution est ancienne, ne serait-ce que parce que le positionnement sur les prix (bas) relève du code génétique des enseignes. A titre anecdotique, Michel-Edouard Leclerc se plaît à rappeler qu'en 1979, c'est Carrefour qui avait introduit en France une forme élaborée de publicité comparative, avec son « Indice des économies » ; et d'ajouter qu'à l'époque, les centres E. Leclerc de la région nantaise avaient alors contesté la qualité et le bien-fondé des comparaisons de prix (Leclerc, 2008) ! La pratique, qui consistait à comparer au niveau local la performance prix de 45 magasins Carrefour, avait d'ailleurs rapidement été abandonnée (tout en continuant à être utilisée en interne). Quant aux caddies comparatifs (au sens propre : des charriots pleins avec des prix comparés en magasin), ils ont alimenté 90 % de la jurisprudence en matière de publicité comparative dans le secteur de la grande distribution, tout en constituant une pratique rudimentaire qui a probablement contribué à alimenter une certaine défiance des juges à l'égard de la comparaison des prix. Ajoutons que pendant près de dix ans (de 1996 à 2005), la loi Galland, en interdisant la répercussion des marges arrière sur les prix de vente au consommateur, a restreint la possibilité pour les enseignes de se différencier par les prix pratiqués, et donc limité significativement l'intérêt de la comparaison des prix pratiqués

par les différents distributeurs. Avec l'assouplissement de la définition du seuil de revente à perte initié en 2004-2005 et achevé par la loi de modernisation de l'économie (LME) en 2008, les distributeurs ont enfin retrouvé une plus grande marge de manœuvre : il s'en est suivi un regain d'intensité dans la concurrence entre les différentes enseignes, dans un contexte d'inquiétude grandissante des consommateurs pour leur pouvoir d'achat. La communication sur les prix s'est retrouvée à nouveau au cœur des discours des enseignes et à la pointe des actions visant à attirer les clients.

2006 constitue à cet égard une année charnière : peu de temps après la loi Dutreil (2 août 2005) qui ouvrait la voie à la libéralisation de la négociation commerciale, Leclerc lançait une campagne de publicité par laquelle il proclamait, sur un ton victorieux : « *En 2006, le prix E. Leclerc retrouve sa liberté !* ». L'enseigne n'allait pas tarder à utiliser cette liberté retrouvée et à le faire savoir par le biais d'une publicité comparative⁴³. C'est aussi en 2006 que la plus haute juridiction européenne prenait une décision importante qui allait également dans le sens de la libéralisation, cette fois-ci du cadre juridique de la publicité comparative⁴⁴. Et en mai 2006, on l'a vu, le site web de comparaison de prix « *quiestlemoinscher.com* » était bruyamment lancé par les Centres E. Leclerc. Cette initiative allait donner lieu à des batailles judiciaires qui ont assez rapidement tourné à l'avantage des Centres E. Leclerc (Collard, 2007).

On peut retracer schématiquement les différentes étapes (et les différents facteurs) qui ont permis à Leclerc de prendre le leadership sur la pratique de la publicité comparative dans la grande distribution :

- Mai 2006 : lancement de la première version de « *quiestlemoinscher.com* » : 3.500 produits de marques nationales, MDD et premiers-prix sont comparés au niveau local, régional et national. Le comparateur, qui met en avant la supériorité de Leclerc sur les prix, rencontre immédiatement un immense succès. Mais la méthode de comparaison sur laquelle il repose est critiquée

⁴³ La seule lecture régulière des billets postés sur son blog par Michel-Edouard Leclerc laissait d'ailleurs augurer une offensive rapide (et nécessairement médiatique...) sur la question. Pour preuve, quelques titres relevés sur « De quoi je me M.E.L. », www.michel-edouard-leclerc.com : « Thierry Breton et les prix : à chacun son indice » (22/06/2006) ; « Les prix dans la grande distribution : qui est vraiment le moins cher ? » (10/05/2006) ; « Les prix dans la grande distribution : la question des indices » (16/05/2006).

⁴⁴ CJUE, 19 sept. 2006, aff. C-356/04, Lidl Belgium GmbH & Co Kg c/ Ets Franz Colruyt NV.

quant à son objectivité.

- Juin 2006 : saisi par Carrefour, le juge des référés ordonne la fermeture de « quiestlemoinscher.com ».
- Septembre 2006 : une décision de la CJUE encourage la comparaison de paniers de produits par une interprétation favorable des textes ; en décembre de la même année, une directive codifie l'ensemble des textes européens relatifs à la publicité comparative.
- Novembre 2006 : une deuxième version de « quiestlemoinscher.com » est mise en ligne (1536 produits comparés) qui confirme la performance-prix de Leclerc ; elle est immédiatement contestée en justice par Carrefour.
- Janvier 2007 : l'accès à la publicité télévisée est autorisé à la grande distribution.
- Février 2007 : Leclerc poursuit le développement de son site de comparaison de prix en lançant une troisième version de « quiestlemoinscher.com », avec un périmètre élargi à 2.327 produits de marques nationales ; Leclerc est toujours le moins cher...
- Mars 2007 : Carrefour est débouté de sa demande : la nouvelle version de « quiestlemoinscher.com » est considérée par les juges comme étant parfaitement licite. En particulier, la méthodologie est exposée en détail et s'avère être particulièrement novatrice. La voie est largement ouverte pour que les Centres E. Leclerc déploient leur outil de comparaison des prix et en fassent la promotion. Carrefour devient alors la cible privilégiée des salves médiatiques de Leclerc, spécialement via « quiestlemoinscher.com ». Dans le même temps, Carrefour met à la disposition des consommateurs une « Ligne Alerte Prix » promettant un alignement sur la concurrence ou le remboursement de la différence.
- Mai 2007 : Carrefour crée la surprise... à son corps défendant ! On apprend qu'en Colombie, l'enseigne a mis en ligne un site web de comparaison de prix dont l'adresse est : « www.quieneselmasbarato.com », ce qui signifie en espagnol... quiestlemoinscher.com ! En France, les enquêteurs mandatés par Leclerc pour relever les prix se voient interdire l'accès dans la plupart des magasins concurrents, et spécialement chez Carrefour. Les juges du fond commencent à être saisis de demandes visant à permettre ces relevés de prix.

- Juin 2008 : la Cour d'appel de Paris confirme le jugement de première instance qui valide « quiestlemoinscher.com » au regard du droit de la publicité comparative.
- Octobre 2008 : pendant un temps, « quiestlemoinscher.com » se limite à une page d'accueil qui indique : « *Nous nous étions engagés à actualiser régulièrement les données du comparateur de prix www. quiestlemoinscher.com. Lors de la dernière vague de mise à jour du site, Auchan, Carrefour, Cora et Géant ont refusé l'accès de leurs magasins aux enquêteurs chargés de relever les prix. Nous travaillons à la recherche de solutions pour faire face à ces refus. Et nous allons les trouver !* ».
- Novembre 2008 : « quiestlemoinscher.com » s'ouvre aux MDD et premiers-prix, en plus des marques nationales. Le message diffusé par la publicité est clair : « *Pour nous, être moins cher, c'est être 3 fois moins cher* » : sur les marques nationales, les marques propres et les premiers-prix. Un tabou est levé...
- Août 2009 : Lidl assigne Leclerc pour avoir comparé les prix de produits que le hard-discounter prétend non comparables, à savoir un produit de la marque propre de Lidl (« Milbona ») avec un article appartenant à la gamme premier-prix de Leclerc (Eco+). Lidl sera débouté de sa demande en octobre 2011.
- Septembre 2009 : sur la page d'accueil de « quiestlemoinscher.com », on trouve une vidéo par laquelle le journaliste et expert des tendances de consommation Jérôme Bonaldi explique avec beaucoup de pédagogie les difficultés juridiques à comparer marques nationales, MDD et premiers-prix. Son exposé se conclue par la phrase suivante : « *Leclerc voudrait une loi qui soit plus facilement applicable. Ca en vaut la peine, mais il y a du pain sur la planche* »...
- Janvier 2010 : la Cour de cassation valide définitivement « quiestlemoinscher.com » en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris. De son côté, Carrefour lance sa première campagne de publicité en comparant les prix de 25 produits du quotidien chez Carrefour, Leclerc et Leader Price...
- Novembre 2010 : la CJUE rend une décision qui facilite la comparaison des prix de paniers de produits. Deux ans auparavant, Michel-Edouard Leclerc concluait un billet sur son blog intitulé « *Pub comparative : en France, c'est*

compliqué ! » en affirmant : « Mon combat, celui des Centres E. Leclerc, c'est d'obtenir, en France, une application large de la législation européenne. J'y arriverai ».

Que donne à voir cette chronologie autour de « quiestlemoinscher.com » ?

D'abord (et peut-être surtout) qu'il existe une interaction permanente entre Leclerc et son environnement juridique. L'enseigne mobilise spécialement le droit européen, celui-ci étant perçu comme un droit moderne qui permet de *challenge* un droit national à qui l'on reproche d'entraver le libre jeu de la concurrence et, en définitive, d'aller à l'encontre des intérêts du consommateur. La pratique des Centres E. Leclerc fait avancer le droit, notamment par les contentieux qu'elle génère. Elle traduit une réelle intelligence juridique, qui révèle toute son utilité dans la mesure où elle s'inscrit dans une tension stratégique réaffirmée en permanence qui consiste – pour faire simple – à offrir les prix les plus bas à être meilleur sur ce plan que ses concurrents. La stratégie juridique de Leclerc repose sur le contentieux et la transformation du droit, relayés par une forte communication et la mobilisation des consommateurs-citoyens. Le droit participe aussi à la valorisation des ressources de l'enseigne, au premier rang desquelles on placera son capital-marque : Leclerc, c'est le Robin des Bois de la distribution française, et le Robin des Bois moderne utilise le droit comme une arme ! Cette posture combative, ancrée dans les valeurs de l'enseigne, a des conséquences bénéfiques mesurables : les consommateurs valorisent effectivement les engagements de l'enseigne et la jugent par ses actions et non pas seulement par sa communication. Cette capacité juridique particulière qui est celle de Leclerc est une ressource rare et difficilement imitable (sauf « à faire du Leclerc ») ; elle confère en tant que telle à l'entreprise un avantage concurrentiel qui explique probablement en partie la croissance de l'enseigne sur les trente dernières années.

S'agissant plus précisément de la démarche « quiestlemoinscher.com », on voit aussi qu'elle procède sur un mode essai/erreur, tout au moins dans un premier temps. Ainsi la première version du comparateur contient-elle des approximations qui ne sont pas sans rappeler le manque d'objectivité des anciennes pratiques de publicité comparative ; elle

sera condamnée. Dès la seconde version du site de comparaison de prix, les leçons sont tirées : seules les marques nationales sont comparées (le périmètre sera étendu dès que la jurisprudence européenne donnera des indications permettant d'aller dans ce sens), de même qu'un bon technologique est opéré avec une méthode beaucoup plus sophistiquée, clairement exposée et mise en œuvre par des opérateurs indépendants. La démarche sera couronnée de succès et à partir de ce moment constamment améliorée, étendue et déclinée (avec par exemple le lancement de « lebiomoinscher.com » et de « sesoignermoinscher.com »). Un effet d'expérience est perceptible qui renforce la sécurité juridique des initiatives non seulement de Leclerc, mais aussi de tous les autres acteurs. Etant à la pointe de ces conquêtes, Leclerc endosse systématiquement le rôle du pionnier (les anglo-saxons parlent de *first mover*) qui lui permet de gagner une longueur d'avance (un avantage concurrentiel) sur ses concurrents, et ce d'autant que les évolutions juridiques et/ou judiciaires sont souvent anticipés... Le droit de la publicité comparative est aujourd'hui plus clair grâce notamment aux initiatives des Centres E. Leclerc. Surtout, l'avantage concurrentiel acquis par Leclerc n'est pas imitable : on imagine mal un concurrent lancer demain un comparateur de prix à grande échelle sur Internet, qu'il aurait grand peine au demeurant à dénommer (difficile d'envisager « cestnouslesmoinscher.com ») !

Cette avance permanente du leader place nécessairement ses concurrents en position d'avoir à réagir : « *Tous courent derrière le leader Leclerc* » (Graells, 2012). En mars 2007, Carrefour lance sa « Ligne Alerte Prix » par laquelle il promet de s'aligner sur les prix de la concurrence ou de rembourser la différence... Mais s'aligner, c'est suivre ! De même, les hard-discounters, pour défendre l'image-prix liée à leur format, n'ont pas pu rester sans réagir. Ainsi, en juin 2009, Lidl proposait un catalogue comparant les prix de produits de sa marque propre avec ceux de Leclerc. La conclusion était cinglante : « *Qui est vraiment le moins cher sur ces marques de distributeur ? C'est Lidl et pas E. Leclerc !* » ; « *Lidl 30 % moins cher, soit plus de 15 € d'économies* ». Notons que les tribunaux n'auront pas eu l'occasion de se prononcer sur cette publicité. Leclerc a en effet choisi de ne pas répondre : il aurait été malvenu de reprocher à un concurrent de faire ce pour quoi l'enseigne militait ! La réaction de défense des enseignes concurrentes de Leclerc consistant à empêcher matériellement l'accès de leurs magasins

aux préposés du concurrent chargé de relever les prix a également fait long feu. Après avoir fait l'objet d'un contentieux nourri sur la période 2009-2010, le débat s'est conclu en faveur des Centres E. Leclerc : pour mettre un terme à des décisions des juges du fond qui étaient de nature contradictoire, la Cour de cassation a, en octobre 2011, posé le principe selon lequel les relevés de prix destinés à la comparaison constituent un droit garanti par le libre jeu de la concurrence⁴⁵ (Lamazerolles, 2010 ; Durez, 2011 ; Quiroga-Galdo, 2011 ; Lamazerolles, 2012).

En définitive, toutes les enseignes de la grande distribution, chacune à leur façon, ont cherché à répondre à E. Leclerc en recourant à leur tour à la publicité comparative ou en empruntant des voies parallèles. Nous l'avons souligné : Leclerc a ouvert la voie de la publicité comparative et en quelque sorte donné à ses concurrents les clés d'une publicité comparative juridiquement acceptable. Les publicités comparatives se sont ainsi multipliées ces dernières années, spécialement depuis 2010, comparant chaque fois un ou plusieurs produits, de marque nationale, MDD ou de premiers-prix (sur des échantillons néanmoins beaucoup plus restreints que « quiestlemoinscher.com »), et renvoyant le consommateur au site Internet de l'enseigne ou à un prospectus laissé à sa disposition à l'accueil des magasins pour connaître le détail de la comparaison (produits comparés avec leur description détaillée, magasins visités, périodes des relevés). La plupart des enseignes s'y sont essayées, sans que ces campagnes aient donné lieu à un contentieux important.

Mais pour être juridiquement de plus en plus sûres, ces publicités sont extrêmement coûteuses (la réalisation et l'exploitation des relevés de prix, à effectuer sur une courte période et dans un grand nombre de magasins, nécessitent en effet de mobiliser des équipes importantes) ; ainsi Leclerc investit-il 4 millions d'euros par an en relevés de prix (Escande, 2012). Et la multiplication de comparaisons ponctuelles sur un nombre restreint de produits (à l'exception de Leclerc qui reste à ce jour l'enseigne proposant le panel de comparaison le plus large grâce à « quiestlemoinscher.com ») tend à affaiblir l'impact de ces campagnes, le consommateur pouvant être quelque peu désorienté lorsqu'il voit, au cours d'une même soirée, deux ou trois publicités comparatives

⁴⁵ Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-21862, FS-P + B + I, Sté Saint-Aunès c/ Sté Carrefour Hypermarchés.

apparemment contradictoires (mais qui en réalité ne le sont pas, chacune portant sur des produits différents).

Pour se distinguer de la concurrence et convaincre le consommateur tout en assurant la sécurité juridique de leur campagne, les enseignes doivent donc innover en permanence pour trouver des moyens de comparaison alternatifs, originaux ou complémentaires (tout en étant, autant que faire ce peu, moins coûteux). A cet égard, les développements qu'offrent d'ores-et-déjà l'utilisation de certaines technologies sont particulièrement prometteurs.

2.2. Les nouvelles technologies au service de la publicité comparative

On distingue classiquement trois grands types d'environnement susceptibles d'avoir une influence sur la stratégie de l'entreprise : l'environnement général (qui concerne toutes les entreprises, quel que soit leur secteur d'activité), l'environnement industriel (qui est spécifique à un secteur d'activité en particulier), et l'environnement concurrentiel (qui est propre à une entreprise). L'environnement général comporte un segment juridique, mais aussi une dimension technologique : l'un et l'autre sont en interaction.

On a vu en quoi l'utilisation de l'outil Internet avait pu sécuriser juridiquement les pratiques récentes de publicité comparative : il permet de déployer des comparaisons à grande échelle et, surtout, quelle que soit la dimension de la comparaison mise en œuvre, il rend possible un accès à l'information qui sécurise la publicité sur l'une des ses principales dimensions de validité juridique : la vérifiabilité. Sans compter le fait que le développement exponentiel des supermarchés en ligne et, surtout, des *drive*, facilite grandement le *sourcing* des prix pratiqués par les différentes enseignes.

Les développements les plus importants en la matière sont aujourd'hui liés à l'utilisation du téléphone mobile et en particulier l'usage de son smartphone par le consommateur à l'aide d'applications mobiles dédiées (applications shopping sur mobile). Ainsi, en juin 2011, les Centres E. Leclerc (encore !) ont lancé leur « comparateur mobile », un outil permettant au consommateur de comparer les prix au

quotidien à l'aide de son smartphone. Cette application téléchargeable sur « quiestlemoinscher.com » permet, en scannant le code-barres d'un produit en magasin (quelle que soit son enseigne), de comparer les prix de 200.000 produits avec ceux pratiqués dans le magasin Leclerc le plus proche. Il s'agit donc d'une forme de comparaison des prix locale (ce qui est particulièrement intéressant) qui passe par l'accès à une base de données préconstituée la plus large possible (d'où l'avantage concurrentiel de Leclerc en la matière) et qui peut-être alimentée par le consommateur lui-même : on parle de « *crowdsourcing* » pour désigner le fait que les utilisateurs contribuent à alimenter la base de données en la renseignant eux-mêmes au quotidien. De tels outils génèrent une transparence accrue et permettent d'élargir les panels comparés, ce qui constitue un véritable bon en avant en termes de vérifiabilité et de représentativité. Plus encore, ces applications qui font du consommateur un acteur de la comparaison sortent de ce fait du cadre juridique de la publicité comparative, au sens strict du terme : on fait ainsi nécessairement reculer le risque d'invalidation juridique de l'opération, ce qui ouvre certainement d'intéressantes perspectives sur le plan marketing pour qui saura être le plus inventif.

Auchan l'a été, assurément, mais uniquement en réaction au lancement par Leclerc de son application mobile de comparaison de prix. En avril 2012, Auchan lançait une campagne de publicité presse où l'enseigne y parodiait la campagne des Centres E. Leclerc (preuve que les enseignes n'hésitent plus du tout à faire référence les unes aux autres dans leurs publicités) : sous forme de SMS, on pouvait lire « *Y'a pas le prix du kg de patates sur le site Leclerc quiestlemoinscher.com ?? [Réponse :] Non, et pourtant j'ai tout épluché ;-)* ». La signature de cette publicité Auchan se portait directement sur le terrain de la comparaison en elle-même et de son intérêt pour le consommateur, avec le message suivant : « *Pour bien comparer, comparez d'abord le prix des produits frais* ». La réponse de Michel-Edouard Leclerc se place sur le terrain de la significativité d'une comparaison portant sur un seul produit ; elle résume aussi ce que nous avons souligné comme constituant un réel avantage concurrentiel pour Leclerc. Tout y est ! Qu'on en juge : « *[...] la pub d'Auchan est franchement rigolote. D'abord, nos adhérents la reçoivent comme une forme de reconnaissance. Cibler « E. Leclerc » comme seul concurrent, c'est dire opportunément que notre enseigne est la*

moins chère. Reprendre les codes de notre publicité, c'est un joli coup et, paradoxalement, une forme d'élégance. Nos collègues d'Auchan ont l'esprit sportif, il faut leur reconnaître cette qualité. Malgré tout, je chipote. Même constat que pour Carrefour : Auchan refuse le duel sur les prix du fond de rayon (quand on sait que les écarts dépassent les 4 % !). Allez, combien de références dans un hyper ? Plastronner sur quelques fruits et légumes, ça peut le faire publicitairement. Mais on ne vend tout de même pas que des patates chez Auchan ! Encore un effort ! En tout cas, je suis content. Grâce à la petite polémique lancée par nos amis du Nord, on va faire progresser le droit de la publicité comparative. [...] Avec sa dernière publicité, Auchan tire donc un trait sur les arguments procéduriers d'hier. Procès économisés, champ étendu de la publicité comparative, concurrence accrue ! Le consommateur ne s'en plaindra pas » (Leclerc, 2012).

A n'en point douter, la publicité comparative et l'évolution de son encadrement juridique ont encore de beaux jours devant eux !

Références

1. Beddeleem O. (2005), « Comparative advertising in France and in the USA. The impact of law on consumer protection », *Cahiers de la recherche ISC*, juil. 2005, p. 185-200.
2. Collard C. (2007), « Performance juridique et avantage concurrentiel, chronique n° 2 : le cas des centres E. Leclerc », *Les Petites affiches*, 23 juillet, n° 146, p. 6-15.
3. Collard C., Roquilly C. (2010), *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, Paris : LGDJ, col. Droit des affaires, 305 p.
4. Durez C. (2011), « Relever les prix d'une entreprise rivale en vue de les comparer avec ses propres prix, un droit garanti par le libre jeu de la concurrence », *Recueil Dalloz*, p. 2900.
5. Escande P. (2012), « Carrefour, Leclerc et la guerre des étoiles », *Les Echos*, 21/03.
6. Graells A. (2012), « Les distributeurs s'activent pour améliorer la perception de leurs prix », AFP, 4/04/2012.

7. Lamazerolles E. (2010), « Le droit de relever les prix chez un concurrent à la lumière de la jurisprudence », *JCP éd. E*, n° 4, 26 janv. 2012, p. 41-44, 1471.
8. Lamazerolles E. (2012), « Le droit de relever les prix chez un concurrent : l'épilogue ? », *JCP éd. E*, n° 4, 20 mai 2010, p. 26-29, 1074.
9. Leclerc M.-E. (2008), « Pub comparative : en France, c'est compliqué ! », *De quoi je me M.E.L.*, 24/11/2008, <http://www.michel-edouard-leclerc.com/>.
10. Leclerc M.-E. (2012), « Auchan, Carrefour, E. Leclerc : guerre des prix par voie publicitaire », *De quoi je me M.E.L.*, 26/04/2012, <http://www.michel-edouard-leclerc.com/>.
11. Masson A. et Bouthinon-Dumas H. (2011), « L'approche *Law & Management* », *RTD Com.*, n° 2, p. 233-253.
12. Quiroga-Galdo J. (2011), « La pratique des relevés de prix chez les concurrents est licite », *Les Petites affiches*, 8 déc. 2011, n° 244, p. 11-15.
13. Richebois V. (2012), « Pourquoi la pub comparative ne décolle pas », *Les Echos*, 30/09/2012.
14. Roquilly C. (2007), « Performance juridique et avantage concurrentiel, chronique n° 1 », *Les Petites affiches*, 30 avril 2007, n° 86, p. 7-19.
15. Soulabail Y. (2010), *Carrefour. Un combat pour la liberté*, Arpajon : Le Loup Hurlant Editions, 189 p.
16. Soulabail Y. (2011), « L'indice des économies de l'Ifop, pour Carrefour », Blog *Carrefour. Un combat pour la liberté*, <http://www.carrefouruncombatpourlaliberte.fr/2011/02/lindice-des-economies-de-l-ifop-pour-carrefour/>.