

## Droit de la publicité

## Droit de la publicité

(Mai 2019 - Mai 2020)

Voici la synthèse d'une année particulière. Il est heureux qu'elle ait été suffisamment active en sa première partie pour nourrir cette chronique avant que la grève des avocats et la gestion de l'épidémie réduisent à presque rien l'activité judiciaire. On pourra s'intéresser en particulier aux décisions sur les pratiques réputées trompeuses (rares) ou sur les publicités comparatives (moins rares) et s'interroger sur le fondement de certaines d'entre elles. Et comme chaque année, suivre les évolutions de la jurisprudence sur les thématiques récurrentes.



Eric Andrieu

Avocat à la Cour - Cabinet  
Péchenard & Associés

## I - LA RÉGLEMENTATION GÉNÉRALE

## A - Pratiques commerciales déloyales

**1** - Si la jurisprudence est relativement riche dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, et particulièrement des pratiques commerciales trompeuses, les cas des pratiques « réputées trompeuses » au sens de l'article L. 121-4 du code de la consommation sont plus rares.

Rappelons que, conformément à la directive de 2005, vingt-neuf pratiques sont réputées soit trompeuses, soit agressives. Cette liste noire est la transposition de l'annexe 1 de la directive de 2005 visant des « pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances » justifiée par le considérant 17 de la directive : « Afin d'apporter une plus grande sécurité juridique, il est souhaitable d'identifier les pratiques commerciales qui sont, en toutes circonstances, déloyales. L'annexe 1 contient donc la liste complète de toutes ces pratiques ». L'article L. 121-4 du code de la consommation vise, parmi les pratiques réputées trompeuses, celle : « d'affirmer d'un produit ou d'un service qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard ».

Un couple était poursuivi pour avoir mis en ligne un site *pronofaste.com* qui permettait d'acheter des grilles des jeux *Loto* et *Euromillions* censées procurer, via une méthode de calcul scientifique, une plus grande chance de gain aux jeux concernés.

Condamnés par la cour d'appel, ils ont formé un pourvoi qui est rejeté par la chambre criminelle<sup>1</sup>. Elle retient que c'est à juste titre que la cour d'appel a pu constater l'existence de l'infraction du seul fait de l'affirmation de l'augmentation des chances de gagner via le site et ce « quelle que soit la réalité tant de l'efficacité des calculs présidant à la mise en ligne des grilles que de l'accroissement des chances de gagner ». Pour la chambre cri-

minelle, le seul fait d'affirmer cette augmentation des chances de gagner aux jeux de hasard suffit à caractériser l'élément matériel de l'infraction et, pour ce type de pratique, il n'est pas nécessaire de caractériser une altération substantielle du comportement économique des consommateurs.

Comme souvent, la sécurité (souhaitée par le législateur européen) s'oppose à la liberté et l'on voit ici une infraction constituée sans débat possible sur son élément matériel, sans justification d'un élément moral et ce même en l'absence de toute conséquence avérée à l'encontre de tiers.

**2** - La CLCV, association nationale de défense des consommateurs et usagers, poursuivait la société *Comme J'aime* qui commercialise des programmes minceur en considérant que ses publicités, notamment télévisées, constituaient des pratiques commerciales trompeuses.



Les reproches portaient sur (i) des formules telles que « Perdez 6 kilos dès le 1<sup>er</sup> mois ; c'est prouvé », (ii) l'utilisation de témoignages faux et trompeurs, (iii) la promesse mensongère d'une semaine gratuite, (iv) la présentation de fausses réductions de prix ou encore (v) l'utilisation erronée de bilans minceur.

Le juge des référés<sup>2</sup> fait droit à la demande uniquement sur le caractère trompeur de la semaine gratuite. Celle-ci

<sup>1</sup> Crim. 28 janv. 2020, n° 19-80.496, D. 2020. 278 ; AJ pénal 2020. 250, obs. J. Lasserre Capdeville ; Légipresse 2020. 151 et les obs. ; *ibid.* 242, étude E. Andrieu.

<sup>2</sup> TGI Paris, ord. réf., 9 oct. 2019, n° 19/55785.

était particulièrement mise en avant dans la communication, accompagnée d'un renvoi indiquant « Première semaine gratuite pour la commande d'un programme de 4 semaines. Si insatisfait, retournez les trois semaines restantes pour être remboursé (port à votre charge) ». Pour le juge, cette présentation est trompeuse « puisque le consommateur doit payer à la souscription trois semaines de programme, outre les frais de port s'il ne souhaite pas le poursuivre », ce qui serait contraire à l'article L. 121-4 du code de la consommation qui répute trompeuse la pratique consistant à « décrire un produit ou service comme étant « gratuit », à titre gracieux sans frais ou autres terme similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés à la réponse à la pratique commerciale et au fait de prendre possession ou livraison de l'article ». La possibilité d'obtenir le remboursement des sommes avancées aurait semble-t-il pu entraîner une autre appréciation, *a fortiori* en référé. C'est sans doute moins vrai de l'obligation de supporter les frais nécessaires au retour des produits livrés.

Pour le reste, le juge considère que les différences entre les pertes de poids annoncées et celles qui ont été constatées relèvent essentiellement d'erreurs et sont sans effet pour les consommateurs moyens qui auront suffisamment de discernement pour admettre que n'ayant pas la taille et le profil de chacun des témoins mis en avant dans la publicité, ils n'obtiendront pas nécessairement les mêmes résultats. Il estime qu'une indication erronée de la perte de poids d'un animateur célèbre quant à sa durée n'est pas trompeuse « l'élément moteur de la publicité s'agissant de [l'animateur] est sa célébrité et ce qu'il représente », ce qui peut sembler juridiquement surprenant.

Les réductions de prix annoncées sur le site étaient en pourcentage et dégressives en fonction de la quantité de produits minceur achetés. Le juge estime que cette dégressivité était précisée dans les conditions générales de vente et qu'il n'y avait pas de tromperie. Il ne semble pas qu'il ait été répondu à l'argument de l'association poursuivante sur le caractère trompeur du prix de référence, dès lors que les réductions étaient systématiques.

Enfin, pour le reproche selon lequel le bilan minceur effectué par la société n'était pas déterminant car permettant uniquement de calculer l'indice de masse corporelle, le juge considère à juste titre qu'il « n'appartient pas au juge des référés de porter une appréciation technique dans un domaine relevant exclusivement de compétences médicales ».

**3** - Deux personnes commercialisant un vin sous la marque « P... et P... Petrus F...à... K...1208 » ont fait figurer sur les étiquettes de leur vin la mention « Petrus L...2010 » et en caractères fins inclus dans un symbole religieux la mention « Major K...1208 » tout en indiquant « Second vin ».

On appréciera la lisibilité de ces nouvelles décisions subtilement anonymisées...

Ils étaient poursuivis par la société du Château Petrus se plaignant d'une contrefaçon de sa marque et d'une pratique commerciale trompeuse. La Cour de cassation<sup>3</sup> rejette le pourvoi formé par la société *Château Petrus* contre l'arrêt de relaxe en considérant que la Cour d'appel de Bordeaux avait « démontré que la pratique concernée n'était pas trompeuse ni susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un consommateur de vin normalement informé et raisonnablement attentif et avisé ».



La cour d'appel avait essentiellement relevé que la présentation générale du vin attaqué, si elle faisait ressortir les prénom et nom « Petrus L... », était suffisamment complexe pour qu'aucun lien ne puisse être fait avec le Château Petrus (pas d'indication de l'appellation « Pomerol », pas de second vin, prix de l'ordre de 10 € la bouteille), ce qui l'a amenée à juger que les prévenus avaient « fait une utilisation habile de la marque qu'ils ont déposée et qui a été validée malgré l'opposition de la partie civile (Château Petrus) dans le but manifeste d'attirer l'attention du client mais qu'attirer l'attention du client ne signifie pas le tromper ou risquer de le tromper ».

## B - Droits d'auteur

**1** - L'humoriste Patson indiquait être l'auteur de la réplique « Yes Papa !!! » utilisée dans ses sketches qui serait devenue le titre d'un de ses spectacles, une marque déposée et un *gimmick* repris notamment par les joueurs de football professionnels.

Il attaquait *Sport 2000* du fait de la diffusion d'un spot radio dans lequel Antoine Griezmann reprenait la réplique « Yes Papa !!! » dans une intonation qu'il estimait identique à la sienne. Il a poursuivi *Sport 2000* en contrefaçon de droits d'auteur et de marque.

Sur le droit d'auteur, le tribunal<sup>4</sup> constate que la réplique « Yes Papa !!! » n'est pas protégeable du fait de « sa grande brièveté et de l'utilisation de deux mots du langage courant, dont l'association n'apparaît pas particulièrement

<sup>3</sup> Crim. 12 juin 2019, n° 18-83.298, *Légipresse* 2019. 454 et les obs. ; *ibid.* 2020. 322, étude N. Mallet-Poujol ; *RTD com.* 2019. 899, obs. J. Passa.

<sup>4</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 3<sup>e</sup> sect., 25 oct. 2019, n° 18/01759.

inattendue ». Le tribunal rappelle que le succès ou le mérite de cette formule, si elle aurait pu donner lieu à une protection au titre du parasitisme (qui en l'espèce n'était pas poursuivi) ne peuvent, sur le terrain du droit d'auteur, pallier l'absence d'originalité *ab initio* de l'expression).

Quant aux marques « Yes Papa !!! », leur déchéance est prononcée, faute d'usage dans la plupart des classes dans lesquelles elles étaient déposées. Pour les services de divertissement de la classe 41, le tribunal prononce également la déchéance en considérant que si le titre d'un spectacle pouvait constituer une marque valable, c'était à condition d'être utilisé conformément à sa fonction essentielle de garantir l'identité d'origine d'un produit ou d'un service, ce qui en l'espèce n'est pas retenu par le tribunal pour lequel « L'emploi sur les affiches et DVD d'un spectacle du titre de celui-ci a pour fonction la désignation dudit spectacle par son titre et non d'en garantir l'identité d'origine ».

**2 -** Le Comité National Interprofessionnel des Palmipèdes à Foie Gras (Cifog) poursuivait l'Association L214 qui avait détourné en décembre 2018 son film publicitaire en le transformant, d'une part, en y ajoutant des images de gavage de canards et de broyage de canetons et, d'autre part, en modifiant le slogan final : « Le foie gras, exceptionnel à chaque fois » par « Le foie gras, exceptionnellement cruel à chaque fois ». En première instance, le juge des référés<sup>5</sup> faisait droit à la demande et interdisait sous astreinte la poursuite de la diffusion du film de L214.

La Cour infirme cette décision<sup>6</sup>. Après avoir relevé le caractère d'intérêt général de l'Association L214, elle se fonde sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme pour rappeler que les atteintes à la liberté d'expression ne sont possibles qu'en cas de besoin social impérieux. Elle estime que la demande en parasitisme du Cifog sur l'atteinte portée à ses investissements financiers ne peut à elle seule justifier une restriction de la liberté d'expression, s'agissant d'une dénonciation de ce film publicitaire.

Elle admet que l'atteinte portée aux droits d'auteur du Cifog pourrait justifier une restriction à la liberté d'expression de L214, et recherche le juste équilibre entre les droits en présence, à savoir la liberté d'expression et le droit d'auteur. Elle constate que le Cifog ne faisait pas état d'une atteinte à son droit d'auteur dans son assignation et qu'il ne vise dans ses conclusions aucun fondement juridique justifiant à son profit de la protection d'un droit d'auteur. Elle constate par ailleurs que la contrefaçon ne pourrait être retenue que si l'exception de parodie de l'article L. 122-5, 4<sup>e</sup>, du code de la propriété intellectuelle était écartée. Elle en conclut qu'il n'existe pas d'atteinte incontestable aux droits d'auteur du Cifog qui est débouté de l'ensemble de ses demandes.

<sup>5</sup> Président TGI Paris, 6 févr. 2019, n° 19/50818.

<sup>6</sup> Paris, pôle 5 - ch. 2, 13 mars 2020, n° 19/04127, *Légipresse* 2020. 213 et les obs.

## C - Marques

**1 -** Michelin reprochait à l'éditeur du site *toptable.fr* visant à présenter des restaurants l'usage de la marque « Michelin » et du personnage du Bibendum.



La Cour d'appel de Paris<sup>7</sup> a fait droit à la demande en constatant que l'utilisation d'un personnage constitué de tores superposés les uns sur les autres de couleur blanche séparés par un trait foncé, même s'il tient à la main une cuillère de bois qu'il porte à sa bouche, et

est coiffé d'une toque de cuisinier, ce qui n'est pas le cas du Bibendum Michelin, constitue une contrefaçon. En effet « le public appréhendera ces deux représentations comme concernant le même personnage dans deux positions distinctes puisque les deux personnages sont constitués de la même superposition caractéristique de tores blancs séparés par un trait foncé et donne la même impression d'un personnage potelé et souriant, de sorte qu'il associera le personnage figurant sur le site *www.toptable.fr* avec celui de la marque, ce d'autant que ce dernier bénéficie d'une notoriété établie par les pièces et non sérieusement contestée par la société Open Table ».

**2 -** La société Bentley Motors Limited poursuivait une société chinoise ayant déposé les marques verbales « Jack Bentley » et « Bentley Jack » et la marque semi-figurative « B Jack Bentley » pour désigner des boissons alcoolisées.

Le constructeur automobile sollicitait la nullité des marques concernées, estimant qu'elles portaient atteinte à sa marque de renommée mais aussi du fait des dispositions de l'article L. 3323-3 du code de la santé publique concernant la publicité indirecte en faveur des alcools. La Cour d'appel de Paris<sup>8</sup> fait droit à ses demandes. Sur l'application



du code de la santé publique, elle constate les ressemblances entre les marques et en conclut que Bentley ne peut plus exercer pleinement son droit de propriété sur les siennes « toute publicité les concernant rappelant les boissons alcooliques visées par les marques de la société *Eastern Tomorrow* ».

On observera que la Cour n'a pas repris le raisonnement du Tribunal de grande instance de Paris<sup>9</sup> qui avait considéré que l'absence de notoriété des boissons concernées ne permettait pas d'estimer qu'une publicité pour le titulaire de la marque antérieure puisse être considérée comme rappelant une boisson alcoolisée. Cet argument

<sup>7</sup> Paris, pôle 5 - ch. 1, 2 avr. 2019, n° 16/15019.

<sup>8</sup> Paris, pôle 5 - ch. 1, 14 mai 2019, n° 16/15976.

<sup>9</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch. - 2<sup>e</sup> sect., 3 nov. 2017, n° 16/07711, v. notre synthèse « Droit de la publicité mai 2017-mai 2018 », *Légipresse* 2018. 288.

aurait sans doute pu être envisagé dans l'affaire *Bentley* où la cour avait retenu qu'il n'y avait pas trace d'une exploitation des marques déposées par la société chinoise sur le territoire français.

**3** - La Cour d'appel de Paris était saisie sur renvoi après cassation<sup>10</sup> du litige opposant la société titulaire de la marque « Taittinger » à Virginie Taittinger qui à la suite de son licenciement de la maison familiale après vingt ans de collaboration avait créé sa propre société pour exploiter un champagne *Virginie Taittinger*. Dans ce cadre, elle avait fait référence sur son site internet ou dans des interviews au champagne Taittinger (par ex. « Durant 21 ans j'ai travaillé au Champagne Taittinger avec le désir de transmettre l'excellence de ses produits ainsi que leur style inimitable »). De même indiquait-elle sur ses étiquettes : « J'ai choisi pour moi cette cuvée avec exigence. Je lui ai donné mon nom ».

Pour la Cour<sup>11</sup>, ces éléments ne portent pas préjudice au caractère distinctif de la marque de renommée Taittinger, ni à sa renommée et ne cherchent pas à en tirer indûment profit, Virginie Taittinger ayant pu légitimement faire état de son nom, de son origine familiale et de son expérience passée et les consommateurs ne pouvant établir de lien entre la marque « Taittinger » et les usages incriminés de ce nom par Virginie Taittinger. Qui plus est la Cour, après avoir relevé que les références directes et explicites au champagne Taittinger traduisent une volonté de communiquer par référence à la marque et d'établir un lien entre les deux produits, considère qu'il y avait un juste motif à procéder de la sorte. Elle redit sur ce point qu'il était légitime pour Virginie Taittinger de se reconvertir dans le champagne et de faire état de son parcours. Elle n'y voit ni mauvaise foi, ni comportement contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.

Elle juge finalement que : « Si le nom de famille de Madame Taittinger a été certainement un atout dans le lancement de son champagne et l'a dispensée en partie des investissements qui auraient incombé à un concurrent inconnu, cet avantage a trouvé sa cause exclusive dans sa naissance et ses activités passées et non dans la captation de la renommée de la marque Taittinger ou des investissements opérés pour valoriser cette marque ». Pour les mêmes raisons, complétées par le constat des investissements propres de Virginie Taittinger pour promouvoir son champagne, la demande en parasitisme est également rejetée.

## D - Concurrence déloyale et parasitisme

**1** - La société Dessange, partenaire officiel du Festival de Cannes, reprochait à la société Provost de se livrer à de l'*ambush marketing* en utilisant dans sa communication de nombreuses références à ce Festival.

<sup>10</sup> Com. 10 juill. 2018 n° 16-23.694, D. 2018. 1549 ; *ibid.* 2442, chron. T. Gauthier, A.-C. Le Bras et S. Barbot ; *ibid.* 2019. 453, obs. J.-P. Clavier et N. Martial-Braz ; RTD civ. 2018. 933, obs. P.-Y. Gautier.

<sup>11</sup> Paris, pôle 5 - ch. 1, 3 mars 2020, n° 18/28501.

La Cour d'appel de Paris<sup>12</sup> rappelle qu'il « résulte de la liberté du commerce que la société Provost peut, comme d'autres coiffeurs, exercer son activité à l'occasion d'événements publics et en tirer profit... Pour autant, cette liberté ne saurait l'autoriser à créer une confusion et à l'entretenir au détriment de la société Dessange en ce que celle-ci a seule des liens de partenariat lui assurant à titre exclusif le titre de partenaire officiel, ni à tromper le consommateur sur sa qualité et à le détourner de son concurrent ». La Cour estime possible d'utiliser des termes tels que « montée des marches » « 7<sup>e</sup> art » ou « Cannes » qui font partie du langage commun et sont de libre emploi. Elle peut également évoquer sa propre activité à l'occasion de ce Festival.

En revanche, elle ne peut utiliser le slogan « coiffeur officiel des femmes » qui dans ce cadre est ambigu, *a fortiori* en utilisant sur de nombreux supports publicitaires cette expression, associée à Cannes en se présentant comme « un des acteurs beauté majeurs du Festival de Cannes » et en évoquant « une fabuleuse histoire d'amour entre Franck Provost et le Festival de Cannes » ou « une idylle de 20 ans déjà ».

La Cour reproche encore, parmi d'autres expressions : « Si Franck Provost est le coiffeur officiel de nombreux tapis rouges et de festivals, c'est que les stars lui font confiance... donc forcément nous aussi... la laque Extra forte est le produit phare utilisé par les coiffeurs studio au Festival de Cannes notamment ». Pour la Cour, il s'agit d'un comportement commercial déloyal et fautif *via* des actes de concurrence déloyale et de parasitisme. Une condamnation est prononcée à hauteur de 50 000 € en réparation de l'atteinte à l'image et de 70 000 € en réparation du préjudice économique.

**2** - La Manif pour Tous a fait appel du jugement l'ayant condamnée pour des agissements parasitaires du fait de la reprise d'éléments figurant dans une campagne de la SPA<sup>13</sup>.



La cour d'appel confirme la décision<sup>14</sup>. Après avoir rappelé les principes, à savoir que le parasitisme « consiste pour un opérateur économique à se placer dans le sillage d'un autre en profitant indûment de la notoriété acquise ou

<sup>12</sup> Paris, pôle 5 - ch. 2, 8 juin 2018, n° 17/129012.

<sup>13</sup> V. notre synthèse « Droit de la publicité mai 2017-mai 2018 », préc.

<sup>14</sup> Paris, pôle 5 - ch. 2, 20 déc. 2019 n° 18/00470, Légipresse 2019. 11 et les obs.

des investissements consentis (et) résulte d'un ensemble d'éléments appréhendés dans leur globalité indépendamment de tout risque de confusion » et que « le fait que les parties qui sont toutes des associations reconnues d'utilité publique et n'ont pas d'activité commerciale n'empêche pas la SPA d'agir sur le fondement du parasitisme sans préjudice du bien-fondé de son action », la Cour constate que les visuels de la Manif pour tous se sont inspirés de la campagne de la SPA, ont repris son concept ainsi que sa composition. Il en résulte qu'elle a profité des investissements réalisés par la SPA pour la création et la diffusion de sa campagne ainsi que de sa notoriété pour se placer dans son sillage, ce qui a eu pour conséquence de diluer, brouiller et parasiter les messages de la SPA. Par ailleurs, l'argument relatif à l'exception de parodie est rejeté puisque la demande de la SPA n'était pas fondée sur le droit d'auteur. Enfin la Cour considère que la condamnation ne constitue pas une ingérence excessive dans la liberté d'expression de la Manif pour Tous.

### E - Publicité comparative

1 – À l'occasion de la rentrée 2018, Leclerc diffusait à Paris par affichage et dans la presse une publicité sur



le thème « La rentrée à Paris est moins chère » et mettant en avant des écarts de prix avec trois autres enseignes, dont Monoprix, pour conclure que les courses livrées à domicile à Paris étaient moins chères chez Leclerc. Cette publicité était accompagnée d'un visuel représentant des pigeons.

Le juge des référés<sup>15</sup> fait droit à la demande de faire cesser sous cinq jours toute diffusion de sa campagne.

Il retient que :

- les prix ont été relevés début juillet 2018 alors qu'ils sont dans ce secteur de la grande distribution susceptibles de varier significativement à l'occasion de la rentrée ;
- la comparaison faite par Leclerc porte sur des prix bruts hors frais de livraison, précision qui n'apparaît qu'en petits caractères, cette présentation étant considérée comme trompeuse compte tenu des principes mêmes de la comparaison qui vise des « courses livrées à domicile ».

Les prix figurant sur le site internet de Leclerc pour chacun des magasins Monoprix visés correspondent en réalité aux prix pratiqués sur le site marchand de l'enseigne et non à ceux réellement pratiqués par chacun des magasins.

Les images de pigeons qui visent à présenter les concurrents comme trompant leur clientèle sont dénigrantes.

La campagne est donc considérée comme étant trompeuse et dénigrante, et par conséquent contraire aux règles de la publicité comparative.

2 - La société produisant le vin Château de Reignac et son dirigeant étaient poursuivis pour pratiques commerciales trompeuses et publicité comparative illicite à la suite de la diffusion dans *Le Figaro* d'une publicité utilisant l'accroche « Reignac, 1<sup>er</sup> grand cru classé » avec, en minuscules, un astérisque précisant « Si c'était vrai, peu se l'offrirai(en)t ». Après avoir été condamnés par la Cour d'appel de Bordeaux<sup>16</sup>, ils ont formé un pourvoi en cassation qui est rejeté par la chambre criminelle<sup>17</sup>.



La Cour approuve la cour d'appel d'avoir considéré que la mise en avant de la comparaison entre les Vins de Reignac et des grands crus était « si appuyée qu'elle

conduit à une sorte d'assimilation entre Château Reignac et un grand cru » et elle considère que la mention ci-dessus, même affectée d'un astérisque, était de nature à induire en erreur et susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur de vin normalement informé et raisonnablement attentif et avisé. Il est en effet généralement admis que lorsqu'un renvoi contredisant l'accroche principale d'une publicité est peu lisible, la pratique commerciale trompeuse sera retenue.

L'arrêt statue également sur la question plus rarement envisagée d'une publicité comparative illicite par référence à une appellation protégée. Rappelons que selon l'article L. 122-2 du code de la consommation, la publicité comparative ne peut « 1. Tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque de fabrique, de commerce ou de service, à un nom commercial, à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou à l'appellation d'origine ainsi qu'à l'indication géographique protégée d'un produit concurrent ». La cour d'appel avait relevé que « par l'assimilation du grand vin de Reignac à un premier grand cru classé, il s'agit bien de tirer profit de la notoriété attachée à cette mention traditionnelle protégée de crus classés ou premiers grands crus classés de manière induite ». Le pourvoi est rejeté, la chambre criminelle estimant que « la réalisation par les prévenus d'une publicité constitutive d'une pratique commerciale trompeuse sous forme d'une référence à une appellation à laquelle leur vin ne pouvait prétendre est de nature à induire en erreur un consommateur normalement attentif et avisé et également constitutive du délit de publicité comparative illicite ».

<sup>15</sup> T. com. Paris, ord. réf., 19 sept. 2018, n° 2018/049954.

<sup>16</sup> Bordeaux, ch. corr., 12 sept. 2018.

<sup>17</sup> Crim. 19 nov. 2019, n° 18-85.900, Légipresse 2020. 90 et les obs.

**3** - Lidl a fait diffuser des spots télévisés dans lesquels des comédiens goûtaient successivement deux produits, l'un d'une marque nationale et l'autre de la marque distributeur de Lidl. Après avoir goûté chacun des produits, le comédien déclarait « J'aime ! ». Les spots se terminaient par l'indication « Deux "J'aime !" mais pas au même prix », les prix de chacun des produits étant présentés aux consommateurs.



L'Association Prodimarques, représentant des groupes de fabricants de marques de produits de grande consommation dont certains étaient visés par la campagne de Lidl, a engagé une procédure, se plaignant d'une publicité comparative illicite, de dénigrement et de parasitisme. Prodimarques, déboutée par le Tribunal de commerce de Paris, a saisi la cour d'appel qui a fait droits à ses demandes sur la base de la publicité comparative<sup>18</sup>.

La Cour constate que les produits sont bien substituables et que la comparaison des prix est objective et possible. Elle juge en revanche que l'utilisation de l'interjection « J'aime ! » après dégustation des produits et que l'avis « Deux "J'aime !" mais pas au même prix » constitueraient une comparaison sur le goût par nature personnel et variable et donc subjectif, ce qui irait à l'encontre des règles fixées à l'article L. 122-1, 3<sup>e</sup>, du code de la consommation imposant à la publicité comparative d'être objective. Cette analyse peut être discutée, les indications « J'aime ! » venant davantage confirmer la substituabilité des produits que fournir une appréciation sur leur qualité.

Dans tous les cas, on peut se demander s'il est possible d'exclure systématiquement une comparaison sur le goût qui, malgré son caractère subjectif, pourrait résulter par exemple d'une étude consommateurs dont des conséquences objectives pourraient être tirées. Pour le reste, la Cour rejette les demandes formées au titre du dénigrement compte tenu du caractère humoristique et « de comédie » de l'annonce ne contrevenant pas aux principes des pratiques commerciales loyales. Quant au parasitisme, la Cour constate l'importance des investissements publicitaires de Lidl par opposition à l'absence de justification de ceux effectués par les marques concurrentes.

**4** - La société Isea France était le distributeur exclusif en France de la société néerlandaise Eurolook. Cette dernière, se plaignant d'actes de concurrence déloyale et d'une publicité comparative illicite, a saisi le juge des référés qui l'a déboutée de ses demandes.

En revanche, la cour d'appel les reçoit partiellement<sup>19</sup>. La Cour constate la présence sur le site internet d'Isea d'une page où sont associés ses produits et ceux d'Eurolook. Cette page décrit leurs caractéristiques communes et présente un schéma des différents produits avec leurs dimensions respectives. Elle est complétée par des indications présentant, sous le titre « Les plus Maxilook », les avantages de son seul produit (fabrication française, meilleure visibilité, anti-UV, prix). La Cour retient que cette présentation ne satisfait pas à l'obligation d'objectivité imposée par l'article L. 122-1 du code de la consommation « puisqu'elle n'attire l'attention de la clientèle que sur le seul produit Maxilook tout en bénéficiant de l'effet comparatif avec un nom commercial connu et ne fournit aucun comparatif de prix ». Cette présentation est donc interdite.

La Cour retient également des faits de concurrence déloyale liés à la commercialisation par Isea du produit Maxilook, sachant que le produit d'Eurolook est commercialisé sous la marque Maxivision. La Cour estime que cette ressemblance au profit du distributeur exclusif d'Eurolook utilisant une présentation commerciale associant étroitement les deux produits est constitutive d'actes de concurrence déloyale qu'elle interdit sous astreinte.

## F - Divers

**1** - La Confédération nationale des associations familiales catholiques (CNFAC) poursuivait la société BlackDivine, éditrice du site de rencontres extra-conjugales Gleeden en considérant que le principe même de ce site et la publicité en étant faite portaient atteinte à diverses règles, et en particulier à l'article 212 du code civil selon lequel : « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance ». Après avoir constaté que l'adultère est une faute civile ne pouvant être évoquée que par un des époux contre l'autre, la Cour d'appel de Paris<sup>20</sup> rejette les demandes.



La CNAFC soutenait que selon le code de la Chambre de commerce internationale « toute communication de marketing doit se conformer aux lois, être décente, loyale et véridique » et « ne doit pas sembler cautionner ou encourager les comportements violents, illicites ou antisociaux ». La Cour constate que l'infidélité n'étant pas un agissement illicite, il n'y a pas d'infraction aux dispositions ci-dessus. La Cour se réfère à la décision du JDP ayant

<sup>18</sup> Paris, pôle 5 - ch. 11, 31 janv. 2020, n° 18/01091.

<sup>19</sup> Grenoble, ch. com., 9 janv. 2020, n° 19/02531.

<sup>20</sup> Paris, pôle 5 - ch. 11, 17 mai 2019, n° 17/04642.

validé cette publicité le 6 décembre 2013 en notant : « que si cette décision n'émane pas d'une autorité judiciaire mais administrative, il n'en demeure pas moins que cet avis peut donner lieu à des sanctions ». On observera que le JDP n'est pas une autorité administrative et que la Cour estime que ses avis peuvent donner lieu à des sanctions, contrairement à ce que soutient le JDP lui-même.

La CNFAC mettait également en avant une violation de l'article 5 du décret du 27 mars 1992 selon lequel la publicité télévisée « ne doit contenir aucun élément de nature à choquer les convictions religieuses, philosophiques ou politiques des téléspectateurs ». Sur ce point également, la demande est rejetée, la Cour constatant que ce décret n'est applicable qu'aux éditeurs de services de télévision.

**2 -** L'association Alliance Vita a passé le 11 décembre 2019 un contrat avec la régie Media Transports pour l'affichage d'une campagne publicitaire dans le réseau des gares du 1<sup>er</sup> au 8 janvier 2020. Elle concernait trois affiches :



Anne Hidalgo publiait le 2 janvier à 9h37 un tweet : « Je suis profondément choquée et indignée par cette campagne anti-IVG et anti-PMA à la Gare du Nord et dans plusieurs autres lieux de la capitale. Je demande à @ExterionMediaFR et #Mediatransports que ces affiches soient retirées immédiatement ». Dès 10h22, la gérante de Media Transports annonçait sur son compte Twitter retirer le jour même les deux visuels relatifs au respect de la maternité et de la paternité. L'Association engageait une procédure de référé d'heure à heure et, par ordonnance du 4 janvier 2020, le président du Tribunal judiciaire de Paris ordonnait, sous astreinte de 10 000 € par jour de retard, l'exécution du contrat du 11 décembre 2019 en remplaçant sur les espaces publicitaires loués par Alliance Vita les affiches qui avaient été retirées<sup>21</sup>.

La régie évoquait l'article 8 du contrat qui lui aurait permis à tout moment d'interrompre l'affichage d'une publicité contraire aux lois et réglementations en vigueur ou susceptibles de porter atteinte à l'image ou aux intérêts des opérateurs, incompatibles avec l'objet du service public auquel le domaine public est affecté ou avec les principes fondamentaux du service public. Cet argument n'est pas admis par le juge qui estime qu'un contrat doit être exécuté par chaque partie tant qu'il n'a pas été statué sur sa

<sup>21</sup> TJ Paris, réf., 4 janv. 2020, n° 20/50042, *Légipresse* 2020. 18 et les obs.

validité, nul ne pouvant se faire justice à soi-même. Il en résulterait un trouble manifestement illicite alors que les affiches poursuivies n'étaient elles-mêmes pas illicites. Il est au demeurant manifeste que l'injonction publiée en ligne par une élue n'ayant aucune légitimité à se substituer à une juridiction ne saurait autoriser une violation contractuelle.

**3 -** La Fédération française des industries des aliments conservés (Fiac) a poursuivi la société Yuca éditant l'application éponyme du fait de la diffusion d'un article de blog donnant des informations sur les avantages et les inconvénients de l'ensemble des emballages alimentaires : verre, plastique, aluminium, carton. Elle reprochait notamment la section « Conserves et aluminium : à éviter au maximum » ainsi que des expressions telles que « Évitez au maximum la consommation d'aliments ayant été en contact avec l'aluminium (canettes de soda, etc.) ».

Le juge des référés<sup>22</sup> rejette la demande de la Fiac sur le fondement d'une pratique commerciale déloyale, estimant que l'article en question constituait une « information générale » et non une publicité. Il admet en revanche la demande sur le dénigrement en rappelant la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>23</sup> : « Même en l'absence d'une situation de concurrence directe et effective entre les personnes concernées, la divulgation, par l'une d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit commercialisé par l'autre, constitue un acte de dénigrement, à moins que l'information en cause ne se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante, et sous réserve qu'elle soit exprimée avec une certaine mesure ». En l'occurrence, le Président du tribunal constate que 80 % de la production des aliments en conserve est faite dans des boîtes en fer blanc et que les 20 % restant des boîtes de conserve en aluminium comportent systématiquement toutes un revêtement protecteur à l'intérieur de la boîte. Il relève que les propos du blog procèdent de la « dénaturation des propos d'un scientifique » et que leur tonalité « manque de mesure ainsi que de base factuelle suffisante », se fondant « sur une source unique, laquelle est citée à mauvais escient et interprétée de manière extensive ». L'ordonnance constate que l'impact sur le consommateur est sensible compte tenu notamment de la notoriété de Yuca, ce qui cause un « trouble illicite majeur ». Un certain nombre d'éléments doivent donc être retirés du site.

## II - LES RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES

### A - Alcool

**1 -** L'ANPAA poursuivait l'Association Française du Festival International du Film, la société Baron Philippe

<sup>22</sup> Président, T. com. Versailles, 5 mars 2020, *Légipresse* 2020. 144.

<sup>23</sup> Com. 9 janv. 2019, n° 17-18.350, *Légipresse* 2019. 72 et les obs. ; D. 2019. 872, note J.-M. Bruguière et A. Brégou ; *ibid.* 1367, chron. A.-C. Le Bras, T. Gauthier et S. Barbot ; *ibid.* 1578, obs. J.-C. Galloux et P. Kamina ; *ibid.* 2374, obs. le Centre de droit de la concurrence Yves Serra (CDEDEA n° 4216).

de Rothschild et la société CLS Rémy Cointreau du fait de la présence de ces deux dernières sur le site officiel du Festival de Cannes en qualité de fournisseurs officiels. L'ANPAA soutenait tout d'abord qu'il s'agissait d'un parrainage illicite puis que les mentions figurant sur le site constituaient des publicités également illicites.

La Cour d'appel de Paris<sup>24</sup> rejette ces deux demandes :

Elle commence par un attendu de principe reprenant mot à mot celui qu'elle avait utilisé dans l'affaire *Grimbergen*<sup>25</sup> : « Que la publicité se définissant comme toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou services, il ne saurait être retenu que la publicité pour l'alcool est illicite au seul motif qu'elle serait attractive ou qu'elle inciterait à l'achat ou à la consommation des boissons alcoolisées, seule l'incitation à une consommation excessive contrevenant à l'objectif de santé publique, de lutte contre l'alcoolisme défini par le législateur ».

Sur le parrainage, la cour rappelle qu'il s'agit d'un « soutien matériel ou financier du parrain apporté à un évènement ou à une personne connue, qui en contrepartie s'engage à faire apparaître publiquement le nom ou la marque du parrain à un moment donné ». Elle constate qu'en l'occurrence, le nom des sociétés poursuivies figure sur le site du Festival de Cannes sous l'onglet « Partenaires et fournisseurs » mais dans la sous-rubrique « Fournisseurs officiels » (par opposition aux « Partenaires officiels », « Partenaires institutionnels » et « Partenaires techniques »). Elle en déduit que cette qualité de fournisseur renvoie à une vente et donc à une relation marchande portant sur la fourniture des boissons alcoolisées sans permettre (contrairement aux partenaires ou sponsors) de bénéficier « d'une réelle visibilité dans le cadre de l'évènement (usage de la palme dans leur communication, mentions sur les supports publicitaires et de communication du Festival) » et qu'il n'y a donc pas de parrainage illicite.

Pour la communication de la société Baron Philippe de Rothschild, la Cour constate qu'elle est limitée à sa dénomination sociale et son activité sans citation de ses marques, ce qu'elle estime licite.

Pour la communication de la société CLS Rémy Cointreau, elle constate que la présentation des marques et le lien hypertexte permettant d'accéder à un site institutionnel ne sont pas davantage illicites.

**2 - L'ANPAA poursuivait la société de droit danois Carlsberg Breweries et sa filiale française Kronenbourg en leur reprochant un parrainage illicite de l'UEFA Euro 2016 qui se déroulait sur le territoire français. Le Tribunal de grande instance de Paris<sup>26</sup> sanctionne la présence de la marque Carlsberg dans la fan zone ouverte au public à Paris pen-**

nant l'Euro 2016. Il considère, sur la base de présomptions, que cette présence, permettant la publicité pour la bière Carlsberg, était la conséquence du contrat international de parrainage et que si celui-ci n'était pas illicite en lui-même, la publicité ainsi réalisée sur le territoire français l'était.

En revanche, outre le principe du parrainage, le tribunal a admis la validité de publicités effectuées dans l'Équipe, 20 Minutes ou sur un dépliant Carlsberg diffusé pendant la compétition. Ces deux publicités présentant Carlsberg comme le fournisseur officiel de la Cour Royale du Danemark, la référence à « L'officielle danoise » ne pouvant pas être une référence à un label décerné par l'UEFA. Le Tribunal considère qu'il ne peut être reproché à Carlsberg d'avoir profité de l'effet d'aubaine de la compétition pour communiquer par voie de presse sur sa marque.

Enfin, le tribunal rejette les demandes de l'ANPAA portant sur une publicité indirecte du fait de l'usage de la marque « Probably » et du slogan « The best in the world » sur des bannières entourant les terrains pendant les matches de l'Euro 2016.

Il considère que les éléments de preuve produits par l'ANPAA ne pouvaient être retenus.

**3 - Heineken avait été condamnée en 2017 en première instance<sup>27</sup> du fait de la diffusion de publicités représentant de manière relativement floue des images d'un pont d'Amsterdam et du Port de Rotterdam éclairés par des couleurs vives sous le slogan « Open your world », le tout étant présenté sur une bache placée sur le bâtiment de la Monnaie de Paris à l'occasion des travaux de rénovation qui y étaient effectués.**



<sup>24</sup> Paris, pôle 2 - ch. 2, 9 mai 2019, n° 17/14362, Légipresse 2019. 455 et les obs.

<sup>25</sup> Paris, pôle 2 - ch. 2, 13 déc. 2018, n° 17/03352, Légipresse 2019. 14 et les obs.

<sup>26</sup> TGI Paris, 5<sup>e</sup> ch. - 1<sup>er</sup> sect., 10 sept. 2019, n° 17/03428.

<sup>27</sup> TGI Paris, 5<sup>e</sup> ch. - 2<sup>e</sup> sect., 14 sept. 2017, n° 14/16592.

Le tribunal avait sanctionné l'usage de la bâche, le slogan « Open your world » et les visuels. Saisie par Heineken, la Cour d'appel de Paris<sup>28</sup> confirme le jugement sur la bâche et le slogan mais l'infirme sur les visuels.

S'agissant de la bâche, la Cour refuse de suivre l'argumentation téléologique de Heineken et considère que la liste des supports autorisés prévue à l'article L. 3323-2 du code de la santé publique est exhaustive et ne peut autoriser le recours à des formes inusitées de publicité lors de l'intervention du législateur. Elle en déduit que tel était le cas des bâches de chantier dont il semble pourtant résulter des débats que leur usage publicitaire s'est développé dans les années 80, la loi Evin datant, rappelons-le, de 1991.

Cette interprétation semble discutable, rien n'interdisant de considérer que les bâches peuvent être des affiches publicitaires, même si leur dimension est importante. Ceci est d'autant plus vrai que la bâche s'inscrivait dans le cadre de l'article L. 621-29-8 du code du patrimoine qui évoque expressément l'affichage : « Par dérogation à l'article L. 581-2 du code de l'environnement, dans le cadre de l'instruction des demandes d'autorisation de travaux sur les immeubles classés ou des demandes d'accord de travaux sur les immeubles inscrits, l'autorité administrative chargée des monuments historiques peut autoriser l'installation de bâches d'échafaudage comportant un espace dédié à l'affichage ».

Sur le slogan, la Cour retient qu'il fait allusion, outre mesure, aux prétendues vertus désinhibitrices de l'alcool censées permettre au consommateur de s'ouvrir au monde l'environnant. Il s'agit d'une interprétation sanctionnant le double sens de certains slogans allant dans le même sens que celle qui a entraîné la condamnation du slogan « Un Ricard. Des rencontres ».

Pour ce qui concerne les visuels, la Cour rappelle comme dans les affaires *Grimbergen* et *Festival de Cannes* certains principes essentiels : « Que la publicité se définissant comme toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou services, il ne saurait être retenu que la publicité pour l'alcool est illicite au seul motif qu'elle serait attractive ou qu'elle inciterait à l'achat ou à la consommation de boissons alcoolisées ; que seule l'incitation à une consommation excessive contrevient à l'objectif de santé publique de lutte contre l'alcoolisme défini par le législateur ». Puis que le contenu du message publicitaire « par nature ne saurait être purement informatif ». Puis encore que « les mentions ne doivent être purement objectives que lorsqu'elles sont relatives à la couleur, aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit, ce qui laisse la place à l'imagination des concepteurs des messages publicitaires lorsque la communication porte sur d'autres éléments de communication tels que l'origine

du produit ». Au vu de ces principes, la Cour estime que des visuels représentant un pont d'Amsterdam ou le Port de Rotterdam évoquent l'origine de la bière Heineken au travers de sa ville de production et du point de départ de son exportation, ce qui est autorisé.

**4 -** Cette jurisprudence de la Cour de Paris est cependant remise en cause par la Cour de cassation dans une affaire où elle était saisie par l'ANPAA de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui l'avait déboutée de ses demandes relatives à des publicités pour la marque Grimbergen et notamment des vidéos diffusées en ligne<sup>29</sup>.

Par un arrêt du 20 mai 2020 la première chambre civile casse la décision de la Cour de Paris. Sa motivation est à la fois brève et surprenante. Elle rappelle d'abord que selon l'article L. 3323-4 du code de la santé publique la publicité autorisée pour les boissons alcooliques est limitée à certaines indications et qu'elle « peut également comporter des références objectives relatives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit ». Puis « Il en résulte que, si la publicité pour les boissons alcooliques est licite, elle demeure limitée aux seules indications et références spécifiées à l'article L. 3323-4 précité, et présente un caractère objectif et informatif<sup>30</sup>, lequel ne concerne donc pas seulement les références relatives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit ». Et donc que

« pour rejeter les demandes de l'ANPAA, l'arrêt retient que les mentions ne doivent être purement objectives que lorsqu'elles sont relatives à la couleur, aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit, ce qui laisse la place à l'imagination des concepteurs des messages publicitaires lorsque la communication porte sur d'autres éléments, tels que l'origine, la dénomination ou la composition du produit. Il ajoute, lors de l'examen du contenu des films et du jeu litigieux, que la communication sur les origines et la composition du produit n'a nullement à être objective et peut parfaitement être hyperbolique. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

On doit avouer que l'on a du mal à suivre ce raisonnement, si raisonnement il y a. Le texte prévoit expressément que certaines références doivent être objectives. Il devrait en résulter que les autres n'ont pas à l'être. Et ce d'autant que par principe l'objectivité n'est pas une caractéristique requise de la publicité. On peut donc



<sup>28</sup> Paris, pôle 2 - ch. 2, 14 nov. 2019, n° 17/18804, *Légipresse* 2019. 670 et les obs. ; *ibid.* 2020. 42, étude E. Andrieu.

<sup>29</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mai 2020, n° 19-12.278, *Légipresse* 2020. Xxx.

<sup>30</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2015, n° 14-17.368, *Légipresse* 2015. 462 et les obs. ; *ibid.* 495, comm. E. Andrieu ; D. 2015. 1492.



trouver la formule « il en résulte » un peu hardie. Quant à la référence à l'arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2015, elle ne devrait pas non plus suffire à imposer cette objectivité, sauf à en faire un arrêt de règlement (qui au demeurant avait rejeté le pourvoi de l'ANPAA contre un arrêt l'ayant déboutée de ses demandes contre la Collective des vins de Bordeaux).

## B - Tabac

Le CNCT poursuivait des sociétés du Groupe British American Tobacco en leur reprochant la mention d'un service consommateurs et du label « PEFC carton certifié » sur des paquets de cigarettes.

La chambre criminelle<sup>31</sup> de la Cour de cassation rejette le pourvoi inscrit par le CNCT contre l'arrêt l'ayant débouté sur ces demandes. Pour la Cour de cassation, la cour d'appel a pu régulièrement constater que « la seule mention figurant sur ou à l'intérieur des paquets de cigarettes de l'existence d'un service consommateurs dont aucun



élément ne démontre le caractère fictif en y faisant figurer les coordonnées téléphoniques ainsi que l'adresse du site internet du Groupe BAT ne peut être considérée comme un mode de communication commerciale visant à promouvoir le produit tabac » et que « la mention de la certification PEFC fait référence uniquement, sans ambiguïté, à l'emballage cartonné du paquet de cigarettes et nullement au produit tabac ». En effet, pour la Cour de cassation comme pour la cour d'appel, les mentions litigieuses « n'ont pas eu

pour but ou effet d'inciter à l'achat ou à la consommation du tabac », ce qui aurait été un critère nécessaire pour que puisse être constatée une publicité illicite.

<sup>31</sup> Crim. 14 mai 2019, n° 17-84.961, Légipresse 2019. 398 et les obs..

