

Droit de la publicité

Mai 2015 - mai 2016

Business as usual, comme on le dit dans cet anglais qu'affectionne le milieu de la communication. C'est ce qui ressort de l'analyse de la jurisprudence intervenue cette année dans le secteur, qui est toujours abondante mais qui s'inscrit pour l'essentiel dans la confirmation des tendances traditionnelles. On peut retenir certaines décisions européennes ou françaises en matière de pratiques commerciales déloyales, une activité relativement dense sur les sujets de concurrence déloyale, comme traditionnellement en matière de publicité pour l'alcool et le tabac.

I. LA RÉGLEMENTATION GÉNÉRALE

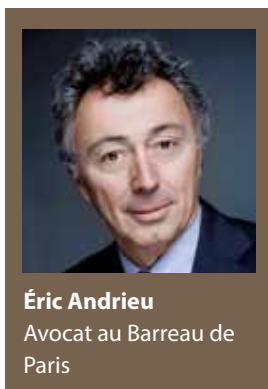
1.1 Pratiques commerciales déloyales

1.1.1. La CJUE a été saisie d'un dossier par les juridictions hongroises concernant la réclamation d'un consommateur qui avait sollicité de son fournisseur de services de télévision par câble l'indication de la date d'échéance de son contrat. Il a ensuite demandé la résiliation pour la date qui lui avait été indiquée, mais celle-ci résultait d'une erreur et la résiliation n'est intervenue qu'avec quelques jours de retard. Il lui était en conséquence demandé le paiement d'une somme complémentaire de 5,243 forints (environ 16 €).

Ce consommateur a déposé une plainte et la Cour de Budapest a réformé la décision qui avait infligé une amende à son fournisseur en relevant une absence d'intention d'induire le consommateur en erreur. La Cour indiquait notamment qu'il ne s'agissait pas d'un comportement continu, mais d'une erreur administrative isolée et qui dès lors ne pouvait être qualifiée de « pratique » au sens de la directive.

La Cour de cassation hongroise a saisi la CJUE d'une question préjudicielle. Celle-ci répond¹ que :

- il s'agit bien d'une pratique commerciale, cette notion étant très large puisque définie par la directive comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y



compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel » ;

- le fait que cet agissement ne se soit produit qu'une fois et n'ait affecté qu'un seul consommateur est sans influence pour la Cour ;
- la preuve d'une intention de la part du professionnel n'est pas nécessaire, non plus que celle d'un préjudice réel subi par le consommateur, l'essentiel étant de protéger ce dernier qui, face à un professionnel, se trouve en position d'infériorité.

Il est difficile de suivre jusqu'à son terme la motivation de la CJUE. Même si l'article 11 de la directive prévoit que la preuve d'un préjudice réel, ou d'une intention ou d'une négligence du professionnel n'est pas nécessaire, c'est « compte tenu de tous les intérêts en jeu, et notamment de l'intérêt général » qui ici semblait bien peu en cause.

La Cour retient également que le caractère négligeable du coût supplémentaire subi par le consommateur est sans influence sur l'existence de l'infraction.

Cette appréciation semble critiquable au regard de l'obligation prévue par la directive de démontrer l'existence ou la possibilité d'une altération substantielle du comportement économique des consommateurs.

1.1.2. Une société allemande distribuait des infusions aux fruits sous la dénomination « Felix aventure framboise-vanille » dans des emballages comprenant notamment des images de framboises et de fleurs de vanille ainsi que les mentions « Infusion aux fruits avec des arômes naturels » et « Infusion aux fruits avec des arômes naturels – goût framboise vanille ». Il ressortait de la liste des ingrédients que le produit ne contenait ni framboise ni vanille, ni même d'arômes de l'un ou l'autre de ces produits, mais uniquement d'autres arômes avec goût de vanille et de framboise. Cette société a été poursuivie par une autorité de défense des consommateurs.

Le tribunal régional supérieur de Düsseldorf rejetait la demande au motif que la liste des ingrédients qui figurait sur les conditionnements fournissait une information exacte et complète suffisante à écarter le risque de tromperie du consommateur.

1. CJUE, 1^{re} chambre, 16 avril 2015, C-388/13.


Sommaire

P. 305 I. La réglementation générale

- 1.1 Pratiques commerciales déloyales
- 1.2 Droits d'auteur
- 1.3 Marques
- 1.4 Concurrence déloyale et parasitisme
- 1.5 Publicité comparative
- 1.6 Contrefaçon

P. 310 II. Les réglementations spécifiques

- 2.1 Alcool
- 2.2 Tabac

Le signe  indique que le document est accessible in extenso sur www.legipresse.com

La Cour fédérale de justice saisie d'un recours transmettait le dossier à la CJUE dans le cadre d'une question préjudicielle.

La **juridiction communautaire**² rappelait qu'il est admis, par sa propre jurisprudence, que les consommateurs lisent d'abord la liste des ingrédients dont la mention est obligatoire. Elle ajoute cependant que malgré la présence et l'exactitude de cette liste, un conditionnement peut induire un acheteur en erreur, notamment lorsque, pris dans son ensemble, il suggère que la denrée alimentaire contient un ingrédient qui en réalité en est absent.

La Cour rappelle qu'il n'est pas de son ressort d'apprécier le respect ou non de cette réglementation « *factuellement* », ce qui appartient aux juridictions nationales, mais donne à ces dernières des règles pour effectuer leur examen en prenant notamment en compte « *les termes et les images utilisés ainsi que l'emplacement, la taille, la couleur, la police de caractères, la langue, la syntaxe et la ponctuation des divers éléments figurant sur l'emballage* ». Cette décision a été rendue sur le fondement de la Directive 2000/13 (mais le raisonnement serait, nous semble-t-il, identique dans le cadre du Règlement 1169/2011 qui l'a remplacé).

1.1.3. Nous avons évoqué dans la synthèse de l'an passé³ la question préjudicielle posée par la Cour de cassation dans l'affaire Cdiscount pour savoir si les dispositions de l'arrêté du 31 décembre 2008 imposant de faire figurer un prix de référence dans les annonces de réduction de prix étaient conformes au droit européen.

Sans surprise, la **CJUE**⁴, statuant par voie d'ordonnance (parce que la réponse pouvait être clairement déduite de la jurisprudence), retient que les réductions de prix sont des pratiques commerciales. Dès lors, l'interdiction générale de réductions de prix, si elles ne sont pas accompagnées de la mention d'un prix de référence, sans rechercher au cas par cas si elles sont un caractère déloyal, n'est pas conforme à la directive du 11 mai 2005.

1.1.4. La société Marionnaud avait été condamnée par la cour d'appel de Paris pour pratiques commerciales trompeuses du fait de la diffusion de messages publicitaires radiophoniques présentant une offre de réduction de 10 € sans y avoir précisé que l'offre était conditionnée à la présentation de la carte de fidélité du magasin et à l'obligation d'effectuer un achat d'un montant minimum de 60 €.

La cour d'appel ayant estimé qu'il s'agissait d'informations substantielles qui avaient été dissimulées au consommateur, celui-ci avait vu son comportement économique altéré et avait condamné Marionnaud.

La **Cour de cassation**⁵ casse cette décision au visa de l'article L. 121-1 II du Code de la consommation qui prévoit (depuis la loi plus douce du 17 mars 2014) que pour apprécier si des infor-

mations substantielles ont été omises, il doit être tenu compte des limites d'espace ou de temps du moyen de communication utilisé ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens.

Marionnaud déclarait avoir mis en place de tels moyens d'information, ce qui entraîne la cassation de l'arrêt : « *Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, sans avoir procédé à l'appréciation des limites propres au moyen de communication utilisé et aux circonstances qui l'entourent et des mesures prises par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens, ainsi qu'il est prévu par l'article L. 121-1 II du Code de la consommation, dans sa rédaction résultant de la loi du 17 mars 2014, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision* ». Il semble qu'il s'agisse de la première application de ce principe par la Cour de cassation.

1.1.5. Le malletier Goyard poursuivait leboncoin.fr du fait de la diffusion d'annonces proposant à la vente divers objets présentés comme « *Pochette Goyard fausse* » ou comme « *Inspi Goyard* ». Il soutenait qu'il s'agissait d'une part de contrefaçon de ses marques et d'autre part, de pratiques commerciales trompeuses dans la mesure où les conditions générales du site laissaient entendre notamment que « *toutes les annonces sont relues avant mise en ligne afin de s'assurer de leur qualité et du respect des règles de diffusion* » et que « *toute annonce contenant des éléments de textes (...) qui sembleraient contraires aux dispositions légales ou réglementaires... sera refusée par leboncoin.fr (...) seule la diffusion d'annonces proposant la vente de produits originaux est autorisée (...)* ». Le **tribunal**⁶ considère que cette indication « *est constitutive d'une pratique commerciale trompeuse de nature à induire le consommateur en erreur sur la portée de son engagement* ».

Il faut noter que le tribunal n'évoque pas les critères de l'article L. 120-1 du Code de la consommation qui, il est vrai, n'était apparemment pas mis en avant par leboncoin.fr, lequel insistait essentiellement sur sa qualité d'hébergeur du site et sur le fait que ses différentes conditions générales ne prévoyaient pas d'engagement de surveiller l'intégralité du contenu mis en ligne par les utilisateurs.

Par ailleurs, la demande fondée sur la contrefaçon est rejetée, le tribunal estimant qu'à cet égard leboncoin.fr n'avait qu'un statut d'hébergeur, faute de rôle éditorial dans la publication des annonces et que celui-ci a retiré celles qui avaient un caractère litigieux sans délai lorsque les demandes lui en ont été faites.

1.1.6. La société Aviscom, exploitant le site internet www.avisdedeces.net, avait assigné plusieurs sociétés de presse quotidienne régionale faisant partie du Groupe Sipa Ouest France en se plaignant de diverses pratiques qu'elle estimait fautives et anticoncurrentielles et qui tenaient d'une part au refus des sociétés éditrices d'accepter la mention « *Condoléances sur www.avisdedeces.net* » dans le corps des avis de décès qu'elles publiaient et d'autre part, en un couplage systématique et

2. CJUE, 9^e chambre, 4 juin 2015, C-195/14.

3. Voir notre Synthèse « Droit de la publicité – mai 2014-mai 2015 » – LP n° 327, page 311.

4. CJUE, 6^e chambre, Ordonnance du 8 septembre 2015, Affaire C-13/15.

5. Cass. Crim., 1^{er} septembre 2015, 14-85791.

6. TGI Paris, 3^e Chambre, 2^e Section, 4 décembre 2015.

imposé des avis de décès paraissant dans ces journaux avec ceux paraissant sur leur version en ligne et sur le site www.dansnoscoeurs.fr.

Une partie de ses demandes portait sur des infractions au droit de la concurrence et nous nous en tiendrons ici à celle concernant les annonces couplées. La cour d'appel de Paris⁷, après avoir rappelé les dispositions de l'article L.122-1 du Code de la consommation, constate qu'il y avait bien, pour les consommateurs, une obligation de souscrire aux couplages des annonces papier et internet.

La cour rappelle néanmoins à juste titre que depuis la loi du 17 mai 2011, faisant suite à la directive européenne de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, les ventes liées ne sont plus nécessairement illicites.

Cependant, elle relève que parmi les trente et une pratiques réputées déloyales résultant à la fois de l'annexe de la directive et des dispositions du Code de la consommation, figure notamment à l'article L.122-11, 3° de ce dernier : « *L'exploitation, en connaissance de cause, par le professionnel, de tous malheurs ou circonstances particulières d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit.* » Elle observe que le deuil entre dans cette catégorie et que la famille endeuillée a « *en de telles circonstances d'autres soucis que de se préoccuper de la licéité du couplage des annonces par voie écrite et par voie internet, de demander le coût respectif de chacune d'elles et d'opter pour l'une ou l'autre ou les deux* ». En conséquence, il est fait droit à la demande de la société Aviscom.

Il s'agit à notre connaissance de la première décision prononcée en France non seulement sur le fondement de l'article L. 122-11, 3°, mais plus généralement sur les pratiques réputées trompeuses ou agressives, pratiques pour lesquelles il n'est pas nécessaire de démontrer que sont réunis les critères de l'article L.120-1, à savoir la non-conformité aux exigences de la diligence professionnelle et l'altération substantielle du comportement économique des consommateurs.

1.1.7. La cour d'appel de Paris était saisie à la suite du jugement du tribunal de grande instance ayant sanctionné une société Jurisystem, éditrice d'un site avocat.net.⁸

La cour confirme pour l'essentiel la décision attaquée⁹. Elle estime que l'usage de la dénomination « *avocat.net* » est de nature à laisser penser aux internautes qu'il s'agit d'un site exploité par des avocats ou dont tous les services émanent d'avocats, ce qui n'était pas le cas.

Elle interdit également l'usage de l'expression « *Le comparateur d'avocats n° 1 en France* », les comparaisons ne portant que sur un nombre restreint d'avocats. Au-delà de cette publicité trom-

peuse, la cour interdit également les expressions « *Comparez les avocats* » et « *comparateur d'avocats* » par référence à l'article 10.2 du règlement intérieur de cette profession qui interdit toute mention comparative du fait de la nature des relations entre un client et son avocat qui « *ne peut reposer sur des critères purement objectifs tels que le montant des honoraires* ».

Relevons que, comme le tribunal, la cour ne recherche pas l'existence des 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), ce qui est regrettable. Il est vrai qu'il ne résulte pas de l'arrêt que la question lui ait été posée.

1.2 Droits d'auteur

1.2.1. Une agence de publicité avait proposé en 2008 à une société d'assurances spécialisée dans les deux-roues un projet de campagne publicitaire reposant sur un jeu de mots en se référant aux « *deux roux* » et en mettant en scène deux personnages ayant cette caractéristique physique.

En 2012 la société d'assurances diffusait une campagne réalisée par une autre agence et reprenant les éléments ci-dessus. Pour se défendre de l'action engagée par la première agence, elle estimait qu'il ne s'agissait que d'une idée non appropriable.

Le tribunal de grande instance de Paris¹⁰ sanctionne l'annonceur et sa seconde agence pour contrefaçon. Le tribunal retient que le jeu de mots, qui constitue déjà la mise en forme particulière de l'idée d'utiliser un jeu de mots, ne s'infère pas automatiquement de l'emploi des termes « *deux-roues* », le rapprochement n'apparaissant évident qu'une fois le jeu de mots révélé (malgré ce constat le tribunal n'interdira pas toute utilisation du jeu de mots sur les « *deux roux* »).

Le tribunal ajoute que la visualisation de deux personnages aux cheveux roux est une mise en forme visuelle et enfin que la mise en forme est théâtralisée par l'utilisation de décors épurés et une économie de couleurs faisant d'autant mieux ressortir la couleur rousse.

Ces éléments se trouvant dans la campagne diffusée en 2012 des condamnations sont prononcées pour contrefaçon et comportement déloyal, ce dernier relevant de la diffusion d'une campagne reposant sur un concept équivalent après que l'annonceur en ait accompagné la genèse en faisant évoluer le projet de la seconde agence vers la création initialement proposée par la première.

On peut relever par ailleurs que la demande de garantie de l'annonceur vis-à-vis de la seconde agence est rejetée dans la mesure où il était informé du risque de contrefaçon et avait choisi, en connaissance de cause, d'acheter et de diffuser la campagne de publicité concernée.

7. CA Paris, Ch. 5-5, 26 novembre 2015, RG n° 14/05555.

8. Voir notre Synthèse « Droit de la publicité – mai 2014-mai 2015 » – LP n° 327, page 311.

9. CA Paris, Pôle 5, Chambre 2, 18 décembre 2015, RG n° 13/00332.

10. TGI Paris 3^e chambre 2^e section, 17 avril 2015 RG 13/00341 (décision définitive).

Relevons aussi que dans cette affaire le juge de la mise en état¹¹ avait fait application de l'article L. 3331-1-2 du Code de la propriété intellectuelle pour ordonner à l'annonceur de communiquer le plan média de la campagne publicitaire ainsi que les factures correspondant à la conception et à la réalisation de la campagne.

1.3 Marques

1.3.1. La Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurance (AGEA), titulaire de la marque « *Agent général d'Assurance. On assure mieux quand on connaît bien* », poursuivait le Crédit Agricole qui, dans une publicité télévisée, utilisait la phrase « *Au Crédit Agricole, on vous assure bien parce qu'on vous connaît bien. Crédit Agricole, banque et assurance* ».

La **cour d'appel de Versailles**¹² confirme le jugement du tribunal de grande instance de Nanterre ayant prononcé la nullité de la marque d'AGEA. La question qui se posait était celle du caractère distinctif de la marque.

Pour la cour, un slogan ne peut être considéré comme distinctif que « *s'il peut être perçu d'emblée comme une indication de l'origine commerciale des produits et services visés afin de permettre au public pertinent de distinguer sans confusion possible les produits et services du titulaire de la marque de ceux qui ont une autre provenance commerciale et qu'il ne suffit pas qu'il ne soit pas composé exclusivement de signes ou indications pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service.* »

La cour retient qu'il résulte d'un sondage produit par AGEA elle-même que, pour le consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, ce slogan – attirant l'attention sur le titre professionnel « *Agent général d'assurance* » – s'attachait globalement à cette activité sans distinguer les services d'un agent général spécifique par rapport à ses concurrents et sans que les consommateurs soient amenés à y voir l'origine commerciale des services fournis par les adhérents de la Fédération.

1.4 Concurrence déloyale et parasitisme

1.4.1. Henkel a lancé en 2014 sous la marque Schwarzkopf une gamme de produits de coloration pour les cheveux à base d'huile sans ammoniac dénommée « *Nectra Color* ».

L'Oréal, commercialisant depuis 2012 un produit directement concurrent nommé « *Olia* », s'est plaint d'agissements parasitaires aux motifs que le packaging et les éléments promotionnels de Nectra Color étaient délibérément rattachés aux principaux éléments caractéristiques du packaging Olia.


Le **tribunal de commerce de Paris**¹³ a fait droit à cette demande en relevant de nombreuses ressemblances entre les deux packagings (goutte dorée tombant d'une fleur, couleurs, graphisme, vocabulaire...) et ce en rupture avec les codes habituellement utilisés par Schwarzkopf.

Pour le tribunal : « *Attendu que si ces éléments pris isolément ne sont pas par eux-mêmes suffisants à démontrer un agissement parasitaire, il en est autrement de leur combinaison qui donne aux produits une impression visuelle d'ensemble similaire et qui constitue un faisceau d'indices ne laissant aucun doute quant à la volonté d'Henkel de s'immiscer dans le sillage d'une valeur économique identifiée ayant fait la preuve de son succès commercial.* » Le tribunal retient que la publicité de Nectra Color reprend également les caractéristiques essentielles du packaging d'Olia.

En conséquence, le tribunal prononce une condamnation à 100 000 € de dommages et intérêts, une interdiction immédiate de diffusion de la publicité et une obligation de cesser sous trente jours la commercialisation des packagings.

1.4.2. Cora, qui utilise pour sa promotion depuis 25 ans le slogan « *Gros volumes = petits prix* », a poursuivi Auchan pour parasitisme du fait de l'emploi des slogans « *Prix mini sur gros volumes* », « *Gros volumes à prix mini* » et « *Gros volumes, grosses économies* ».

Après avoir rappelé, sans surprise, que le parasitisme consiste « *à se placer dans le sillage d'une entreprise en profitant indûment de sa notoriété ou de ses investissements, indépendamment de tous risques de confusion* », la Cour de cassation¹⁴ rejette le pourvoi formé par Auchan à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui l'avait condamnée.

La **chambre commerciale**  reprend les constatations de l'arrêt d'appel selon lesquelles « *L'association de deux groupes de mots de trois syllabes "gros volumes" et "petits prix" chacun mis sur un pied d'équivalence, est distinctive de la société Cora dès lors que ce slogan est connu du grand public et identifié comme attaché à l'enseigne, ce qui résulte d'efforts de promotion et d'investissements* ».

La cour a ensuite constaté que la formule syntaxique d'Auchan était identique à celle de Cora et que les formules « *Prix mini sur gros volumes* » et « *Gros volumes à mini prix* » avaient une consonance et une résonance équivalentes à celle de Cora, ce qui ne saurait être fortuit, la même idée pouvant être exprimée de multiples façons.

La protection de slogans lapidaires est parfois retenue par les juridictions, ce qui est souvent utile. On peut cependant se demander si, en l'espèce, la proximité des slogans était si importante compte tenu tout de même de leur très grande banalité.

1.4.3. Radio France était poursuivie par trois syndicats de radios privées qui lui reprochaient la diffusion sur ses antennes de publicités en dehors de son cahier des charges.

Les syndicats produisaient au débat quatre mises en garde du CSA (non suivies de sanctions), les enregistrements sonores de deux publicités et une pige effectuée par Kantar faisant ressortir que les annonces pour des produits et services non conformes à ceux autorisés par le cahier des charges représentaient plus du quart des recettes publicitaires annuelles de Radio France.

11. Ord. JME TGI Paris 3^e chambre 2^e section 4 avril 2014 RG 13/00341.

12. CA Versailles, 12^e Ch. 17 mars 2015, RG 2014/03784, PIBD n° 1027.III.359.

13. T. com. Paris, 15^e Ch. 13 octobre 2014, n° 2014017148.


14. Cass. Com. 9 juin 2015, pourvoi n° 14-11242, *Légipresse* n° 330 p. 460.

Le **tribunal de commerce de Paris**¹⁵ condamne Radio France pour concurrence déloyale au motif que ses intrusions répétées sur un marché publicitaire lui étant interdit augmentent de fait la concurrence, et ce de manière illicite.

Sur le terrain de la preuve, on peut relever l'appréciation du tribunal qui, après avoir relevé que les messages publicitaires produits par les demandeurs n'avaient pas été constatés par huissier, les retient quand même au motif que « *si le message effectivement diffusé différait de celui présenté par les syndicats, il était facile à Radio France – ce qu'elle ne fait pas – de verser les messages réels au débat* ».

On peut estimer que cette appréciation (qui n'était pas indispensable à la solution du litige) est relativement inhabituelle sur le terrain de la charge de la preuve.

1.4.4. La cour d'appel de Versailles avait sanctionné en 2014 Pepsico pour une publicité réalisée pour Tropicana se terminant par le gros plan d'un fruit revêtu d'une étiquette portant la marque de l'annonceur au motif que cette idée était identique à celle exploitée depuis 1988 par Andros et générait un risque de confusion¹⁶.

La **Cour de cassation** ¹⁷ rejette le pourvoi. Elle rappelle les constatations factuelles de la cour d'appel et confirme que la reprise d'une « *idée publicitaire* » peut caractériser un acte de concurrence déloyale.

1.4.5. La société Bruno Saint-Hilaire, fabricant de vêtements, poursuivait la société exploitant les chaussures Kickers ainsi que la société Grey, son agence de publicité du fait d'une campagne diffusée à l'occasion des quarante ans de la marque dans laquelle figurait notamment l'expression « *Forever Young Since 1970* ».

Bruno Saint-Hilaire, titulaire de la marque Forever Young, se plaignait de faits de contrefaçon et de concurrence déloyale et parasitaire. Ainsi qu'il avait fait le tribunal de grande instance¹⁸, la **cour d'appel de Rennes**¹⁹ rejette les demandes.

Pour ce qui concerne la contrefaçon, la cour renvoie pour l'essentiel à la motivation du tribunal qui rappelle qu'une expression déposée à titre de marque, si elle est d'un usage commun peut être utilisée dans son acception courante, ce qui est le cas en l'espèce. Le tribunal précisait : « *La société demanderesse ayant choisi à titre de marque une expression usuelle dans l'univers de la mode ne peut, sous prétexte de la protéger, en interdire l'usage courant qui en est fait* ».

La cour ajoute que le signe « *Forever Young* » est très accessible aux éléments principaux de la publicité qui identifie très clairement la marque Kickers et qu'il n'y a pas de contrefaçon « *lorsque les éléments constituant la marque pris dans leur acception*

courante n'ont pas pour finalité de désigner l'origine commerciale des produits ».


Sur le terrain de la concurrence déloyale, la cour se réfère à nouveau à la motivation du tribunal qui avait constaté l'absence de situation de concurrence et l'utilisation de l'expression « *Forever Young* » dans son sens courant pour promouvoir les produits Kickers et non pour se placer dans le sillage de Bruno Saint-Hilaire.

La cour ajoute que cette dernière « *ne communique pas d'éléments de nature à démontrer qu'elle aurait engagé un travail intellectuel particulier ou des investissements pour utiliser le concept "Forever Young" et ne justifie pas que celui-ci ait une valeur économique individualisée ou encore qu'elle ait eu au plan commercial quelque succès que ce soit auprès de sa clientèle dont la société Euroca (Kickers) aurait tenté de profiter indûment* ».

1.4.6. La société Sonalto commercialisant des assistants d'écoute pré-réglée pouvant se substituer aux prothèses auditives a fait adresser par son agence de communication une tribune libre à plusieurs organes de presse sous le titre « *Audika va mal... les malentendants aussi* ».

Il était notamment indiqué dans cette tribune « *Audika vend à des prix prohibitifs un produit de santé pourtant indispensable à des millions de Français* », ou « *des marges qui font la fortune des audioprothésistes et la misère des plus de 5 millions de Français qui souffrent d'une perte auditive, même légère, restés sans solution* ».

Audika a poursuivi les deux entreprises ayant diffusé cette tribune libre pour des faits de concurrence déloyale et de dénigrement.

La **cour d'appel de Paris** ²⁰ reçoit la demande en jugeant que « *s'il existe un droit à la libre critique, une entreprise pouvant ainsi défendre ses propres intérêts commerciaux, encore est-il nécessaire que ces critiques ne cherchent pas à nuire en dénigrant systématiquement l'entreprise visée par celles-ci* » et qu'en l'espèce, Sonalto a « *cherché à jeter le discrédit sur Audika de telle sorte qu'il n'y a pas lieu à rechercher si les faits rapportés sont exacts ou non dès lors que ces commentaires visent à nuire à la réputation d'Audika* ».

On peut noter que la cour a également jugé que « *l'existence d'une situation de concurrence directe ou effective entre les parties concernées ne (constituait) pas une condition nécessaire de cette action (en concurrence déloyale)* », relevant tout de même par la suite que les parties intervenaient sur le même marché.

1.5 Publicité comparative

1.5.1. La société SCA Hygiène Products reprochait à une publicité de la société Procter & Gamble en faveur de produits pour incontinence de constituer une publicité comparative illicite et une pratique commerciale trompeuse.

Comme l'avait fait le tribunal²¹ de commerce de Nanterre, la **cour d'appel de Versailles**²² rejette les demandes. La publicité

15. T. com. Paris, 1^{re} chambre, 6 octobre 2015, RG J2015000495.

16. Voir notre Synthèse « Droit de la publicité » – mai 2013-mai 2014 – LP n° 316, page 316.

17. Cass. Com. 24 novembre 2015, n° 14-16806, LP n° 334, janvier 2016, page 7.

18. TGI Rennes, 2^e Ch. Civ. 30 juillet 2013, RG n° 11/00290.

19. CA Rennes, 3^e Ch. Com. 10 novembre 2015, RG n° 13/07381.

20. CA Paris, Pôle 5, Chambre 1, 22 mars 2016, RG n° 13/19984 – LP n° 337, p. 200.

21. T. Com Nanterre, 2^e Chambre, 7 mai 2015, RG n° 2015F00097.

22. CA Versailles, 12^e Chambre, 8 septembre 2015, RG N° 15/04464.

indiquait que les serviettes Always Discreet (Procter) étaient jusqu'à 40 % plus fines que la marque leader, à savoir Tena (SCA).

La publicité indiquait également que les produits Always Discreet absorbaient deux fois plus que nécessaire.

La cour constate que seule la première affirmation est comparative et qu'elle est régulière dès lors qu'elle porte sur une caractéristique pertinente et représentative des produits concernés, que ces produits sont équivalents et parfaitement identifiables, que la réalité de la finesse supérieure des produits concernés n'est pas critiquée et que l'annonceur peut choisir les paramètres qui lui sont favorables.

La cour retient que le second slogan est fondé sur une étude approfondie et spécialisée et que la référence à un besoin moyen d'absorption ne constitue pas une caractéristique indéterminée qui aurait un caractère trompeur.

La cour juge enfin que, contrairement aux affirmations de SCA, la présentation retenue par Procter en plaçant à proximité ses deux slogans n'est pas trompeuse, le message étant clairement différencié et leur position ne suffisant pas à donner le sentiment à un consommateur moyennement attentif que ses produits sont deux fois plus efficaces que ceux de son concurrent.

Il est enfin possible de noter que la cour relève que l'avis favorable de l'Arpp est nécessaire à la diffusion d'une publicité télévisée, mais qu'elle rappelle également que celui-ci « ne constitue pas une certification officielle permettant de dégager l'annonceur de son éventuelle responsabilité. »

1.6 Contrefaçon

1.6.1. À l'occasion de la performance réalisée par l'équipe de France de Basket-Ball aux championnats d'Europe, son sponsor Nike a réalisé avec l'agence Ubi Bene un événement consistant à recouvrir la statue parisienne de Winston Churchill d'un maillot de basket géant de l'équipe de France de Basket-Ball portant le numéro 9 et le logo de Nike.

L'événement a été repris dans la presse écrite ainsi que dans le journal télévisé de TF1. Jean Cardot, auteur de la sculpture, a poursuivi l'agence et l'annonceur en contrefaçon.

La cour d'appel de Paris²³ a fait droit à ses demandes en considérant que son œuvre avait été détournée à des fins publicitaires et dénaturée sans son accord et sans que son nom ait été mentionné. En conséquence, chacune des sociétés défenderesses a été condamnée à payer à l'artiste les sommes de 60 000 € au titre de son préjudice patrimonial et de 7 500 € en réparation de son préjudice moral, outre une publication judiciaire.

²³. CA Paris, Pôle 5, Chambre 2, 19 juin 2015, RG 14/13108.

II. LES RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES


2.1 Alcool

2.1.1. La Cour de cassation était saisie une seconde fois de l'affaire opposant l'ANPAA au Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux. Rappelons qu'il s'agissait d'une campagne présentant des professionnels de la filière viti-vinicole présentés en tenue de ville et tenant des verres à la main.

La validité de cette campagne avait été admise par la cour d'appel de Paris²⁴ puis par la cour d'appel de Versailles²⁵, après que la Cour de cassation avait cassé la décision de la cour d'appel de Paris²⁶.

Cette fois la 1^{re} chambre civile ²⁷ s'incline face à la résistance des juges du fond, rejette le pourvoi et les poursuites engagées par l'ANPAA sont définitivement rejetées.

2.1.2. La maison de Champagne Pommery était poursuivie pour une publicité reproduisant une œuvre d'art installée dans ses crayères à l'occasion de l'une des expositions d'art contemporain qu'elle organise chaque année. Le visuel présentait également une bouteille de la Cuvée Louise ainsi que les expressions « *Expérience Pommery #10 – Vertigo octobre 2012 – Œuvre de Jacqueline Dauriac* » ainsi que « *Masterpiece by Pommery* ».

Le tribunal de grande instance de Paris ²⁸ rejette l'ensemble des demandes de l'ANPAA et condamne cette dernière à payer les sommes de 1 000 € à chacune des sociétés Vranken Pommery Monopole, Vranken Pommery Production et la Société éditrice du Monde.

Le tribunal retient que le visuel présente des crayères, ce qui correspond à un terroir de production. Il estime que la présentation générale de l'annonce ne peut être considérée comme incitative à une consommation excessive et festive d'alcool et qu'elle est donc licite. Il constate que l'emploi du sigle « # » ne vise pas à inciter une population jeune et branchée à consommer des bouteilles de champagne vendues 180 €. Il juge enfin que l'expression « *Masterpiece by Pommery* » correspond à la spécificité de cette cuvée de prestige haut de gamme et met en avant de manière objective ses caractéristiques techniques et gustatives. L'ensemble de la publicité est donc considéré conforme à la réglementation. Il est à noter que le tribunal rappelle ne pas être lié par les avis de l'Arpp.

2.1.3. La marque Carlsberg commercialisait des packs de bière faisant référence au championnat de football anglais par la reproduction de son logo et de l'image de joueurs y participant. Les produits annonçaient également un jeu véhiculé sur la page Facebook de la marque.


²⁴. CA Paris, Chambre 5-11, 26 février 2010 (Voir notre Synthèse « Droit de la publicité – mai-2009-mai 2010 » – LP n° 272, page 56).

²⁵. CA Versailles, 3^e Chambre, 3 avril 2014 (Voir notre Synthèse « Droit de la publicité – mai 2013-mai 2014 » LP n° 316, page 317).

²⁶. Civ. 1^{re}, 23 février 2012 (Voir notre Synthèse « Droit de la publicité – mai 2011-mai 2012 » LP n° 294, page 335).

²⁷. Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2015 n° 14-17368, v. le commentaire dans *Légipresse* n° 330 p. 495.

²⁸. TGI Paris, 5^e Chambre, 2^e Section, 19 novembre 2015, RG 13/13724 (Décision frappée d'appel) – LP n° 333, p. 643.

Le juge des référés²⁹ avait accueilli la demande de retrait des conditionnements et de suppression du jeu. La **cour d'appel** ³⁰ confirme cette ordonnance. Elle estime que les éléments ci-dessus n'appartiennent pas à la liste de ce qui est autorisé par l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique.

L'essentiel de la discussion portait sur le statut des conditionnements puisque le dernier alinéa de ce texte énonce : « *Le conditionnement ne peut être reproduit que s'il est conforme aux dispositions ci-dessus (origine, composition, élaboration, mode de consommation...).* » La cour note que l'interprétation *a contrario* de ce texte par Carlsberg, « *tendant à opérer une distinction entre publicité et conditionnement est confortée par la loi elle-même qui ne vise pas le conditionnement et ne permet sa reproduction que s'il est conforme à ses dispositions* ». Elle n'en tire cependant pas les conséquences nécessaires puisqu'elle juge que le texte « *sous-entend que le conditionnement est utilisé par les distributeurs comme support de publicité* » et qu'il s'agit « *d'une propagande en faveur de cette boisson alcoolique* ».

Ceci n'est pas contestable, mais n'empêche pas que le législateur a soumis ces supports spécifiques que sont les conditionnements à des règles distinctes des autres supports publicitaires et que ce n'est que s'ils sont reproduits sur d'autres supports qu'ils doivent être conformes aux règles de la loi Evin.

Il y avait là à tout le moins un obstacle empêchant de constater que les conditionnements de Carlsberg constituaient un trouble « *manifestement illicite* » au sens de l'article 809 du Code de procédure civile.

Quant au jeu, il est interdit, bien qu'il ait été retiré par Carlsberg dès avant l'ordonnance de référé, et ce pour le seul motif qu'il constituait un parrainage illicite en faveur du championnat anglais de football.

2.1.4. Dans l'affaire de la publicité Grant's « *Ensemble pour un grand whisky* », le juge des référés³¹ avait rejeté la demande de l'ANPAA en retenant que ce slogan et la signature « *Stand Together* » illustraient les visuels mettant en scène des professionnels de la maison Grant's, se référaient à l'esprit d'équipe de cette entreprise et que dès lors aucun trouble illicite n'était établi.

La **cour d'appel** ne rentre pas dans le fond du débat³² à cet égard puisqu'elle constate en amont que la campagne avait été cessé d'être diffusée lorsque le juge des référés a statué, ce qui excluait le risque de dommage imminent.

2.2 Tabac

2.2.1. Plusieurs débits de boissons parisiens étaient poursuivis par l'Association Droits des non-fumeurs (DNF) car ils autorisaient les consommateurs à fumer sur leur terrasse qui, selon des constats d'huissiers, était intégralement fermée.

Le tribunal de grande instance de Paris³³, puis la cour d'appel de Paris, avaient débouté DNF de ses demandes.

L'arrêt de la cour d'appel a été cassé le 13 juin 2013³⁴ au motif que la terrasse était fermée par ses trois côtés principaux et munie seulement d'une aération partielle sous toiture.

Statuant sur renvoi, la **cour d'appel de Versailles**³⁵ statue dans le sens de la Cour de cassation en retenant que la terrasse présentait « *un aspect hermétiquement clos* » et que dès lors l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif devait recevoir application.

2.2.2. Le CNCT poursuivait BAT qui avait organisé un déjeuner dans le restaurant Chez Françoise où étaient invités des membres du Club des parlementaires amateurs de Havane en estimant qu'il s'agissait à la fois de propagande et de publicité illicite en faveur du tabac.

Le **tribunal de grande instance de Paris**³⁶ relaxe BAT en rappelant que la propagande peut se définir comme « *un ensemble d'actions psychologiques exercées sur les pensées et les actes d'une population afin de l'influencer, de l'endoctriner ou de l'embrigader. Elle se distingue de la publicité par son objet car elle n'est pas censée faire la promotion de produits de type commercial* ».

Il constate que le repas n'a fait l'objet d'aucune communication particulière orchestrée par BAT et qu'il n'avait pas vocation à avoir un quelconque retentissement dans le public.


De même, l'allocution qui a pu être tenue par le président de BAT à cette occasion ne pouvait être considérée comme une action systématique entrant dans le champ d'une opération de propagande.

Par ailleurs, le tribunal estime que la fourniture de cigares aux convives ainsi que la présence du logo BAT sur le menu du déjeuner ne sont pas des publicités illicites dès lors que BAT France ne commercialise pas de cigares, que la présence du logo sur les menus « *n'apparaît pas comme une publicité ayant pour objet d'inciter le public à acheter les produits de la SAS BAT France* » et que « *on ne peut pas considérer que les cadeaux offerts au cours de ce repas avaient vocation à inciter les membres de ce club à acheter des paquets de cigarettes* ».

2.2.3. Le CNCT poursuivait les organisateurs du salon professionnel Losangexpo pour des actes de publicité et de propagande illicite en faveur du tabac.

Ses demandes sont rejetées³⁷ pour les raisons suivantes :

- Pour le CNCT, l'organisation du salon lui-même constituait une propagande en faveur du tabac.

Le **tribunal** , après avoir défini ici aussi la propagande comme

29. Ord. Réf. TGI Paris, 21 octobre 2014.

30. CA Paris, 9 février 2016, RG n° 14/21306, v. le commentaire dans *Légipresse* n° 336 p. 173.

31. Référé TGI Paris, 10 décembre 2014, RG n° 14/59977.

32. CA Paris, Pôle 1, Chambre 4, 5 avril 2016, RG n° 14/25490.

33. TGI Paris, 9 mai 2012.

34. Cass. Civ. 2, 13 juin 2013, n° 12-22178.

35. CA Versailles 3^e Ch., 11 juin 2015, RG 13/07155.


36. TGI Paris, 31^e Ch. Correct. 2, 18 novembre 2015, RG 14157000348.

37. TGI Paris, 31^e Chambre, 18 novembre 2015, *Légipresse* n° 335 p. 78.

« un ensemble d'actions psychologiques exercées sur les pensées et les actes d'une population afin de l'influencer, de l'endoctriner ou de l'embrigader », rejette la demande en constatant « l'absence d'une action exercée sur l'opinion pour lui faire accepter la production ou la consommation de tabac et gagner de nouveaux adeptes », la manifestation destinée à soutenir l'activité des buralistes ne relevant pas des actions prohibées par la loi Evin.

• Sur la publicité qui consistait en la présence d'affiches en faveur des marques de cigarettes sur les stands des fabricants et en la remise de cadeaux dans les allées, le tribunal « constate qu'étant réalisé dans un salon professionnel en application de la liberté d'entreprendre et de la liberté d'opinion au soutien de l'exercice d'une activité licite, ces actions n'ont aucun impact sur la consommation de tabac et ne relèvent pas de l'application de la loi Evin, seul le grand public étant visé par la protection édictée. »

2.2.4. Le CNCT poursuivait le producteur de cigares Dannemann pour avoir fait figurer sur des paquets de sa marque Moods une mention « Eco-emballage », la référence à son service consommateur et des indications sur la société et son produit (origine, fabrication...). La cour d'appel de Paris³⁸ avait partiellement relaxé les sociétés poursuivies.


La **chambre criminelle** ³⁹ casse au motif que « les mentions figurant sur les paquets de tabac qui associent le tabac à une conscience écologique, à une société ancienne utilisant des produits sélectionnés selon une certaine méthode de fabrication, et s'engageant à apporter au consommateur une entière satisfaction par un service après-vente, constituent une publicité en faveur du tabac ».

Si cette décision est conforme à une jurisprudence maintenant habituelle pour les indications relatives à la composition ou à la fabrication des produits, elle est plus surprenante sur les deux autres points.

La simple présence de la mention « Eco-emballage » sans aucune mise en avant alors qu'il s'agit d'une obligation réglementaire n'est objectivement pas publicitaire. Il en va de même de la référence à l'adresse d'un service consommateur qui est purement informative. Il est vrai qu'en l'espèce, le fabricant évoquait l'entière satisfaction que ce produit pourrait procurer en la mettant en relation avec cette adresse, ce qui est sans doute plus contestable.

2.2.5. L'Association Les droits des non-fumeurs poursuivait les responsables du site internet Paris Première sur lequel avait été diffusée une émission présentant diverses personnalités échangeant des propos à l'occasion d'un dîner au cours duquel trois de ces personnalités pouvaient être vues en train de fumer des cigarettes.

Le tribunal de grande instance de Paris⁴⁰ avait relaxé les personnes poursuivies en considérant que les faits critiqués n'avaient pas eu vocation de valoriser la consommation du tabac ni d'inciter le spectateur à céder à une telle consommation, que les propos échangés avaient été totalement étrangers à l'action de fumer, qu'aucune marque de cigarettes n'avait été évoquée et qu'aucun sentiment, expression, voire geste, n'était venu suggérer le plaisir lié à l'action de fumer.

La **cour d'appel** ⁴¹ infirme le jugement en condamnant les personnes poursuivies sur les intérêts civils, le Parquet n'ayant pas fait appel. La cour rappelle qu'est prohibée « toute forme de communication commerciale (...) ayant pour but ou pour effet de promouvoir le tabac ou un produit du tabac », que le format de l'émission permettait, lors du montage, de choisir des plans excluant la présentation des trois personnes en train de fumer et que la séquence « a été de nature à constituer la diffusion d'images participant à la promotion du tabac et de propagande illicite, et ce même en l'absence de tout propos ou expression complémentaires valorisant cet instant ».

On observera le glissement fait par la cour entre la notion de « communication commerciale » et celle de « diffusion d'images » qui semble pourtant différente. Cette décision a été frappée d'un pourvoi.

2.2.6. La **cour d'appel de Paris** a statué sur l'utilisation d'écrans d'ordinateurs comme supports de publicités diffusées dans des débits de tabac en faveur de marques de cigarettes.

Le CNCT rappelait que seule la publicité par affichette était autorisée au sein des débits de tabac. Le buraliste poursuivi estimait que les images fixes sur un écran d'ordinateur correspondaient à cette notion d'affichette.

Le tribunal de grande instance de Créteil⁴² lui avait donné raison. La cour d'appel de Paris⁴³ confirme le jugement. Pour la cour, ni la loi ni son décret d'application « ne comportent aucune mention et limite sur le support d'application » que constitue l'affichette. Elle juge que les « pages numériques n'étaient, dans le contexte de ce débit de tabac, que la version dématérialisée de la feuille comprise dans la définition de l'affiche ». Il s'agit d'une décision intéressante par l'adaptation du raisonnement juridique à l'évolution des techniques. **E. A.**

38. CA Paris, Chambre 4-11, 28 octobre 2014.

39. Cass. Crim. 15 décembre 2015, pourvoi n° 14-87439, *Légipresse* n° 334 p. 15.

40. TGI Paris, 31^e, 31/2, 15 mars 2013.

41. CA Paris, Pôle 4, Chambre 11, 20 novembre 2015, RG n° 13/03414, *Légipresse* n° 334 p. 15.

42. TGI Créteil, 9^e Ch. 3 septembre 2014.

43. CA Paris, Pôle 4, Chambre 11, 18 mars 2016, RG n° 14/08917.