

## Droit de la publicité

Mai 2014 - mai 2015

L'actualité judiciaire en droit de la publicité a été relativement fournie, sans donner lieu à des décisions particulièrement novatrices ou de portée majeure. On peut relever que le champ d'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales continue de s'étendre et que son application aux offres de réduction est maintenant admise. Les décisions ont été nombreuses, comme chaque année, dans le domaine de l'alcool et du tabac, mais aussi dans ceux du parasitisme et – grâce particulièrement aux distributeurs – de la publicité comparative.

### I. LA RÉGLEMENTATION GÉNÉRALE

#### 1.1. Pratiques commerciales déloyales

1.1.1. – Après les ventes avec primes et les jeux de loterie, après la revente à perte, la CJUE a eu à se pencher sur l'application de la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales en matière d'offres de réduction. Saisie par une juridiction belge, la Cour de justice a estimé que les réductions de prix constituaient des pratiques commerciales rentrant dans le champ d'application de la directive<sup>1</sup>. Par voie de conséquence, une réglementation nationale interdisant de façon générale toute offre de réduction ne se rapportant pas à un prix de référence n'est pas conforme à la directive. Le mode de raisonnement est maintenant classique. Si une pratique commerciale ne fait pas partie des trente et une pratiques réputées déloyales en toutes circonstances par la directive, elle ne peut être systématiquement interdite par un législateur



Éric Andrieu  
Avocat au Barreau de  
Paris

national et il convient de rechercher, au moyen d'une appréciation *in concreto*, au travers des critères définis aux articles 5 à 9 de la directive s'il s'agit ou non d'une pratique déloyale. La question qui se posait était donc essentiellement de savoir si une annonce de réduction de prix pouvait être considérée comme une pratique commerciale, ce à quoi la Cour répond par l'affirmative.

1.1.2. – La Cour de cassation était saisie d'un pourvoi formé par la société Cdiscount à l'encontre d'un arrêt l'ayant condamnée à 132 amendes de 75 € en raison d'infractions aux dispositions de l'arrêté du 31 décembre 2008 sur des annonces

de réduction de prix, à la suite de l'absence de justificatifs de prix de référence pour 97 produits et de l'omission de la mention « Prix conseillé » accompagnée de l'année à laquelle ce prix se rapportait pour 35 autres produits. Cdiscount faisait notamment valoir que l'arrêté du 31 décembre 2008 n'était pas conforme aux dispositions de la directive du 11 mai 2005. La Cour de cassation<sup>2</sup>, estimant que cette question méritait d'être interprétée par la CJUE, l'a saisie de la question préjudicielle suivante : « Les dispositions des articles 5 à 9 de la Directive 2005-29-CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur font-elles obstacle à ce que soient interdites en toutes circonstances, quelle que soit leur incidence possible sur la décision du consommateur moyen, des réductions de prix qui ne seraient pas calculées par rapport à un prix de référence fixé par voie réglementaire ? ».

Il semble que la CJUE ait déjà répondu à cette question préjudicielle dans sa décision du 10 juillet rapportée ci-dessus, mais si l'arrêt de la Cour de cassation lui est postérieur, les débats s'y étaient tenus le 11 juin 2014.

1.1.3. – Le Conseil National des Barreaux (CNB) poursuivait la société Jurisystème qui exploite un site à l'adresse [www.avocat.net](http://www.avocat.net). Le CNB reprochait notamment des pratiques commerciales trompeuses dans la mesure où certaines des prestations réali-

<sup>1</sup> CJUE, 10 juillet 2014, C-421/12, Commission européenne c/ Royaume de Belgique.

### Sommaire

#### P. 315 I. La réglementation générale

- 1.1 Pratiques commerciales déloyales
- 1.2 Droits d'auteur
- 1.3 Concurrence déloyale et parasitisme
- 1.4 Publicité trompeuse
- 1.5 Publicité comparative
- 1.6 Jury de déontologie publicitaire (JDP)

#### P. 320 II. Les réglementations spécifiques

- 2.1 Alcool
- 2.2 Tabac
- 2.3 Loteries
- 2.4 Divers

Le signe  indique que le document est accessible in extenso sur [www.legipresse.com](http://www.legipresse.com)

<sup>2</sup> Cass. Crim, 9 septembre 2014, n° 13-85927.

sées sur le site n'émanaient pas d'avocats et que la mention « *le comparateur d'avocats n° 1 en France* » apparaissait à plusieurs reprises sur le site. Le tribunal de grande instance de Paris<sup>3</sup>  sanctionne Jurisystème sur ces deux points en retenant d'une part que l'usage de la dénomination « *avocat.net* » était de nature à créer une confusion dans l'esprit du public et d'autre part, que la comparaison annoncée ne portait que sur les avocats inscrits sur le site et n'était fondée en pratique que sur les prix. Notons que le tribunal ne vérifie pas si les critères de l'article L.120-1 du Code de la consommation (altération substantielle du comportement économique des consommateurs et non-respect des exigences de la diligence professionnelle) étaient ou non réunis.

**1.1.4.** – Nouvel épisode dans l'affaire opposant UFC Que Choisir à Darty depuis 2008 sur le sujet des ordinateurs vendus avec des logiciels préinstallés et de l'éventuelle infraction de vente subordonnée qui en découlerait<sup>4</sup> . L'affaire revenait après cassation devant la cour d'appel de Versailles<sup>5</sup>. La cour estime qu'il n'y a pas de vente subordonnée à défaut de tout manquement de Darty aux exigences de la diligence professionnelle puisque, d'une part, Darty ne peut obtenir de renseignements sur ce point de la part des fabricants et, d'autre part, cette pratique est générale dans la grande distribution de ces produits. La cour ajoute, en précisant que c'est de manière surabondante, qu'il n'est pas établi non plus que le comportement économique du consommateur moyen ait pu être affecté, les courriers de consommateurs produits par UFC montrant qu'il s'agit d'amateurs éclairés, voire de professionnels de l'informatique et qu'il ne s'agit donc pas de consommateurs moyens. En revanche, la cour sanctionne Darty au titre d'un manquement à son obligation d'information sur les produits mis en vente, la seule invitation faite à l'acquéreur potentiel de se documenter par lui-même sur les caractéristiques principales des logiciels et les droits conférés par leurs licences d'utilisation étant insuffisante.

## 1.2. Droits d'auteur

**1.2.1.** – Une infographiste, licenciée par son employeur ayant une activité de conception et de développement de sites internet, l'a poursuivi pour se voir reconnaître la qualité d'auteur sur les éléments graphiques des sites qu'elle avait créés. La cour d'appel de Rennes a rejeté ses demandes en constatant que si ses travaux témoignaient d'une technicité graphique et d'un savoir-faire certains, cette technicité fonctionnelle ne pouvait se confondre avec la créativité et l'originalité qu'implique la création d'une œuvre de l'esprit. La cour a notamment relevé que le travail de la demanderesse avait essentiellement consisté à illustrer les sites en fonction de l'activité des clients dans des cadres colorés et dynamiques qui ont été jugés non suffisamment originaux pour être protégés. Parallèlement, l'employeur présentait une demande reconventionnelle en concurrence déloyale qui est admise par la cour, notamment parce que l'ex-salariée présentait sur son propre site internet des prestations réalisées pour le compte de son employeur dont elle s'attribuait la paternité.

**1.2.2.** – La société Louis Vuitton Malletier poursuivait H & M du fait de la diffusion d'une publicité dans laquelle un mannequin portait des chaussures Louis Vuitton. La Cour de cassation<sup>6</sup>  reprend les constatations de la cour d'appel selon lesquelles, et contrairement à l'affirmation de H & M, les chaussures en cause n'étaient pas un accessoire de la photographie, mais que ces souliers, très visibles, « *étaient destinés à mettre en valeur la robe et mis en évidence par le port de jambières et les différentes positions adoptées par le mannequin qui met ainsi en avant les chaussures qu'il porte* », le tout participant « *indéniablement à une mise en scène destinée à mettre en valeur les vêtements commercialisés* » par H & M. S'agissant de constatations souveraines des juges du fond, le pourvoi est rejeté.

## 1.3. Concurrence déloyale et parasitisme

**1.3.1.** – Dans l'affaire opposant Christian Dior à Ferragamo sur le terrain du parasitisme du parfum Miss Dior par le parfum Signorina<sup>7</sup>, la Cour de cassation<sup>8</sup> a rendu un arrêt de cassation sur l'une des astreintes prononcées par la cour d'appel ayant interdit à Ferragamo « *de distribuer, commercialiser et faire la promotion de ce parfum sur le territoire français sous quelque forme, de quelque manière et à quelque titre que ce soit directement ou indirectement* », ce qui était une interdiction générale non limitée aux produits et publicités revêtus des caractéristiques jugées parasitaires. Cependant, sur le fond, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi au moyen d'une conception très extensive du parasitisme : « *Mais attendu qu'à la différence de la concurrence déloyale, qui ne saurait résulter d'un faisceau de présomptions, le parasitisme, qui consiste, pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'une entreprise en profitant indûment des investissements consentis ou de sa notoriété, résulte d'un ensemble d'éléments appréhendés dans leur globalité* ».

On retiendra que cette décision fait une différence entre la concurrence déloyale et le parasitisme, qui résultent tous deux de l'application de l'article 1382 du Code civil, seul le parasitisme pouvant être fondé sur un faisceau de présomptions.

**1.3.2.** – Le tribunal de commerce de Paris était saisi d'une action engagée par la société Ethycal Coffee Company à l'encontre de Nespresso du fait de la présence sur le site internet du Club Nespresso de diverses interventions d'internautes faisant état de la non-compatibilité des capsules ECC dans les machines Nespresso, de la mauvaise qualité des capsules ECC, de la détérioration systématique des machines Nespresso par ces capsules et de leur dangerosité pour la santé des utilisateurs. Au terme d'une motivation particulièrement succincte, le tribunal<sup>9</sup>  constate que : « *Ce club est l'interlocuteur naturel des consommateurs, de sorte que toute réponse fournie sur le fonctionnement des machines et des capsules a une crédibilité très forte, ce qui suffirait à engager la responsabilité de Nespresso* ».

<sup>3</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> Ch., 3<sup>e</sup> Section, 30 janvier 2015, n° 13/00332, LP n° 326-24.

<sup>4</sup> Voir notre Synthèse « Droit de la publicité – mai 2011-mai 2012 », LP n° 294, page 330.

<sup>5</sup> CA Versailles, 3<sup>e</sup> Ch. 22 janvier 2015, RG n° 11/07687.

<sup>6</sup> Cass. Com. 6 mai 2014, n° de pourvoi 11-22.108, LP n° 319, sept 2014, comm. Y. Basire p. 487.

<sup>7</sup> Voir notre Synthèse « Droit de la publicité – mai 2012-mai 2013 », LP n° 305, page 320.

<sup>8</sup> Cass. Com. 4 février 2014, n° de pourvoi 13-11.044.

<sup>9</sup> TCom Paris, 15<sup>e</sup> chambre, 6 juin 2014, RG n° 2012077904, LP n° 318, p. 392.

Quant au préjudice, le tribunal constate que la demanderesse ne fournit aucun élément, se retranchant derrière le secret des affaires, et qu'elle se contente de solliciter la désignation d'un expert pour chiffrer son préjudice. Le tribunal rejette cette demande d'expertise puis écrit : « *Attendu qu'un préjudice ayant néanmoins été subi, le tribunal usant de son pouvoir d'appréciation condamnera Nespresso à verser la somme de 500 000 € à Ethycal Coffee au titre des actes de dénigrement effectués eu égard au préjudice d'image immanquablement subi, déboutant des demandes au titre du préjudice commercial en l'absence de tout élément justificatif* ». Il est possible d'estimer que cette motivation est quelque peu surprenante.

**1.3.3.** – La Fédération française de rugby (FFR) poursuivait Fiat, son agence et ses concessionnaires, du fait de la diffusion d'une publicité présentant, au lendemain d'un match du tournoi des six nations, une Fiat 500 aux côtés d'un texte reprenant le score du match de la veille « *France 13 / Angleterre 24* » puis « *La Fiat 500 félicite l'Angleterre pour sa victoire et donne rendez-vous à l'équipe de France le 9 mars pour France / Italie* ». La FFR avait attaqué sur le fondement d'une part des droits reconnus par l'article L.333-1 du Code du sport et d'autre part, du parasitisme. Après avoir été déboutée par la cour d'appel<sup>10</sup>, la FFR avait formé un **pourvoi en cassation qui a été rejeté**<sup>11</sup>, la Cour de cassation estimant que les faits relevés par la cour d'appel justifiaient le rejet des demandes. Sur l'exploitation du résultat du match, elle avait relevé qu'il s'agissait d'un résultat sportif d'actualité sans qu'il en résulte la captation injustifiée d'un flux économique résultant de l'événement sportif. Sur le parasitisme, la Cour rappelle que la FFR s'était « *bornée à soutenir que les agissements parasitaires résultaient en l'espèce de ce que les mis en cause avaient créé dans l'esprit des lecteurs du journal un risque de confusion sur la qualité de la société Fiat et de ses concessionnaires à son égard* », risque dont la cour d'appel a estimé qu'il n'était pas avéré.

Peut-être la décision eut-elle été différente si la FFR avait placé son action de façon plus générale sur le fait pour Fiat de se placer dans son sillage et de bénéficier à la fois de ses investissements et de sa notoriété, même si aucun risque de confusion n'était créé.

**1.3.4.** – Le tribunal de grande instance de Paris était saisi par la Fédération française de tennis (FFT) d'une action contre le fabricant de raquettes Prince du fait de l'organisation d'une animation promotionnelle intitulée « Prince Paris Tour » se déroulant pendant la première semaine du tournoi de Roland-Garros. Le tribunal<sup>12</sup> fait droit aux demandes de la FFT avec, pour l'essentiel, la motivation suivante :

- il se réfère à l'article L.333-1 du Code du sport en précisant qu'il « *ne se limite nullement aux droits de retransmission télévisuelle* » et en y intégrant « *toutes formes d'activités économiques ayant pour finalité de générer un profit et qui n'auraient pas d'existence si la manifestation sportive dont elle a eu le prétexte ou le support nécessaire n'existait pas* » ;

- il constate que le « Prince Paris Tour » s'est déroulé exclusi-

vement pendant la première semaine des Internationaux de France et que le bus stationnait à proximité immédiate de l'entrée principale de Roland-Garros aux heures de passage des spectateurs ;

- il en déduit que ces animations promotionnelles étaient directement liées à cette manifestation et a permis au public de créer un lien entre Prince et Roland-Garros ;

- il a jugé qu'« *il est incontestable que l'opération "Prince Paris Tour" n'aurait pas été organisée si le tournoi de Roland-Garros ne s'était pas déroulé au stade de la porte d'Auteuil pendant la même période, et que la volonté de la société Prince était de profiter de l'audience considérable de cette manifestation sportive pour effectuer la promotion de ses produits, en attirant vers son bus les amateurs de tennis se rendant à ce tournoi, profitant ainsi gratuitement des efforts et des investissements de la Fédération française de tennis* » ;

- il conclut que Prince s'était placée dans son sillage « *afin de tirer profit, sans dépenser les frais d'un partenariat, de la notoriété de cet événement sportif internationalement connu* », puis que « *de tels agissements parasitaires sont fautifs, nonobstant le fait que la société Prince ne se soit jamais présentée comme un partenaire officiel de la Fédération française de tennis, ce qui ne lui est pas reproché, et sans qu'il soit besoin de constater un détournement de clientèle, qui n'est pas une condition du parasitisme* ».

Notons que le tribunal a pris le soin de relever que la demande, contrairement à celle de la FFR, n'était pas fondée sur le fait que la société Prince se serait présentée comme un partenaire officiel de la FFT.

**1.3.5.** – Le tribunal de grande instance de Paris<sup>13</sup> semble d'ailleurs aller également dans ce sens en sanctionnant la société Energizer pour une publicité en faveur du rasoir Wilkinson, se rattachant également au rugby et à l'équipe de France ainsi qu'à son sélectionneur. Wilkinson avait fait diffuser une annonce à la veille de la finale de la Coupe du Monde de Rugby 2011, disputée par l'équipe de France contre les All Blacks, dont le symbole est la fougère. La publicité représentait une moustache (portée à ce moment par Marc Lièvremont, entraîneur de l'équipe de France) en forme de fougère avec la mention « *Wilkinson encourage Marc Lièvremont et le XV de France pour la finale* ». Après avoir constaté que la seule utilisation de la dénomination « *XV de France* » n'était pas fautive, la publicité en question, qui n'avait aucune visée informative, révélait « *une volonté manifeste de rattacher directement la marque Wilkinson à l'équipe de France de Rugby sans s'acquitter des frais de partenariat nécessaires pour se prévaloir d'un tel lien* ». Le tribunal évoque même « *un coup médiatique* » en rappelant les efforts fournis par la FFR en termes d'investissement, de promotion et de médiatisation permettant à l'équipe de France de bénéficier de sa notoriété. Par ailleurs, la référence au nom de Marc Lièvremont constitue également une faute, même en dehors de tout dénigrement. En conséquence Wilkinson et son agence sont condamnées.

#### **1.4. Publicité trompeuse**

**1.4.1.** – Le Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) poursuivait Speedy devant le tribunal de commerce de

<sup>10</sup> CA Paris, 12 décembre 2012, n° 10/10996.

<sup>11</sup> Cass. Com. 20 mai 2014, n° de pourvoi 13-12.102, LP n° 318, p. 398.

<sup>12</sup> TGI Paris, 5<sup>e</sup> Ch., 2<sup>e</sup> Section, 2 octobre 2014, RG n° 13/10861 définitif, LP n° 321, p. 590.

<sup>13</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> Ch., 3<sup>e</sup> section, 27 juin 2014, RG n° 12/12555.

Nanterre du fait de la diffusion d'un message radio dont la teneur était pour l'essentiel la suivante : « *Pour la révision de ma voiture, ça devient de plus en plus dur. Mon concessionnaire est trop cher et je ne sais plus comment faire. Va donc chez Speedy. Chez Speedy, tu trouveras ton bonheur, la révision constructeur. C'est la révision vraiment moins chère. Ce sont des pros, tu n'as pas à t'en faire* ». Le tribunal<sup>14</sup> accueille ces demandes sur les terrains :

- de la publicité comparative en considérant d'une part que les termes « *mon concessionnaire* » permettent d'identifier les concurrents visés par la publicité et d'autre part que celle-ci visant « *la révision constructeur* », ce qui est une notion générale et imprécise, ne compare pas des services dont les caractéristiques essentielles sont vérifiables ;
  - de la publicité trompeuse puisqu'après avoir redit l'imprécision du terme « *révision constructeur* », le tribunal écrit « *que de plus il revient à Speedy de démontrer que le service qu'il propose à sa clientèle "est vraiment moins cher", ce qu'il ne fait pas dans le message en cause puisqu'il procède par une affirmation* ». Il semble résulter de cette rédaction que le reproche fait à Speedy est de ne pas avoir justifié de la vérité de son affirmation dans son message publicitaire lui-même, ce qui serait manifestement un grief excessif ;
  - du dénigrement, le message ayant pour objet d'amener le consommateur moyennement averti à porter une opinion négative sur la profession de concessionnaire.
- En conséquence, Speedy est condamnée à 20 000 € de dommages et intérêts.

## 1.5. Publicité comparative

1.5.1. – Le Syndicat des Eaux d'Île-de-France (SEDIF) et l'EPIC Eau de Paris poursuivaient les personnes morales et leurs dirigeants à l'origine de la publicité diffusée pour la marque d'eau de source Cristaline du fait principalement de l'utilisation de trois visuels présentant une bouteille de Cristaline aux côtés :

- de la formule « *Qui prétend que l'eau du robinet a toujours bon goût ne doit pas en boire souvent !* »,
- du visuel d'un robinet avec trois flèches rouges pointées en direction de l'eau en coulant et indiquant respectivement « *Plomb* », « *Nitrates* » et « *Chlore* », le slogan étant « *Je ne fais pas d'économie sur l'eau que je bois. Pour 5 €/mois, je choisis Cristaline* »,
- d'une cuvette de WC barrée d'une croix rouge avec le message « *Je ne bois pas l'eau que j'utilise. Je choisis Cristaline* ».

Après avoir retenu que la notion de « *pratique commerciale* » est plus claire que celle de « *publicité* » et qu'elle vise « *toute démarche visant à populariser un produit* » le tribunal<sup>15</sup> rejette les demandes fondées sur la notion de pratique commerciale trompeuse pour les raisons suivantes :

- la référence aux termes « *plomb, nitrates et chlore* » dans l'eau du robinet pouvait laisser penser que Cristaline ne comportait aucun de ces éléments alors qu'il apparaît qu'elle contient des traces de nitrates : le tribunal estime cependant que du fait que ces traces sont mentionnées sur l'étiquette de Cristaline et que la publicité n'indique pas que cette eau n'en contient pas, il n'y a pas de pratique commerciale trompeuse ;

- Quant à la référence au coût de 5 € par mois, même si celui-ci n'est pas justifié sur la publicité, il a pu l'être lors de la procédure au moyen d'un « *mode de calcul qui n'apparaît pas déraisonnable* ».

En revanche, le tribunal sanctionne les prévenus sur le terrain de la publicité comparative en retenant tout d'abord qu'il s'agit dans les deux cas d'une eau destinée (au moins en partie) à être bue et qu'il s'agit donc d'un même bien répondant aux mêmes besoins au sens de l'article L.121-8 du Code de la consommation.

Il estime que n'est pas objective la question du coût dès lors qu'aucun coût moyen n'est indiqué pour la consommation d'eau du robinet, ni celle du goût qui repose par nature sur un élément subjectif non vérifiable.

Il estime surtout que relève clairement du dénigrement et du discrédit le fait de laisser entendre :

- que l'eau du robinet serait plus dangereuse pour la santé publique que l'eau de source alors qu'elle fait l'objet de contrôles et ne présente aucun danger réel pour la santé,
- que l'eau du robinet a généralement mauvais goût,
- que l'usager de l'eau du robinet boirait l'eau des toilettes, étant observé que toutes les eaux utilisées (sauf celles provenant des nappes aquifères dites profondes) ont déjà été retraitées, soit naturellement, soit artificiellement. Le tribunal ajoute qu'il s'agit de l'utilisation de l'une des images les plus dégradantes possible pour caractériser l'usage antérieur supposé et que la publicité comparative illicite est parfaitement caractérisée.

Le tribunal insiste sur l'importance des peines d'amende qu'il prononce en raison du caractère « *particulièrement inacceptable* » de cette publicité qui « *ne porte pas simplement atteinte à l'exercice normal de la libre concurrence* », mais nuit également au fonctionnement régulier d'un service public et à la santé publique.

Au total, des amendes de 265 000 € sont prononcées à l'encontre des sociétés du Groupe Cristaline, de leur agence de publicité et de leurs dirigeants, outre 100 000 € de dommages et intérêts.

1.5.2. – La société Pin, se présentant comme le « *libérateur des grandes fragrances* », a mis en place un site internet permettant aux consommateurs d'entrer le nom d'un parfum de grande marque et d'être renvoyés vers un parfum dont les caractéristiques essentielles seraient identiques. Des parfumeurs ayant attaqué ce site, le tribunal de grande instance de Paris<sup>16</sup> sanctionne la société Pin en retenant qu'il s'agit d'une publicité comparative illicite au sens de l'article L.121-9, 1° et 4° du Code de la consommation puisque la défenderesse a tiré indûment profit de la notoriété attachée à des marques et a présenté ses propres parfums comme des imitations de parfums couverts par des marques.

On peut se demander si cette pratique constituait bien une publicité comparative et l'on observera que le tribunal livre une argumentation évoquant directement le parasitisme : « *La défenderesse tire indûment profit de la notoriété des dites marques* ».

<sup>14</sup> T. Com Nanterre, 1<sup>re</sup> chambre, 7 mai 2014, dossier 2013F03762 (appel a été interjeté par Speedy).

<sup>15</sup> TGI Paris, 31<sup>e</sup> Chambre, 16 avril 2015 (décision non définitive).

<sup>16</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> Ch. 3<sup>e</sup> Section, 11 avril 2014, RG 12/02594.

lesquelles sont connues comme identifiant des parfums associés à un univers de prestige qui ont fait l'objet d'investissements marketing massifs qu'elle a pu s'épargner tout en en bénéficiant par le système d'accès aux produits qu'elle a mis en place, qui s'insère dans leurs sillages. En effet, son système de vente par internet, qui exclut que le consommateur puisse sentir le parfum, repose sur la prétendue ressemblance avec les jus des parfums vendus sous les marques des demanderesse »<sup>17</sup>.

**1.5.3.** – Plusieurs procédures ont opposé Carrefour à Intermarché. Dans une première affaire, Carrefour reprochait à Intermarché la diffusion d'une campagne sous le slogan « *Intermarché crée le mois le moins cher de l'année* ». Carrefour estimait que cette publicité était à la fois comparative et trompeuse. Pour la cour d'appel de Paris<sup>18</sup>, il ne s'agit pas d'une publicité comparative, le slogan renvoyant aux prix pratiqués par Intermarché en octobre 2011 par rapport à ceux des autres mois. Sur le terrain de la publicité trompeuse, la cour, après avoir rappelé l'un des critères de l'article L.120-1 du Code de la consommation (« *Considérant que le caractère trompeur d'une publicité doit être apprécié au regard du comportement économique du consommateur moyen, en le conduisant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* »), rejette l'argument de Carrefour selon lequel certains des produits mis en avant par Intermarché dans sa communication étaient vendus à un prix inférieur à d'autres périodes de l'année (en dehors de la période de promotion). La cour retient en effet que ceci ne serait vrai que pour 10 produits au regard des 600 faisant l'objet de la promotion, ce qui ne permet pas de retenir qu'il s'agirait d'une publicité trompeuse. Relevons que la cour rappelle que c'est au demandeur de rapporter la preuve du caractère mensonger de la publicité.

**1.5.4.** – Carrefour poursuivait également une campagne « *Intermarché moins cher sur vos produits de grandes marques* » et « *Votre fidélité rapporte plus chez Intermarché* ». Cette fois, ses demandes sont accueillies par le **tribunal de commerce de Paris**<sup>19</sup>. Le premier slogan est sanctionné dans la mesure où Intermarché n'a pu fournir aucune donnée chiffrée pour justifier de son affirmation. De surcroît, il semble que cette publicité ne portait que sur le prix du jambon des marques distributeurs Carrefour et Intermarché, ce qui est également sanctionné par le tribunal pour lequel un tel « *slogan générique laisse supposer, pour un consommateur d'attention moyenne normalement avisé, que l'ensemble des magasins ITM sont vraiment moins chers sur plusieurs produits par rapport à ses concurrents* ». Quant aux griefs relatifs à la carte de fidélité, il est relevé que le slogan ne s'appuierait que sur six affirmations relatives aux conditions d'utilisation de cette carte et qu'il n'y a pas d'« *astérix* » (sic) « *pour permettre aux consommateurs d'être suffisamment informés* ». En conséquence, Intermarché est condamnée à payer une somme de 300 000 €.

<sup>17</sup> Cette décision peut être rapprochée du jugement du TGI de Paris, 3<sup>e</sup> Ch. 2<sup>e</sup> Section du 31 janvier 2014, RG 2013/04861 cité in « Synthèse droit des marques » (LP n° 321, novembre 2014) dans lequel a été jugé qu'un tableau comparatif présentant face à face les caractéristiques essentielles de deux services proposés par des sociétés différentes, reproduisant le nom et le logo d'un concurrent, ne constitue pas une contrefaçon puisqu'il n'y a pas de reproduction à titre de marque mais une simple citation nécessaire d'une marque concurrente dans le seul but d'informer le consommateur.

<sup>18</sup> CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 22 octobre 2014, n° 13/16378.

<sup>19</sup> T. Com Paris, 15<sup>e</sup> Ch., 28 novembre 2014, RG 2012052561, LP n° 325, p. 144.

**1.5.5.** – Parallèlement, Intermarché poursuivait Carrefour pour une campagne « *Garantie prix le plus bas Carrefour* » qui comportait à la fois une offre de remboursement de la différence de prix pour un consommateur trouvant un produit moins cher ailleurs et comparait 500 produits avec ceux d'autres enseignes. Pour ce qui concerne la publicité comparative, le **tribunal de commerce de Paris**<sup>20</sup>, considérant que la loi impose à l'annonceur de prouver l'exactitude de ses énonciations, l'oblige non seulement à mettre à disposition les données de base qu'il a relevées, mais également les éléments de synthèse et plus particulièrement les prix moyens et la somme des prix moyens pour chacune des enseignes considérées.

Le tribunal reproche également à Carrefour des comparaisons sur la base de constats de prix réalisés plusieurs mois avant la diffusion de ces publicités et ce d'autant que les dates de relevés « *n'apparaissent pas clairement compte tenu de la vitesse excessive de défilement des caractères pour informer le consommateur moyen* ». En revanche, le tribunal ne reproche pas à Carrefour d'avoir procédé librement à la sélection des produits comparés, ni même d'avoir choisi des produits non représentatifs de la consommation courante, les termes de la publicité n'induisant pas autre chose.

La sélection des points de vente de comparaison par Carrefour est également critiquée dans la mesure où étaient comparés des magasins de taille différente (des hypers Carrefour face à des supers Intermarché). Par voie de conséquence, Carrefour est condamnée au paiement d'une somme de 800 000 € du fait de la dépréciation de l'image de l'enseigne Intermarché.

**1.5.6.** Darty poursuivait Saturn pour une publicité comparative diffusée dans la presse. S'agissant d'une comparaison de prix, Darty soutenait qu'il était nécessaire, au titre de l'objectivité, de faire connaître l'ensemble des éléments d'une offre (garantie, service après-vente, hotline, reprise, livraison gratuite... par exemple). Pour la cour d'appel de Paris<sup>21</sup>, l'objectivité est suffisamment assurée par les caractéristiques propres des produits qui sont ici clairement déterminées. L'argumentation de Darty est également rejetée par la cour qui constate que les publicités litigieuses portaient chaque fois sur un seul produit et ne pouvaient être extrapolées à l'ensemble des produits vendus dans les deux points de vente, le fait qu'il s'agisse de sept annonces successives sur sept produits différents étant sans effet à cet égard. La cour considère également que la durée de validité des prix pratiqués telle qu'indiquée sur les publicités était suffisamment claire, même si dans cinq des annonces elle était en petits caractères et ce au motif que « *les messages restent visibles pour la cible visée, en l'espèce le lecteur du journal dans lequel elle est insérée qui a le temps de lire le message dans son intégralité* ».

Darty établissait qu'une Sony Playstation annoncée au prix de 227 € était en réalité vendue 247 € par Saturn. Cette dernière invoquait un problème informatique très rapidement résolu. Pour la cour, une « *pratique commerciale trompeuse est appréciée en*

<sup>20</sup> T. Com Paris, 1<sup>re</sup> Chambre A, 31 décembre 2014, RG 2013062760, LP n° 325, p. 144.

<sup>21</sup> CA Paris, Pôle 5, Ch. 4, 3 septembre 2014, RG 10/23880.

fonction de l'effet qu'elle a pu avoir sur le comportement économique du consommateur d'une attention moyenne et qu'en l'espèce il n'est pas démontré par Darty que la diffusion de cette publicité ait eu un caractère trompeur de nature à altérer de façon substantielle le comportement du consommateur en le conduisant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ». Notons que dans cette affaire, Saturn critiquait reconventionnellement le « contrat de confiance » Darty et que ses demandes sont elles aussi rejetées.

**1.5.7.** – L'affaire opposant la société Concurrence à la société Kelkoo a connu de nombreux rebondissements. Au-delà des décisions de fond<sup>22</sup> , plusieurs procédures de liquidation d'astreinte ont été mises en œuvre, le tout ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Lyon<sup>23</sup> que l'on peut qualifier de touffu. Rappelons que le sujet portait sur la nature publicitaire ou non du site Kelkoo et les conditions de sa présentation aux consommateurs, la chambre commerciale de la Cour de cassation ayant, le 29 novembre 2011, cassé l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble en estimant que la pratique commerciale de Kelkoo n'était pas trompeuse et déloyale. Retenons pour l'essentiel que selon la cour, « le caractère publicitaire des tableaux comparatifs (publiés par Kelkoo) n'induit pas nécessairement une qualification de publicité comparative, la présentation des résultats ne pouvant pas être retenue comme partielle et ne mettant pas en avant l'un des marchands ou l'un des produits en dehors des critères de filtrage qui sont choisis par l'internaute ». Sur la publicité trompeuse, la cour rappelle que c'est à la demanderesse de rapporter les éléments de preuve, ce qui implique notamment d'établir que les pratiques visées altèrent ou sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé. Sur ce point, la Cour relève que les éléments tels que les décalages dans la mise à jour des prix ou sur la période de validité des offres ne pouvaient être sanctionnés puisque le consommateur avait nécessairement connaissance des véritables périodes des offres lorsqu'il se rendait sur le site marchand (que n'est pas Kelkoo) et qu'en conséquence, son comportement économique ne pouvait être altéré.

## **1.6. Jury de déontologie publicitaire (JDP)**

**1.6.1.** – La Smerep a été l'objet d'une décision du JDP en date du 6 septembre 2013 ayant considéré que sa publicité utilisait les stéréotypes sociaux les plus dévalorisants et insultants pour les femmes et les personnes de couleur noire, tout en donnant des jeunes générations une idée d'ensemble réductrice et négative. La Smerep a saisi le **tribunal de grande instance de Paris** d'une action en diffamation du fait de la publication de cette décision sur le site du JDP.

Le tribunal a fait droit à cette demande et condamné l'ARPP (dont le JDP est une émanation) ainsi que son président et son directeur général pour diffamation<sup>24</sup> . Le tribunal retient le

caractère diffamatoire des propos incriminés qui, en imputant à la Smerep d'avoir dirigé la conception et la diffusion d'une campagne publicitaire sexiste, dévalorisante et insultante à l'égard des jeunes, des femmes et des personnes de couleur noire, a porté atteinte à son honneur et à sa considération. L'exception de bonne foi soulevée par l'ARPP est rejetée, le tribunal retenant :

- que le but de la diffusion de la décision est précisément de porter atteinte à la réputation de la Smerep,
- que cette décision manque de prudence dans l'expression et que le caractère péremptoire de ses propos, qui sont exprimés dans une forme qui n'est pas celle d'un simple avis, mais qui prend les apparences d'une décision juridictionnelle, sans mesure, réserve et prudence, est excessif au regard de la réelle nature de cette décision et des vidéos litigieuses.

## **II. LES RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES**

### **2.1. Alcool**

**2.1.1.** – Par ordonnance prononcée le 21 octobre 2014, le président du tribunal de grande instance de Paris<sup>25</sup> a sanctionné les Brasseries Kronenbourg qui étaient poursuivies par l'ANPAA du fait de la diffusion de conditionnements Carlsberg faisant état des relations entre la marque et la Barclays Premier League qui est la dénomination du championnat de football anglais de première division. Le juge ne répond pas véritablement à l'argumentation soulevée par Kronenbourg sur le statut du conditionnement. En effet, la marque mettait en avant le fait que, par application *a contrario* de l'article L.3323-4, 3<sup>e</sup> alinéa du Code de la santé publique, le conditionnement n'a pas à être conforme aux dispositions de la loi Evin s'il n'est pas reproduit.

Le juge se contente d'indiquer que « si le conditionnement d'une boisson alcoolique constitue une forte incitation à la consommation, il relève alors (de la loi Evin) ». Il est difficile de se satisfaire de cette motivation, la notion de « forte incitation à la consommation » n'étant à aucun moment prévue dans les textes et celle d'« incitation » ne devant pas en principe être retenue par un tribunal puisqu'elle est consubstantielle à la notion de publicité. Au demeurant, cette notion de « forte incitation » a un caractère éminemment subjectif et l'on peut se demander si son appréciation était bien de la compétence du juge de l'évidence qu'est le juge des référés. Celui-ci indique par ailleurs que « les mentions figurant sur les cannettes et les packs comportent des références visuelles totalement étrangères aux autres indications énumérées par l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique et visent à promouvoir une image de convivialité associant le sport de compétition et la bière de nature à inciter le consommateur à absorber cette boisson alcoolique », ce qui constitue une publicité illicite. Il est vrai que la question du parrainage d'un championnat de football par une marque d'alcool pouvait se poser.

Il n'en reste pas moins que la réponse qui est ainsi donnée par le juge des référés semble juridiquement insuffisante puisqu'il n'y a pas de réponse sur l'interprétation *a contrario* du dernier alinéa de l'article L.3323-4 sur le statut du conditionnement et que là encore, le caractère incitatif de la campagne n'aurait pas

<sup>22</sup> Cf. nos synthèses « Droit de la publicité – mai 2010-mai 2011 » – LP n° 283, page 318 et « Droit de la publicité – mai 2011-mai 2012 » – LP n° 294, page 330.

<sup>23</sup> CA Lyon, 37<sup>e</sup> Ch. A, 24 juillet 2014, RG 11/08322.

<sup>24</sup> TGI Paris, 17<sup>e</sup> Ch. Civile, 7 mai 2014, RG 13/16669, LP n° 319, p. 491, com.

F. Gras.

<sup>25</sup> TGI Paris (ord. réf.), 21 octobre 2014, RG 14/58106.

dû être reproché. Notons pour le reste que le juge admet qu'un jeu pouvait se dérouler sur Facebook dès lors qu'il ne constituait pas « *un mode de publicité intrusif puisque c'est l'utilisateur qui doit cliquer sur les icônes adéquates, ni interstitiel puisque le jeu n'apparaît pas de manière intempestive* ». Il estime cependant que le jeu est irrégulier dès lors qu'il permet de faire une association entre la bière Carlsberg et la compétition de football, mais la décision d'en ordonner le retrait est sans objet puisque Kronenbourg avait désactivé ce jeu avant l'audience de référé.

**2.1.2.** – Heineken était poursuivie pour différentes actions de communication lors de la Coupe du Monde de Rugby 2007. Certaines d'entre elles ont été condamnées<sup>26</sup>. Il s'agit d'une décision assez étrange, le tribunal étant parfois d'une sévérité excessive, parfois relativement laxiste. Les juges sanctionnent tout d'abord une bannière et une affiche qui se trouvaient exposées sur les vitres de brasseries parisiennes et reproduisaient simplement la mention Heineken avec une étoile rouge à cinq branches et dans un cas, un verre de bière. Pour le tribunal, il s'agirait de supports publicitaires illicites, la bannière se trouvant « *sur la voie publique, lieu non autorisé* » et l'affiche dépassant « *amplement les dimensions autorisées* ». On ne voit pas au nom de quoi la voie publique ne pourrait constituer un espace autorisé pour la publicité des alcools, dès lors que l'affichage est permis. Quant à la dimension des affiches, le tribunal se réfère au décret de 1993 relatif à la publicité dans les lieux de vente à caractère spécialisé, ce qui aurait pu être sérieusement contesté. Ce décret avait été publié à l'époque où l'affichage était autorisé uniquement sur les zones de production afin de donner plus de liberté pour la publicité à l'intérieur des points de vente. Dès lors que l'affichage a ensuite été autorisé de manière générale, il n'y a pas de raison de prévoir une restriction plus forte pour les points de vente, et ce d'autant plus s'agissant d'une affiche placée à l'extérieur dudit point de vente. Le tribunal a aussi sanctionné des annonces presse représentant des verres et des bouteilles de bière dans des créations qui pouvaient faire référence à des phases d'un match de rugby.

Quoiqu'on pense sur le fond, la motivation du tribunal sur cette partie du jugement reproche quatre fois à ces annonces leur caractère incitatif, ce qui est juridiquement inacceptable. Le tribunal va d'ailleurs plus loin en écrivant que les dispositions de l'article L.3323-4 du Code de la santé publique « *ne visent qu'à permettre la description du produit et non de l'acte ou des effets de la consommation, seules les indications objectives et non subjectives devant être délivrées à des fins informatives et non incitatives* ». Il est difficile d'aller davantage au-delà de la loi.

Le tribunal sanctionne également la présence sur les affiches du slogan « *For a fresher world* » là encore en raison de son caractère incitatif. Il condamne aussi la référence au site [www.2340.fr](http://www.2340.fr) malgré la vocation de modération de ce site au motif que cette référence serait « *de nature à créer une confusion sur une éventuelle validation par les pouvoirs publics tant de l'affiche concernée que du site en question, la mention pouvant être perçue comme une certification ou comme une mention sanitaire obligatoire* ». Cette motivation est pour le moins obscure.

Le site [www.heineken.fr](http://www.heineken.fr) est en revanche validé dans la mesure où les rubriques « *Toucher* », « *Déguster* », « *Regarder* », « *Sentir* » ou « *Écouter* » renvoyant à divers jeux et animations se réfèrent aux caractéristiques et modes de consommation des produits « *sans que les visuels et les bandes sonores ne présentent de mise en scène subjective de nature à valoriser une consommation festive ou excessive du produit* ». Ce type d'appréciation est de nature à rendre encore plus aléatoires les procédures judiciaires dans ce domaine puisqu'elles ne relèveraient plus que de la subjectivité des juges.

La présence de capsules de bière Heineken sur une carte des grandes villes présentant des bars où l'on peut boire cette bière et regarder les matches de rugby figurant dans un supplément de *l'Équipe* n'est pas sanctionnée dans la mesure où le tribunal considère qu'il s'agit d'un simple choix éditorial du journal sans qu'il apparaisse que Heineken ait été responsable de cette intervention. L'ANPAA reprochait également à Heineken un parrainage illicite de la Coupe du Monde du fait notamment de sa présence sur le site [www.rugbyworldcup.com](http://www.rugbyworldcup.com). Cette demande est rejetée dans la mesure où l'organisation du site ainsi que son contenu montrent qu'il s'agit d'une version anglaise non destinée au public français.

Quant à la version française, elle ne comportait qu'un logo dit « *Rugby World* » que le tribunal accepte : « *En dépit des similitudes dans la forme des logos et de la présence de l'étoile rouge sur fond vert dans les deux logos, il n'apparaît pas que les éléments constitutifs du logo "Rugby World" rappellent de façon suffisamment caractérisée la marque "Heineken" pour qu'une assimilation ou une confusion réelle puisse se créer dans l'esprit du public.* » Il en va de même sur le parrainage de la Coupe d'Europe de Rugby, dite *H Cup*, dont le logo qui comportait à la fois un « H » évoquant des poteaux de rugby puis l'étoile rouge et la couleur verte, a lui aussi été estimé suffisamment neutre et détaché de la marque Heineken pour ne pas constituer une publicité indirecte. En revanche, le tribunal sanctionne la référence à Heineken sur le site de l'organisateur de la Coupe d'Europe [www.ercrugby.com](http://www.ercrugby.com) au motif que, même si ses pages sont rédigées en anglais, elles renvoient au site français de la marque.

**2.1.3.** – L'ANPAA poursuivait une campagne des vins des Côtes-du-Rhône qui utilisait deux visuels représentant l'un un jeune cadre s'envolant grâce à un ballon rouge tenu dans sa main, l'autre un homme repeignant en rouge la façade de sa maison, chacun sous le slogan « *Au goût de la vie* ». **Le président du tribunal de grande instance de Paris, statuant en référé** <sup>27</sup>, a admis certaines des critiques de l'ANPAA. Le juge sanctionne le slogan qui ne se rattache à aucun des éléments de l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique, et qui créerait une association entre le vin et la vie, ce qui tendrait à faire admettre que le vin est un élément nécessaire à la vie. En revanche, le juge estime que les visuels ne sont pas critiquables en considérant que :  
– « *Les dessins présentent des personnages de fiction dans des postures que le spectateur ne peut assimiler à la réalité* » ;  
– « *Le personnage tenant un attaché-case sorti d'un univers gris*

<sup>26</sup> TGI Paris, 4<sup>e</sup> Chambre, 2<sup>e</sup> Section, 18 déc. 2014 ; RG 09/03254.

<sup>27</sup> TGI Paris, réf., 7 janvier 2015, RG 14/60929, LP n° 325, p. 145.

soulevé par un ballon donne l'image d'une consommation possible à l'issue d'une journée de travail » (sic),

- « Celui qui peint en rouge une maison ne fournit pas d'autre indication que celle de la coloration en rouge d'un décor urbain » ;

- « La coloration du gris en rouge se rattache en premier lieu à la nature du vin proposé par les professionnels regroupés dans l'association Inter-Rhône lesquels produisent principalement du vin rouge et la campagne tend à associer dans l'esprit du public cette particularité à la région des Côtes du Rhône et à celle de la Vallée du Rhône ».

## 2.2. Tabac

**2.2.1.** – Une longue procédure a opposé Philip Morris à Coty au titre de la dénomination « Manhattan ». Coty était titulaire de marques « Manhattan » dont la première avait été enregistrée en 1954. Philip Morris était également titulaire de marques identiques, la première ayant été déposée en 1965 pour le tabac et des produits annexes. Aucune de ces marques n'avait jamais été exploitée en France. Philip Morris, souhaitant avoir recours à cette marque, a assigné Coty en déchéance de ses droits sur la marque pour défaut d'exploitation. Coty se défendait en justifiant cette absence d'exploitation par les marques de Philip Morris et les règles de la loi Evin qui lui auraient fait courir un risque de sanction pénale en cas d'utilisation de sa propre marque. La cour d'appel de Paris<sup>28</sup>, statuant sur renvoi après cassation, rejette cette argumentation en jugeant que le seul dépôt de la marque « Manhattan » par Philip Morris ne correspond pas à une exploitation effective et ne pouvait donc affecter l'exploitation de la marque de Coty qui se trouve donc déchue de ses droits. Coty sollicitait pour sa part la déchéance des marques de Philip Morris pour le même motif d'une absence d'usage. La société Philip Morris évoquait elle aussi un juste motif de non-exploitation du fait des marques antérieures de Coty et de la loi Evin, la cour jugeant que cette exploitation aurait pu donner lieu à des poursuites de la part de Coty, ce qui constituait bien un juste motif. Décision très subtile.

**2.2.2.** – Le tribunal correctionnel de Nanterre avait relaxé des sociétés du Groupe BAT poursuivies pour publicité illicite en faveur du tabac pour avoir diffusé, à l'occasion du lancement des nouvelles Lucky Strike Convertibles, des affichettes publicitaires dans les débits de tabac et placé des vignettes à l'intérieur des paquets. Par arrêt du 22 mai 2014, la cour d'appel de Versailles<sup>29</sup> :  
- sanctionne BAT, la présence des vignettes portant la mention « Pour changer le goût, pressez sur le filtre » accompagnée d'un schéma : deux flèches pressant le terme « on », constituant une publicité illicite. Elle retient le caractère ludique de la vignette qui, non descriptive, contient un message incitatif s'apparentant à un slogan publicitaire « pour changer le goût » et non à une simple notice d'utilisation, le schéma invitant le consommateur à essayer et découvrir le produit ;  
- rejette la demande concernant les affichettes, malgré leur présentation jugée « esthétique et attractive ».

La cour considère que les mentions « Nouveau par Lucky Strike » et « Cliquez ici pour changer le goût » sont destinées à informer le consommateur de l'utilisation alternative du produit (normal ou menthol), ce qui porte sur les caractéristiques et conditions de vente sans caractère valorisant ou incitatif. De même, la présence de capsules de couleur bleue formant le nom « goût » est également admise comme reproduisant les capsules de menthol insérées dans le filtre des cigarettes.

À noter que la cour refuse de sanctionner un prospectus d'informations remis aux buralistes contenant des mentions telles que « le geste qui change le goût... l'innovation du siècle... » dès lors qu'il s'agissait d'une fiche commerciale réservée exclusivement aux débiteurs de tabac.

**2.2.3.** – Le sujet des cigarettes électroniques commence à donner lieu à des décisions de justice. On sait que le tribunal de commerce de Toulouse<sup>30</sup> a interdit à une entreprise de distribuer ce type de produits considérant qu'il ressortait du monopole des débiteurs de tabac. La cour d'appel de Paris<sup>31</sup>, saisie par la Confédération nationale des buralistes de France ainsi que par deux débiteurs, a statué en sens inverse dans le cadre d'une action en référé. L'argumentation des demandeurs reposait sur les dispositions du Code général des impôts dont l'article 564 réserve à l'État la vente au détail des tabacs manufacturés, l'État déléguant cette activité aux débits de tabac.

Selon l'article 564, sont assimilés aux tabacs manufacturés :  
« 1°) les produits destinés à être fumés, prisés ou mâchés même s'ils ne sont que partiellement constitués de tabac,  
2°) les cigarettes et produits à fumer même s'ils ne contiennent pas de tabac... ».

En l'espèce, les cigarettes électroniques commercialisées par la défenderesse contenaient une quantité (apparemment faible) de nicotine. Relevant que la Direction générale des douanes avait écrit que « la cigarette électronique ne constitue pas un produit du tabac au sens fiscal » et que l'Office français contre le tabagisme écrivait qu'« aucun pays européen ne place les e-cigarettes comme produits du tabac et ne pourrait le faire car la définition européenne commune précise que ces produits doivent contenir du tabac, ce qui n'est pas le cas » puis relevant que la Directive 2014/40/CE de l'Union européenne n'a pas classé les cigarettes électroniques automatiquement en produits du tabac ou dérivés, laissant aux États le soin de légiférer, la cour estime qu'il existe des contradictions et que la qualification de produits du tabac pour les cigarettes électroniques n'est pas établie avec l'évidence requise en référé.

**2.2.4.** – Le CNCT poursuivait une débitante de tabac dans l'établissement duquel des publicités en faveur de diverses marques de cigarettes avaient été diffusées sur un terminal d'ordinateur. La débitante soutenait que ces supports pouvaient être compris comme des affichettes et donc être autorisés conformément aux dispositions de la loi Evin. Le tribunal<sup>32</sup> fait droit à cette argumentation en jugeant : « Ainsi le terme "affichette" renvoie à une affiche

<sup>28</sup> CA Paris, Pôle 5, Chambre 2, 10 janvier 2014 (PIBD n° 1000.III.144).

<sup>29</sup> CA Versailles, 22 mai 2014, 9° Ch., RG 13/02585.

<sup>30</sup> T.Com. Toulouse, 9 septembre 2012, n° 201351206.

<sup>31</sup> CA Paris, Pôle 1, Chambre 3, 24 juin 2014, RG 13/19019.

<sup>32</sup> TGI Créteil, 3 septembre 2014. Décision frappée d'appel.

ou un placard publicitaire de petite taille sans qu'il ne soit précisé le type de support sur lequel elle doit reposer (support matérialisé ou dématérialisé). Par conséquent, les affiches publicitaires diffusées sur un terminal d'ordinateur sont des affichettes au sens de la loi dès lors qu'elles ne dépassent pas la taille maximale exigée reposant sur un support en version informatique ».

2.2.5. – En sens inverse, le tribunal de grande instance de Paris a considéré, dans cinq décisions rendues le même jour<sup>33</sup>, que les publicités sur écran n'étaient pas conformes à l'arrêté du 31 décembre 1992, et ce pour les motifs suivants :

- L'arrêté ne prévoit pas cette modalité d'affichage (qui, il est vrai, n'existait pas lors de sa publication) et il n'y a pas lieu d'en adapter l'interprétation à l'évolution des technologies, le texte ayant été modifié pour la dernière fois en 2005 sans que ce point y ait été ajouté.

- l'affichage sur écran permettrait au producteur de tabac et aux débitants de diffuser sur un même espace un plus grand nombre de publicités, ce qui serait contraire à l'intention du législateur (cette motivation semblant discutable dès lors qu'il est habituel de diffuser des affichettes papier sur des panneaux déroulants où celles-ci se succèdent, ce qui à cet égard revient absolument au même).

2.2.6. – Le CNCT poursuivait également la Fédération française de tennis ainsi que plusieurs industriels du tabac en estimant que les conventions passées par la FFT avec ces derniers à l'occasion des tournois de Roland-Garros et de Bercy constituaient des faits de propagande, publicité et parrainage illicites en faveur du tabac. Plus précisément, il était soutenu que la mise à disposition de loges ou d'espaces de réception dans l'enceinte des stades constituait un délit de parrainage illicite d'une compétition sportive par des fabricants de tabac, ayant pour objet ou pour effet la propagande en faveur du tabac.

Le CNCT soutenait également que la présence d'un panneau portant la mention « Philip Morris France » à l'entrée de la loge louée par cette dernière était constitutive d'une publicité en faveur du tabac. Le tribunal correctionnel de Paris<sup>34</sup> a débouté le CNCT. Il a relevé qu'il n'y avait aucune opération de parrainage, mais de simples contrats de prestations de services ayant une véritable contrepartie et ne mettant pas en avant les marques de tabac. Quant au panneau Philip Morris, identique à ceux de toutes les autres loges, il avait un but purement informatif et ne pouvait être considéré comme une publicité.

2.2.7. – Ainsi qu'elle l'avait fait en 2012, l'Association Les droits des non-fumeurs a poursuivi *L'Amateur de Cigare* considérant qu'un certain nombre de ses contenus étaient constitutifs de publicité illicite en faveur du tabac. Comme en 2012<sup>35</sup>, le tribunal correctionnel de Paris relaxe les personnes poursuivies<sup>36</sup>. Le tribunal relève que l'ensemble des articles s'adresse à un cercle restreint d'amateurs intéressés par la connaissance, la compréhension

et la culture du produit, la finalité de la revue étant « d'informer la communauté des amateurs de cigares en leur offrant à lire des témoignages et expériences sur le cigare et son environnement. En cela, elle ne tient pas un discours d'ordre général sur un produit ayant pour seul but d'inciter à consommer ». Le tribunal retient notamment que les étuis à cigares ne sont pas le seul apanage du fumeur, que la publicité pour des briquets jetables n'est pas illicite, que les opinions et expériences de personnalités appréciant le cigare n'ont pas la volonté de vanter de manière générale et collective le produit et que le classement des meilleurs cigares faisant l'objet de commentaires très similaires à ceux des œnologues pour le vin ne peut intéresser que les lecteurs ayant déjà une fine connaissance de ces produits.

2.2.8. – Dans le même sens, la cour d'appel de Paris<sup>37</sup> a rejeté les poursuites de l'Association DNF en retenant que la revue *L'Amateur de Cigare* ayant un tirage limité, diffusée principalement sur abonnement auprès d'amateurs de cigares déjà convaincus, avait pour finalité « le partage d'expériences entre amateurs éclairés et leur information autour de la culture du cigare sans que soient tenus des discours visant directement ou indirectement à inciter à consommer du tabac ou que n'apparaissent de publicités pour des produits du tabac ». La cour conclut « que la revue *L'Amateur de Cigare* s'analyse ainsi comme une publication rédactionnelle dont le but est l'information d'un public restreint déjà amateur de cigares, et dont le contenu ne présente, dès lors, pas d'impact sur la consommation de tabac telle que visée par les objectifs de protection de la santé publique ».

2.2.9. – Le CNCT poursuivait, devant les juridictions correctionnelles, les sociétés Oettinger Imex et Davidoff & Cie du fait de la diffusion par les chaînes Eurosport et Sport+ du tournoi de Tennis de Bâle en 2008 et 2009 à l'occasion de laquelle la marque Davidoff, présente sur le court de tennis, apparaissait sur les écrans de télévision français sur lesquels la publicité en faveur du tabac est interdite. La cour d'appel de Paris avait rejeté les demandes du CNCT. La chambre criminelle<sup>38</sup> rejette le pourvoi en retenant que si les sociétés poursuivies avaient passé des accords de partenariat avec l'organisateur du tournoi, ces accords ne portaient pas sur la retransmission du tournoi en France, ce qui ne permettait pas d'engager leur responsabilité à ce titre.

### 2.3. Loteries

2.3.1. – La Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur les modalités financières de participation à un jeu de loterie. Une association organisait dans des bars des championnats se déroulant sur des machines automatiques de jeux. Des affiches annonçaient lesdits championnats. Chacun pouvait jouer trois parties gratuitement. Il était ensuite possible d'effectuer d'autres parties payantes. La cour d'appel avait estimé que la pratique était régulière dès lors que chacun avait la possibilité de jouer gratuitement. La Cour de cassation<sup>39</sup> casse l'arrêt d'appel aux termes de la motivation suivante : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrits qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain acquis par voie de

<sup>33</sup> TGI Paris, 31<sup>e</sup> Ch., 2, 16 janvier 2015 (cinq jugements).

<sup>34</sup> TGI Paris, 31<sup>e</sup> Ch. 2<sup>e</sup> Section, 12 septembre 2014, n° 13275000174 Décision non définitive.

<sup>35</sup> Voir notre Synthèse « Droit de la publicité – mai 2012-mai 2013 », LP n° 305, page 319.

<sup>36</sup> TGI Paris, 31<sup>e</sup> Ch. 1, 17 septembre 2014, n° 13284000288.

<sup>37</sup> CA Paris, Pôle 4, Chambre 11, 16 janvier 2015, RG 13/00423, LP n° 324, p. 83.

<sup>38</sup> Cass. Crim. 24 février 2015, n° 13-87970.

<sup>39</sup> Cass. Com. 20 janvier 2015, pourvoi n° 13-28521.

*tirage au sort ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit, la cour d'appel a violé les textes susvisés.*»

Manifestement, la Cour de cassation considère que la présence d'affiches faisait de ce jeu une « opération publicitaire réalisée par voie d'écrits », ce qui semble relativement contestable, l'opération elle-même se faisant via des machines automatiques et donc pas par voie d'écrits. Relevons également que l'arrêt est rendu notamment au visa des articles « L.121-36, alinéa 1 du Code de la consommation et 1<sup>er</sup> de la loi du 21 mai 1836 alors en vigueur. » Ce point mérite d'être évoqué car l'article L.121-36 du Code de la consommation a été modifié par la loi du 20 décembre 2014. La nouvelle rédaction est plus douce que l'ancienne et n'interdit pas nécessairement les loteries liées à un achat. Devant les juridictions pénales, c'est la nouvelle rédaction du texte qui aurait dû être retenue. Cependant devant la juridiction civile, la question n'était pas celle de la responsabilité de l'organisateur du jeu, mais celle d'une éventuelle faute de l'administration lorsque celle-ci a procédé à la saisie. Dès lors, c'est la loi applicable à cette date (même plus sévère) qui devait être appliquée.

## 2.4. Divers

**2.4.1.** – Le groupement de pharmaciens Giphar avait diffusé une campagne de communication en médias sur le thème « *Mon conseil santé Giphar* » qui véhiculait l'idée que les membres du

groupement étaient à même de délivrer un conseil personnalisé pour la santé des patients. L'article R. 5125-29 du Code de la santé publique énonce : « *Un groupement ou un réseau constitué entre pharmacies ne peut faire de la publicité en faveur des officines qui le constituent. Aucune publicité ne peut être faite auprès du public pour un groupement ou un réseau constitué entre officines.* » Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a engagé une procédure et a obtenu la condamnation de Giphar qui a formé un **pourvoi en cassation rejeté le 4 juin 2014** par la 1<sup>re</sup> chambre civile<sup>40</sup>. Pour la Cour de cassation, cette interdiction de publicité n'est pas contradictoire avec la loi du 21 juillet 2009 ayant confié aux pharmaciens d'officine de nouvelles missions, notamment en termes d'éducation thérapeutique ou de conseils et prestations destinés à favoriser l'amélioration ou le maintien de l'état de santé des personnes. Par ailleurs, l'interdiction de toute publicité auprès du public est justifiée par un objectif de protection de la santé publique (la conservation d'une répartition géographique équilibrée des officines sur le territoire national pour protéger celles qui n'appartiennent pas à un réseau fort susceptible d'investir dans des campagnes publicitaires). Par conséquent, l'atteinte portée à la liberté d'expression est nécessaire et proportionnée aux objectifs poursuivis. Elle n'est donc pas contraire à l'article 10 de la Conv. EDH. **E. A**

---

<sup>40</sup> Cass. Civ.1, 4 juin 2014, pourvoi n° 13-16794, LP n° 319, sept 2014, p. 491.