

## Droit de la publicité

Mai 2012 - mai 2013

Année de transition dans les différents domaines du droit de la publicité. Les solutions traditionnelles sont, pour l'essentiel, réaffirmées par les tribunaux.

Relevons tout de même parmi une jurisprudence toujours assez fournie :

- le développement des décisions faisant application des dispositions de l'article L.120-1 du Code de la consommation en matière de pratiques commerciales déloyales,
- le maintien erroné du reproche fait aux publicités pour les alcools d'être incitatives,
- une appréciation très large de la notion de parasitisme,
- ou encore les sanctions assez considérables prononcées dans l'affaire opposant Free à Bouygues Télécom.

### I. LA RÉGLEMENTATION GÉNÉRALE

#### 1.1 Pratiques commerciales déloyales

1.1.1. Comme chaque année, cette chronique est généreusement nourrie par les décisions rendues dans les affaires opposant les Centres Leclerc au monde de la pharmacie. Une publicité de l'enseigne représentait l'image d'une divinité hindoue à multiples bras dont chacun désignait une marque avec l'indication de son écart de prix avec Leclerc, écart variant de + 3,82 % à + 46,90 %. Une chaîne de pharmacies et un syndicat professionnel poursuivaient cette campagne au motif que les prix relevés étaient largement inexacts et que les produits utilisés pour la comparaison n'étaient pas représentatifs. La **cour d'appel de Colmar le 12 juin 2012** (1) fait droit à la demande en se fondant notamment sur la jurisprudence de la CJCE (2). Elle indique notamment que si le périmètre de la publicité comparative est librement décidé par l'auteur de la publicité, celle-ci doit demeurer loyale et ne doit pas laisser penser que tous les produits de l'annonceur ont été pris en considération pour calculer le niveau général des prix.



Éric Andrieu  
Avocat au Barreau de Paris  
Cabinet Péchenard & Associés

Elle constate en l'occurrence que « la publicité donne bien l'apparence à la suite d'une lecture rapide, qui est celle de la plupart des consommateurs, qu'elle est une comparaison du niveau général des prix, même s'il figure sur celle-ci la mention moins apparente qu'elle ne concerne qu'un échantillon de cent seize produits. Qu'elle omet de mentionner par ailleurs que les cent seize produits ont été choisis sur la base de critères définis par la société Leclerc... ». Elle en déduit que cette publicité était « de nature à induire en erreur par son apparence un peu ambiguë un nombre significatif de consommateurs. »

La position de la cour peut se discuter dans la mesure où, au-delà des principes retenus, la référence à la lecture rapide de la plupart des consommateurs

ainsi qu'à une apparence « un peu » ambiguë est peu satisfaisante. La société Leclerc est condamnée à payer au total une somme de 260 000 € à titre de dommages et intérêts au terme de cette décision dont l'intérêt majeur est sans doute de rappeler le caractère très factuel de l'examen de ce type de dossier.

1.1.2. Comme chaque année également, un certain nombre d'enseignes de la grande distribution ont été condamnées du fait de la mise en place de certaines opérations promotionnelles. Il est notamment possible de citer trois jugements du **tribunal de grande instance de Rouen** (3) prononcés à l'encontre de sociétés exploitant des magasins Leclerc. Elles étaient poursuivies pour avoir commercialisé des produits dont les emballages faisaient état d'une gratuité partielle (dont X % gratuit, ou + X % gratuit). Le tribunal condamne ces sociétés à des peines d'amende allant de 10 000 à 100 000 € sur la base de pratiques commerciales trompeuses, dès lors qu'il n'existait aucun prix de référence permettant d'apprécier la réalité de la gratuité annoncée ou que le prix de vente ne tenait pas réellement compte de cette gratuité.

### Sommaire

- P. 315** I. La réglementation générale
- 1.1 Pratiques commerciales déloyales
  - 1.2 Concurrence déloyale et parasitisme
  - 1.3 Droit à l'image / Vie privée
- P. 318** II. Les réglementations spécifiques
- 2.1 Publicité comparative
  - 2.2 Alcool
  - 2.3 Tabac
  - 2.4 Ventes subordonnées
  - 2.5 Crédit à la consommation

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


1. CA Colmar, 1<sup>er</sup> ch. Civ, 12 juin 2012.
2. CJCE, 19 septembre 2006 – *Lidl c/ Colruyt*.
3. TGI Rouen, 4<sup>e</sup> ch. n° 11049000006, 27 avril 2012.

Pour le tribunal, le système de référence à un taux de gratuité impliquait certaines contraintes : « - *L'existence d'une référence de comparaison du même produit avec la même quantité nominale pour se présenter avec une quantité gratuite intégrée ou avec une quantité nominale sans la quantité supplémentaire gratuite.*

- *Cette référence de comparaison doit avoir été commercialisée antérieurement ou au plus tard en même temps que le produit avec allégation de gratuité, dans le même magasin ou à tout le moins dans la même zone de chalandise.*

- *Le prix du produit avec allégation de gratuité doit être ajusté en fonction du prix de sa référence de comparaison ».*

Les magasins mettaient en avant leur bonne foi et l'absence d'élément moral de l'infraction, ce que le tribunal n'a pas accepté, estimant qu'il revenait à leurs responsables de mettre en place un système de vérification permettant d'apprécier la mise en œuvre effective au profit des consommateurs des gratuits annoncés.

**1.1.3.** Dans une affaire où la société Hewlett-Packard était poursuivie pour avoir commercialisé des ordinateurs sur lesquels était installé un système d'exploitation, la décision de condamnation par la cour d'appel de Versailles (4) a été cassée par la **première chambre civile le 12 juillet 2012** (5) . Rappelons que la cour d'appel avait considéré que la vente d'ordinateurs avec logiciels d'exploitation pré-installés était contraire aux exigences de la diligence professionnelle puisque cette pratique était susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur dont les choix se trouvaient réduits. Pour la Cour de cassation, le consommateur pouvait s'orienter vers le site dédié aux professionnels pour y trouver des ordinateurs nus. Elle met en avant l'observation présentée par Hewlett-Packard selon laquelle l'installation d'un système d'exploitation libre était une démarche délicate.

**1.1.4.** Dans le même esprit, un particulier ayant acheté un ordinateur Sony dans un magasin Conforama poursuivait le constructeur pour pratique commerciale déloyale et trompeuse dès lors que l'ordinateur comportait un certain nombre de logiciels pré-installés. Le **tribunal d'instance d'Asnières rejette le 13 septembre 2012** sa demande en constatant que son comportement économique n'a pas pu être altéré : « *Il convient de constater que MD est un consommateur particulièrement avisé, connaissant le marché et ayant étudié le marché informatique avant d'effectuer son achat ; qu'il n'a pas été victime d'une contrainte quelconque pouvant altérer son jugement ; que la vente de l'ordinateur portable grand public équipé de logiciels ne figure pas parmi les pratiques déloyales ; que MD connaissait les caractéristiques du produit.* » Il est intéressant de constater d'une part la référence permanente maintenant faite par les juridictions françaises aux dispositions sur les pratiques commerciales déloyales et d'autre part, le recours à des appréciations de bon sens sur le fond du dossier pour apprécier l'existence ou non de telles pratiques.

**1.1.5.** La CJUE était saisie par les juridictions britanniques de publicités diffusées notamment dans la presse et indiquant aux consommateurs qu'ils avaient gagné une dotation. Il s'avérait que l'obtention de ces dotations, de valeur très variable, impliquait des dépenses pouvant être aussi importantes que le prix de la dotation elle-même. De surcroît, la description des dotations était parfois insuffisante, parfois carrément mensongère. Dans son arrêt du **18 octobre 2012**, la CJUE (7) considère, au visa du point 31 de l'Annexe 1 de la directive de 2005 que l'obtention d'un prix ne doit pas être liée à une dépense. Elle rappelle cependant que la participation à un jeu peut être liée à un achat mais cherche ainsi à « *préserver l'intégrité de la notion de "prix"* ». Elle précise que cette interprétation est valable quelle que soit l'importance de la dépense à effectuer et ce même si une alternative gratuite est proposée. Cette décision, parfaitement justifiée dans le contexte dans lequel elle est intervenue, serait sans doute plus critiquable si elle était appliquée à des hypothèses de loteries commerciales telles qu'elles sont habituellement proposées en France par les industriels.

**1.1.6.** Une association reprochait à la société Candia la diffusion d'un certain nombre d'allégations figurant sur son site internet ainsi que sur l'emballage de ses produits Silhouette Active et dont la caractéristique commune était d'évoquer un principe actif aidant à manger moins sans sensation de faim. Le tribunal de grande instance de Paris (8), après avoir considéré qu'il s'agissait d'une violation du règlement 1924/2006 sur les allégations de santé, sanctionne dans son **jugement du 13 novembre 2012** Candia pour pratique commerciale trompeuse. Le tribunal rappelle tout d'abord que les pratiques commerciales trompeuses, qui sont une forme des pratiques commerciales déloyales, devront pour être sanctionnées réunir « *outre les éléments constitutifs qui leur sont propres, les éléments constitutifs définis à l'article L. 120-1* » du Code de la consommation et que ces dispositions doivent être interprétées au regard de la directive du 11 mai 2005. Mais le tribunal sanctionne la société Candia au motif que son affirmation sur « *l'existence d'un effet certain de la consommation d'un produit sur le sentiment de satiété et la réduction de la prise d'aliments, et partant sur la perte de poids (...)* alors qu'il n'existe pas de consensus scientifique » sur ce point « *est contraire aux exigences de la diligence professionnelle* ». Par ailleurs, s'agissant d'une affirmation sur une qualité essentielle du produit conditionnant son achat et donc susceptible d'altérer de façon substantielle le comportement économique du consommateur, il s'agit d'une pratique interdite.

**1.1.7.** Une société était poursuivie pour pratiques commerciales trompeuses pour avoir fait diffuser des publicités sur internet évoquant la possibilité de télécharger des sonneries téléphoniques gratuites sur un portable, qui étaient contestées par le parquet. Faisant application des nouveaux principes émanant de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, le **tribunal de grande instance de Nanterre (3 février 2012)** (9) note qu'il

4. CA Versailles, 5 mai 2011 (voir notre Synthèse « Droit de la publicité (mai 2011-mai 2012) », LP n° 294, mai 2012, p. 331).

5. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2012, LP n° 297-08.

6. TI Asnières, 13 septembre 2012.

7. CJUE, 6<sup>e</sup> ch., 18 octobre 2012, n° C-428/11, LP n° 299, p. 627 – Commentaires Éric Andrieu.

8. TGI Paris, 1/4 Social, 13 novembre 2012, RG n° 10/10108.

9. TGI Nanterre, 15<sup>e</sup> ch., 3 février 2012, n° 08/156457.

« n'est pas établi par l'accusation que la pratique commerciale visée ait impliqué que la décision d'achat du produit par les consommateurs auxquels s'adresserait la publicité litigieuse était susceptible d'être altérée » et prononce en conséquence une relaxe.

**1.1.8.** L'acheteur d'un flambeau d'extérieur et du gel destiné à l'alimenter ayant été victime d'une explosion poursuivait le vendeur. Au-delà du débat sur la responsabilité du chef de blessures involontaires, se posait une question de publicité trompeuse, les prévenus ayant été condamnés pour publicité de nature à induire en erreur du fait des mentions insuffisantes figurant sur la notice d'utilisation accompagnant le flambeau litigieux. Les prévenus soutenaient que ce document se trouvant à l'intérieur du produit et donc uniquement visible après son achat ne pouvait constituer un document publicitaire au sens de l'article L. 121-1 du Code de la consommation. La chambre criminelle de la **Cour de cassation dans son arrêt du 15 mai 2012** (10) rejette le pourvoi. Sans répondre directement aux points soulevés par les prévenus, elle note que « constitue un document publicitaire, tout document commercial dont les indications et la présentation permettent aux clients potentiels de se former une opinion sur les résultats attendus du bien ou du service proposé ». On peut se demander si cette appréciation ne mélangerait pas les notions de publicité et d'information ; d'ailleurs, la notice se trouvant à l'intérieur du produit ne concernait plus le « client potentiel » qui était logiquement visé par la Cour de cassation mais bien un client avéré ayant déjà acheté le produit.

**1.1.9.** La Cour de cassation était saisie d'une affaire assez proche de celle qui avait mis en cause la société Kelkoo et qui avait donné lieu à un arrêt de la chambre commerciale du 29 novembre 2011 (11). Dans cet arrêt important, la Cour rappelait que la cour d'appel devait vérifier si les faits reprochés étaient susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur. Dans ce nouveau dossier, un industriel poursuivait la société LeGuide.com, comparateur de prix sur internet, à qui il reprochait de mettre en avant les produits de sociétés lui versant une rémunération sans le faire ressortir avec suffisamment de clarté, commettant ainsi des pratiques déloyales et trompeuses. LeGuide.com contestait sa responsabilité en estimant, d'une part, que son site n'était pas publicitaire et, d'autre part, que la cour d'appel n'avait pas suffisamment qualifié l'altération substantielle du comportement économique du consommateur en se contentant de relever que « la clientèle potentielle d'un commerçant (pouvait) être détournée vers des concurrents qui ont payé pour obtenir un référencement prioritaire », motif purement abstrait ne suffisant pas à qualifier l'infraction. Le **4 décembre 2012, la chambre commerciale** (12) constate qu'il s'agit bien d'assurer la promotion des produits bénéficiant du référencement prioritaire, et donc d'une activité de « prestataires de services commercial et publicitaire ». Sur le second point, elle estime que la démonstration de la cour d'appel est suffisante.

## 1.2 Concurrence déloyale et parasitisme

**1.2.1.** La société Parfums Christian Dior poursuivait la société Ferragamo Parfums du fait du lancement du parfum « Signorina » dont elle estimait que la présentation, d'une part, et la campagne publicitaire, d'autre part, constituaient des agissements parasitaires vis-à-vis de son parfum « Miss Dior ». Il s'agissait d'une procédure de référé dans laquelle le président du tribunal puis la cour (13) ont fait droit aux demandes de Dior en interdisant non seulement la promotion du parfum « Signorina » sur le territoire français mais sa distribution et sa commercialisation. Ils ont également ordonné le retrait du marché français de l'ensemble des produits concernés. La motivation de la cour reprend les définitions traditionnelles du parasitisme en insistant sur le fait que « le comportement parasitaire doit être apprécié non pas (...) au vu des différences entre les produits concernés mais au regard de leurs similitudes, de leur ressemblance d'ensemble et du risque de confusion ainsi créé dans l'esprit du consommateur de moyenne attention ». Ils relèvent la renommée de Dior et du parfum « Miss Dior », l'identité des clientèles entre les deux marques et les analogies dans la présentation du flacon de parfum et de son emballage.

Pour la cour, « ces similitudes entraînent, par la reprise d'éléments caractéristiques fortement évocateurs du parfum "Miss Dior" une ressemblance d'ensemble de nature à créer la confusion dans l'esprit de la clientèle normalement avisée et précisément visée par ce segment de marché ». Ils retiennent que la présentation publicitaire renforce cette ressemblance d'ensemble du fait de la « représentation d'une jeune femme romantique avec de longs cheveux située dans un décor de dominante rose poudré, située dans un appartement orné de moulures et d'apparence chic, le flacon du parfum étant quant à lui présenté sur le même fond rose poudré ». La cour voit dans l'ensemble de ces éléments la volonté de Ferragamo de se placer dans le sillage de Christian Dior pour « profiter de son savoir-faire, de sa notoriété et de ses investissements pour commercialiser son parfum ».

**1.2.2.** Par jugement du 22 février 2013, le tribunal de commerce de Paris a été amené à statuer dans le contentieux opposant l'opérateur Bouygues Télécom à Free (14). Bouygues Télécom se plaignait d'une campagne de dénigrement de la part de Free au moyen de différents supports publicitaires, de conférences de presse et de présence sur les réseaux sociaux, Free présentant ses concurrents comme auteurs d'« escroquerie », de « gruge », de « racket », d'« arnaque » et leurs consommateurs comme des « pigeons » et des « vaches à lait », le reproche visant notamment l'existence de toutes les offres supérieures à 20 € par mois. Pour le tribunal, les termes employés sont particulièrement graves et constituent un acte de dénigrement constitutif de concurrence déloyale. Il insiste sur son caractère systématique et obstiné ainsi que sur sa large diffusion pour condamner Free à 15 millions d'euros au titre de la perte de clientèle de Bouygues Télécom et ce, sur la base d'un calcul effectué par un expert choisi par

10. Cass. Crim. 15 mai 2012, n° 11-83301.

11. Voir notre Synthèse « Droit de la publicité (mai 2011-mai 2012) », LP n° 294, mai 2012, p. 330)

12. Cass. Com. 4 décembre 2012 (pourvoi n° 11-27729), LP n° 303-16.

13. CA Paris, Pôle 1, ch. 3, 9 octobre 2012

14. T. Com Paris, 22 février 2013, LP n° 304-01.

cette dernière. Le tribunal estime ensuite que la stratégie de dénigrement de Free lui a permis de s'emparer du positionnement historique de Bouygues Télécom (jeune opérateur dynamique et novateur), ce qui justifiait une condamnation complémentaire à 10 millions d'euros. Il est sans doute légitime de s'interroger sur le cumul de ces deux sanctions et sur le droit acquis de Bouygues Télécom à conserver *ad vitam aeternam* son positionnement de jeune opérateur dynamique et novateur.

Reconventionnellement, le tribunal a estimé que le fait pour Bouygues Télécom de présenter Free comme un « coucou », c'est-à-dire un oiseau s'installant dans le nid des autres, déjà jugé dénigrant par un jugement du même tribunal du 17 juin 2011, était dénigrant comme les critiques plus générales de Bouygues Télécom sur son concurrent en indiquant que son réseau serait inexistant, son fonctionnement calamiteux, ses services inconsistants... En conséquence, Free a été condamnée au paiement de 5 millions d'euros. Il sera intéressant de voir si la cour d'appel, que Free a déclaré avoir saisie, confirme ces sanctions.

### 1.3 Droit à l'image / Vie privée

**1.3.1.** Par arrêt du **21 septembre 2011**, la **cour d'appel de Paris** (15) a eu l'occasion de rappeler un principe qui tend à devenir constant dans le domaine de la cession de droit à l'image. Un mannequin se plaignait de voir des photos d'elle reproduites dans un ouvrage « à forte connotation érotique ». Elle avait posé pour un photographe plusieurs années avant la parution de l'ouvrage et avait consenti une cession très générale dont elle contestait la validité. La cour rappelle que les contrats de cession des droits d'exploitation de l'image sont soumis au régime général des obligations et non aux règles spécifiques du Code de la propriété intellectuelle. Il suffit en conséquence que les conditions de l'article 1108 du Code civil soient réunies. En l'espèce, elle juge notamment que le caractère très large de l'autorisation accordée ne peut être invoqué, quand bien même il s'agissait d'une exploitation de l'image pour tout support et pour le monde entier, ces éléments n'étant pas de nature à vicier la cession des droits en raison du principe de l'autonomie de la volonté qui permet aux parties de déterminer librement l'étendue de leurs droits et de leurs obligations.

**1.3.2.** Dans le même sens, la **cour d'appel de Grenoble** a, par arrêt du 3 septembre 2012 admis la validité d'un contrat signé par une jeune fille qui, parallèlement à son engagement pour le tournage d'un film pornographique, avait autorisé son producteur à utiliser son image par tous moyens dans le monde entier pour une durée de 99 ans (16). La cour considère qu'il n'y a pas de nullité pour vice de perpétuité puisque l'autorisation porte sur un droit de la personnalité et non sur la prestation de la jeune fille. Elle considère que les raisons alimentaires invoquées par la comédienne ne suffisent pas à caractériser la contrainte qu'elle invoquait. Elle estime enfin que l'objet de la convention était suffisamment déterminé.

**1.3.3.** Une jeune fille de 15 ans avait participé à une prise de vue réalisée pour une publicité de l'Association Droits des Non Fumeurs. Sa mère avait confirmé son accord à cette fin et avait eu connaissance d'une maquette qui présentait une femme avec une cigarette orientée vers le bas dans la bouche. Elle regardait en direction de la cigarette les yeux mi-clos, une main d'homme était posée sur sa tête, le slogan étant « *Faites plaisir aux industriels du tabac : continuez à fumer. En fumant, vous leur permettez de réaliser 25 milliards d'euros de bénéfice.* » Le visuel finalement réalisé était cadré de telle manière que la photo faisait apparaître le pantalon de l'homme et que la cigarette de la jeune fille arrivait jusqu'à ce pantalon au niveau de son sexe. La jeune fille ne regardait plus sa cigarette mais avait les yeux grands ouverts en direction du visage de l'homme, le slogan étant finalement « *Fumer, c'est être l'esclave du tabac.* ». Les parents de la jeune fille ont attaqué l'agence de publicité en considérant que l'accord qu'ils avaient donné ne pouvait être valable pour une photographie à connotation sexuelle. Le **tribunal de grande instance de Nanterre, le 10 novembre 2011** (17) condamne l'agence de publicité en retenant que l'agence ne rapportait pas la preuve de l'existence d'un consentement éclairé des demandeurs pour la réalisation d'un visuel de cette nature que la maquette ne pouvait laisser soupçonner. Il en déduit qu'il est ainsi porté atteinte au droit à l'image de la jeune fille.

## II. LES RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES

### 2.1 Publicité comparative

**2.1.1.** La **Cour de cassation** a le **25 septembre 2012** (18) cassé l'arrêt qui avait été rendu par la cour d'appel de Paris dans l'affaire opposant Nespresso à Bodum (19). Rappelons qu'il s'agissait d'une campagne Bodum montrant côte à côte un amoncellement de capsules percées et déformées, sous le slogan « *Make taste, not waste* » et une cafetière Bodum, sous le slogan « *Clearly the best way to brew coffee* ». La cour d'appel avait estimé qu'il s'agissait d'une publicité comparative ayant recours à un visuel qui aurait été une « *convention de représentation répandue (...) pas dénigrante par nature (...) et pas accompagnée d'image dévalorisante* ». Pour la chambre commerciale, « *la publicité litigieuse met exclusivement en avant une caractéristique négative du produit d'un concurrent, présenté dans des conditions de nature à jeter le discrédit sur celui-ci* ». Il n'est pas certain que l'on puisse déduire de cet arrêt que toute publicité litigieuse qui se contenterait de mettre en avant une caractéristique négative du produit d'un concurrent serait nécessairement illicite. Il résulte en effet de la jurisprudence, notamment communautaire, que l'annonceur a le choix des éléments qu'il entend comparer. Ceci revient à dire qu'il ne faut sans doute pas séparer les deux éléments de motivation retenus par la Cour de cassation et que la présentation très dénigrante de la publicité litigieuse est à l'origine de la décision intervenue, même s'il était difficile pour la Cour de cassation de revenir plus directement sur les constatations factuelles de la cour d'appel.

15. CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 21 septembre 2011


16. CA Grenoble, 1<sup>re</sup> ch. Civ., 3 septembre 2012 (LP n° 303, mars 2013, page 174).

17. TGI Nanterre, 1<sup>re</sup> ch. 10 novembre 2011.


18. Cass. Com. 25 septembre 2012, n° 11-21.266.

19. Voir notre synthèse « Droit de la publicité (mai 2011-mai 2012) », LP n° 294, mai 2012, p. 334.

## 2.2 Alcool

**2.2.1.** Par un arrêt du 15 mai 2012 (20) , la chambre criminelle de la Cour de cassation met un point final à l'affaire *Jameson*, véritable saga judiciaire puisqu'il s'agissait de la troisième décision de la Cour de cassation dans ce dossier. Rappelons que la campagne était illustrée par les dessins de Ted Benoît, illustrateur de la bande dessinée *Blake et Mortimer*. La cour d'appel d'Orléans, comme avant elle celle de Versailles (21), avait refusé de s'incliner sur les deux précédentes décisions de la Cour de cassation qui avait remis en cause le principe de cette campagne. Cette décision est importante car il s'agit de la première par laquelle la Cour de cassation ne va pas dans le sens de la sanction d'une campagne publicitaire en faveur d'un alcool. Elle relève que la motivation de la cour d'appel est suffisante en relevant les points suivants :

- la loi Evin n'interdit pas le recours sur une affiche sur un fond attrayant,
- la présence d'une part de fiction sur les affiches n'implique pas nécessairement qu'il s'agisse d'éléments illicites,
- le fait que l'illustrateur soit le même que celui de *Blake et Mortimer* ne crée pas un lien automatique entre cette annonce et l'attraction des bandes dessinées en question sur un certain public,
- les affiches ne contiennent ni évocation d'ambiance incitant à la consommation ni exaltation de qualités ou de vertus,
- elles ne font pas appel au sentiment de bonheur ni ne jouent sur le registre de la convivialité,
- elles se contentent d'évoquer le monde artisanal dans lequel est né le produit et les soins qui ont été apportés à sa fabrication, ce qui se rapporte à l'origine et au mode d'élaboration prévus à l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique.


**2.2.2.** L'affaire « *Un Ricard. Des rencontres* » a donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 mai 2012 (22) . Cet arrêt est plus sévère encore que l'ordonnance de référé. Il sanctionne l'ensemble des éléments de la campagne, à savoir :

- le slogan qui ne se rattache pas uniquement au mélange entre l'anis et l'eau mais vise le rapprochement entre les personnes,
- le visuel, à savoir la déclinaison d'une gamme de couleurs renvoyant à une impression de légèreté ou d'évasion et visant à donner une image valorisante de la boisson,
- le sigle « # » qui attirait l'attention des plus jeunes consommateurs,
- le film qui reprend les éléments ci-dessus en les magnifiant à travers une mise en scène accentuée par la mobilité de l'image et une musique séductrice (sic), l'ensemble aboutissant à une création esthétique destinée à donner à la boisson Ricard un caractère festif,
- la page Facebook, la possibilité de partager une recette avec son réseau d'amis en cliquant sur le bouton « *Partager sur mon mur* » pouvant être consultée par les amis, ce texte apparaissant de manière inopinée et systématique, revêtant ainsi, selon la



cour, un caractère intrusif,

- l'application permettant de visionner la bouteille de Ricard en relief, ce qui serait une présentation attractive utilisant une forme d'image très en vogue visant à promouvoir cette boisson alcoolique.

Pour chacun de ces éléments, la cour relève leur caractère incitatif, ce qui une nouvelle fois nous semble devoir être critiqué, ce critère étant par principe inhérent à la notion même de publicité. De même, son appréciation du caractère intrusif de Facebook paraît extrêmement contestable (23).

**2.2.3.** Le Conseil d'État était saisi d'une décision du CSA ayant accepté de conclure une convention en vue de la diffusion d'un service de télévision avec la société Deovino qui prévoyait de diffuser une chaîne consacrée au vin. Sur le fondement de l'article L. 3323-2 du Code de la santé publique, le Conseil d'État annule le 11 juillet 2012 la décision du CSA (24)  en considérant que la nature même de la chaîne, qui devait être consacrée au vin et à la viticulture, viserait à en présenter les mérites et les attraits et qu'il s'agirait en conséquence de propagande en faveur d'un alcool nécessairement interdite à la télévision, qui ne fait pas partie des supports autorisés par l'article cité ci-dessus. Une nouvelle fois, la jurisprudence tend à assimiler publicité et information alors qu'il s'agit de deux notions sociologiquement et juridiquement distinctes.

## 2.3 Tabac

**2.3.1.** La question a été posée du statut d'articles de presse relatif au tabac : s'agit-il d'information ou de publicité ? Pour la cour d'appel de Paris (25) , il n'y a pas de doute, les magistrats estiment que l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique ne crée aucune séparation entre espaces rédactionnels et espaces publicitaires et que toute présentation du tabac sous un jour favorable mérite d'être sanctionnée par ce texte. Rappelons cependant que ce dernier implique que soit démontrée l'existence d'une propagande ou d'une publicité directe ou indirecte en faveur du tabac et qu'*a priori* un article de presse relevant de la liberté d'expression du journaliste ne devrait pas entrer dans cette catégorie. Dans le même temps, le tribunal de grande instance de Paris a le 13 décembre 2012 (26)  relaxé l'éditeur de *L'Amateur de cigare* pour des faits tout à fait similaires en retenant l'absence d'éléments intentionnels de l'infraction.

**2.3.2.** La chambre criminelle de la Cour de cassation a prononcé deux arrêts (27) rappelant, de manière très ferme : « *Il résulte de l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique que sont prohibées toute forme de communication commerciale, quel qu'en soit le support, et toute diffusion d'objets ayant pour but ou pour effet de promouvoir le tabac ou un produit du tabac.* » En application de

20. Cass. Crim. 15 mai 2012, LP n° 297, p. 496, note E. Andrieu et F. Gras.

21. Voir notamment notre synthèse « Droit de la publicité (mai 2010-mai 2011) », LP n° 283, mai 2011, p. 323.

22. CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 23 mai 2012, LP n° 297, p. 496, note E. Andrieu et F. Gras.

23. Voir article LP n° 297 – septembre 2012, page 498.

24. CE 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> sous-sections réunies, 11 juillet 2012, décision n° 351253, LP

n° 299, p. 630, commentaires Christophe Haquet.

25. CA Paris, Pôle 4, ch. 10, 29 octobre 2012 (deux arrêts : affaires P0910708440 et P0903508216), LP n° 301, p. 42.

26. TGI Paris, 31<sup>e</sup> ch. / 1, 13 décembre 2012 (affaire P1034908089).

27. Cass. Crim. 20 novembre 2012, n° 12-80.530 ; Cass. Crim. 18 décembre 2012, n° 11-88-535.

ce principe, elle a rejeté les pourvois formés par les industriels poursuivis respectivement pour avoir :

- distribué une paire d'écouteurs aux acheteurs d'un paquet de cigarettes, ce qui peut sembler logique, à ceci près que les écouteurs n'étaient proposés que postérieurement à l'acte d'achat des cigarettes et qu'ils n'en portaient aucun signe distinctif ;
- fait porter sur les paquets de cigarettes des mentions soulignant « *la finesse du Virginia, la richesse et la profondeur du Burley, le velouté de l'Oriental* »... ainsi qu'en proposant une édition Nouvel An.

La Cour de cassation approuve cependant les juges du fond d'avoir constaté qu'il s'agissait de propagande destinée à inciter les consommateurs à acheter des cigarettes et qu'il était indifférent que le cadeau soit proposé postérieurement à l'acte d'achat et pas nécessaire qu'il ait un rapport de corrélation avec le paquet de cigarettes. On peut se demander s'il n'est pas contradictoire de sanctionner une campagne parce qu'elle incite les consommateurs à acheter des cigarettes, tout en constatant que le cadeau n'est proposé qu'après l'acte d'achat et qu'il ne peut donc l'avoir déclenché.

**2.3.3.** Le CNCT poursuivait British American Tobacco qui avait, à l'occasion du lancement des Lucky Strike Convertible, incorporé une vignette à l'intérieur des paquets portant la mention « *Pour changer le goût, pressez "on" sur le filtre* » et diffusé des affichettes présentant les cigarettes de la marque et des petites boules bleues correspondant aux capsules de menthol placées dans le filtre composant le terme « *goût* », le tout sous les mentions « *Nouveau par Lucky Strike. Cliquez ici pour changer le goût* ». Le **tribunal correctionnel de Nanterre a le 14 mars 2013** relaxé les personnes poursuivies (28). Les juges retiennent que la vignette, d'apparence neutre ne reprenant aucune marque ou logo, ne fait pas référence à la qualité et au caractère gustatif du produit et n'a pas de rôle incitatif, se contentant de propos purement informatifs sur la spécificité de ce nouveau produit. Ces mentions n'entrent pas « *dans la catégorie des mentions prohibées par la loi et ne sont pas de nature à constituer un message publicitaire* » estime le tribunal. Quant aux affichettes, elles correspondent aux caractéristiques du produit, à sa dénomination et à la représentation graphique des capsules de menthol insérées dans les filtres, le tout étant « *en parfaite conformité avec les exigences posées par la réglementation en vigueur* ».

## 2.4 Ventes subordonnées

Dans l'affaire *Lenovo*, le **juge de proximité d'Aix-en-Provence** a statué le **9 janvier 2012** (29) sur renvoi après cassation (30). Rappelons qu'il s'agissait d'un achat d'un ordinateur de marque Lenovo équipé d'un système d'exploitation Windows Vista et de différents logiciels applicatifs. Le tribunal considère que cette pratique constitue une vente subordonnée illicite, le consommateur devant être en mesure de sélectionner les logiciels qu'il souhaite voir installés dans son ordinateur. En conséquence, il attribue au requérant un remboursement de... 120 €. Notons que le tribunal indique que « *l'article L. 122-1 du Code de la consommation (...) satisfait (en l'espèce) aux prescriptions de la directive du 11 mai 2005* » sans cependant expliquer à quel titre.

## 2.5 Crédit à la consommation

La société Free poursuivait SFR en considérant que les mécanismes de vente d'un téléphone et de souscription d'un abonnement revenaient à mettre en œuvre de façon déguisée un crédit à la consommation. La conséquence tirée par la demanderesse était que les publicités de SFR, qui ne respectaient pas les dispositions spécifiques de crédit, n'étaient pas régulières. Le **tribunal de commerce de Paris** considère dans son jugement du **15 janvier 2013** qu'il ne s'agit pas d'un crédit à la consommation, faute de mise à disposition du client d'une somme d'argent ou de l'impossibilité de déterminer les conditions économiques d'un éventuel crédit (calcul d'un plan d'amortissement et détermination d'un TEG), compte tenu des incertitudes liées à l'évolution possible des abonnements au cours de leur exécution. Notons que le tribunal a admis la demande reconventionnelle de SFR en dénigrement et a condamné Free au paiement d'une somme de 300 000 € à titre de dommages et intérêts, outre 100 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile. Cette sanction repose sur une déclaration du président de Free au magazine *Capital* dans lequel il accusait SFR « *de faire du crédit à la consommation déguisé (...) sans se soumettre aux contraintes légales* » en précisant : « *En l'occurrence, cela revient à pratiquer des taux d'usure de 300 ou 400 % que le consommateur ne voit pas* ».

Sans empiéter sur les synthèses de droit de la presse, on peut estimer que cette demande reconventionnelle relevait du droit de la diffamation et non du dénigrement, ce qui aurait peut-être permis d'exclure la compétence du tribunal de commerce et de constater le non-respect des dispositions de la loi de 1881. **E. A.**

28. T. Correct. Nanterre, 14 mars 2013.

29. TI Aix-en-Provence, juridiction de proximité, 9 janvier 2012.

30. Cass. 15 novembre 2010 (voir notre synthèse « Droit de la publicité

(mai 2010-mai 2011) », LP n° 294, mai 2011, p. 324).

31. T. com Paris, 1<sup>er</sup> ch. A, 15 janvier 2013, RG 2012033422.