

Capsule

Les critères d’appréciation de la publicité comparative en droit communautaire

Christel Lacarrière*

1. INTRODUCTION	195
2. CADRE JURIDIQUE	196
3. FAITS ET PROCÉDURE	197
4. QUESTIONS PRÉJUDICIELLES	198
5. ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (C.J.C.E.)	199
6. CONCLUSION	204

© Christel Lacarrière, 2008.

* Juriste Marques au Groupe Nestlé.

1. INTRODUCTION

De tous temps, les acteurs économiques, qu'ils soient commerçants ou prestataires de services, ont cherché à promouvoir leur activité et à se faire connaître auprès des consommateurs.

L'économie libérale se généralisant, et la concurrence se faisant plus aiguë, la publicité est devenue un élément incontournable de l'activité économique.

Étant au centre d'enjeux très importants, la publicité fait aujourd'hui l'objet d'une réglementation spécifique de la part des États européens et des instances communautaires.

Parmi les différentes formes de publicité, l'une d'elles se distingue par son caractère particulièrement agressif à l'égard des concurrents de l'annonceur.

Il s'agit de la publicité comparative, définie par les dispositions de l'article 2, point 2 bis, de la directive 84/450 du Conseil du 10 septembre 1984 comme étant : « toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent ».

En raison de ses spécificités, cette forme de publicité a fait l'objet d'une attention particulière de la part des législateurs nationaux et communautaires qui ont encadré son usage par des règles très strictes.

C'est à ce titre que l'arrêt 19 avril 2007¹ de la Cour de Justice des Communautés Européennes nous intéresse, car il vient préciser les conditions dans lesquelles une publicité doit être considérée comme comparative et se voir appliquer les règles propres à ce type

1. Aff. C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel SA c. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne / Veuve Clicquot Ponsardin SA*.

de publicité, notamment quand les éléments utilisés pour la comparaison sont protégés par une appellation d'origine.

2. CADRE JURIDIQUE

Aux termes de l'article 3 bis, paragraphe 1, de la directive 84/450 du Conseil, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative :

Pour autant que la comparaison est concernée, la publicité comparative est licite dès lors que les conditions suivantes sont satisfaites :

a) elle n'est pas trompeuse au sens de l'article 2 point 2, de l'article 3 et de l'article 7 paragraphe 1 ;

b) elle compare des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;

c) elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, dont le prix peut faire partie ;

[...]

f) pour les produits ayant une appellation d'origine, elle se rapporte dans chaque cas à des produits ayant la même appellation ;

g) elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou de l'appellation d'origine de produits concurrents ;

[...]

L'article 13, paragraphe 1, du règlement 2081/92 du Conseil, relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des produits alimentaires dispose, quant à lui, que :

Les dénominations enregistrées sont protégées contre toute :

a) utilisation commerciale directe ou indirecte d'une dénomination enregistrée pour des produits non couverts par l'enregistrement, dans la mesure où ces produits sont com-

parables à ceux enregistrés sous cette dénomination ou dans la mesure où cette utilisation permet de profiter de la réputation de la dénomination protégée ;

b) usurpation, imitation ou évocation, même si l'origine véritable du produit est indiquée ou si la dénomination protégée est traduite ou accompagnée d'une expression telle que « genre », « type », « méthode », « façon », « imitation » ou d'une expression similaire ;

c) autre indication fautive ou fallacieuse quant à la provenance, l'origine, la nature ou les qualités substantielles du produit figurant sur le conditionnement ou l'emballage, sur la publicité ou sur des documents afférents au produit concerné, ainsi que l'utilisation pour le conditionnement d'un récipient de nature à créer une impression erronée sur l'origine ;

d) autre pratique susceptible d'induire le public en erreur quant à la véritable origine du produit.

[...]

3. FAITS ET PROCÉDURE

La présente affaire trouve son origine en Belgique, où le producteur de bières De Landtsheer a lancé, en 2001, une bière dont le processus d'élaboration était inspiré par la méthode de production du vin mousseux.

Souhaitant communiquer sur ce processus de fabrication original pour une bière, la société De Landtsheer a apposé, tant sur les bouteilles que sur les emballages de celles-ci, les mentions « Champagnébier », « Brut Réserve », « La première bière brut au monde », « Bière blonde à la méthode traditionnelle » et « Reims-France ».

La réaction des producteurs de Champagne ne s'est pas fait pas attendre, puisque, dès 2002, le Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne (CIVC) et la société française Veuve Clicquot Ponsardin ont saisi le tribunal de commerce de Nivelles, en Belgique, pour demander à ce que soit interdite l'utilisation par la société De Landtsheer des mentions précitées, affirmant qu'elles étaient trompeuses, mais également que leur emploi était constitutif d'actes de publicité comparative illicite.

En date du 26 juillet 2002, le tribunal de première instance a fait partiellement droit aux prétentions des requérantes, enjoignant la société De Landtsheer de cesser toute utilisation des mentions « Champagne », « méthode traditionnelle » et « Reims-France ».

En revanche, le tribunal a estimé que l'emploi des mentions « Brut », « Réserve », « Brut Réserve » et « La première bière brut au monde » par la société De Landtsheer était parfaitement licite.

Aucune des parties n'étant pleinement satisfaite de ce jugement, deux appels ont été interjetés auprès de la Cour d'appel de Bruxelles afin d'obtenir, pour la société De Landtsheer, l'autorisation d'utiliser les mentions « méthode traditionnelle » et « Reims-France » et, pour les requérantes, l'interdiction d'emploi des mentions « Brut », « Réserve », « Brut Réserve » et « La première bière brut au monde ».

Estimant que la solution de cette affaire dépendait notamment de l'interprétation conjointe de l'article 3 bis, paragraphe 1 ; de la directive 84/450 du Conseil, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative ; et de l'article 13, paragraphe 1, du règlement 2081/92 du Conseil, relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des produits alimentaires ; la juridiction belge a saisi la Cour de Justice des Communautés européennes (C.J.C.E) sur quatre questions préjudicielles.

4. QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

La juridiction belge pose, en substance, les quatre questions préjudicielles suivantes à la C.J.C.E :

- 1) L'article 2, point 2 bis, de la directive doit-il être interprété en ce sens que peut être considérée comme constituant une publicité comparative la référence, dans un message publicitaire, à un type de produits et non à une entreprise ou à un produit déterminé ?
- 2) L'existence d'un rapport de concurrence, au sens de l'article 2, point 2 bis, de la directive, entre l'annonceur et l'entreprise qui est identifiée dans le message publicitaire peut-il être établi indépendamment des biens ou des services offerts par celle-ci ?

Dans la négative, quels sont les critères devant être retenus pour constater l'existence d'un rapport de concurrence ?

Enfin, ces critères sont-ils identiques à ceux qui permettent de vérifier si la comparaison répond à la condition énoncée à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous b), de la directive ?

- 3) Une publicité qui fait référence à un type de produits, sans pour autant identifier un concurrent ou les biens que ce dernier offre, est-elle illicite au regard de l'article 3 bis, paragraphe 1, de la directive ?

À cet égard, les conditions de licéité d'une telle publicité doivent-elles être examinées à la lumière d'autres dispositions nationales, au risque d'aboutir à une moindre protection des consommateurs ou des entreprises qui offrent le type de produits auquel la publicité se réfère ?

- 4) L'article 3 bis, paragraphe 1, sous f), de la directive doit-il être interprété en ce sens qu'est illicite toute comparaison qui, pour des produits n'ayant pas d'appellation d'origine, se rapporte à des produits ayant une appellation d'origine ?

5. ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (C.J.C.E.)

La C.J.C.E est appelée à se prononcer sur les conditions dans lesquelles un message publicitaire doit être considéré comme une publicité comparative et être éventuellement interdit en application des règles spécifiques édictées pour ce type de publicité.

La première question préjudicielle consiste à déterminer si l'article 2, point 2 bis, de la directive 84/450, qui définit la publicité comparative, doit être interprété en ce sens que peut être considérée comme constituant une publicité comparative la référence, dans un message publicitaire, à un type de produits et non à une entreprise ou à un produit déterminé.

À titre préliminaire, rappelons que selon l'article 2, point 2, bis de la directive, on entend par publicité comparative « toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent ».

Invoquant sa jurisprudence constante dans ce domaine², la Cour répond positivement à cette première question, en estimant que : « le simple fait qu'une entreprise fasse uniquement référence dans son message publicitaire à un type de produits ne permet pas d'exclure a priori ce message du champ d'application de la directive ».

A contrario, elle considère que la simple référence à un type de produits, sans nécessairement identifier l'entreprise qui les commercialise, peut suffire pour que le message publicitaire soit considéré comme une publicité comparative et se voie appliquer les règles spécifiques s'y rapportant.

Elle précise cependant sa position en soumettant, en pareille hypothèse, la reconnaissance du caractère comparatif de la publicité au fait que les concurrents ou les biens ou services qu'ils offrent puissent être identifiés comme étant concrètement visés par la publicité.

La Cour répond donc à la première question préjudicielle comme suit :

L'article 2, point 2 bis, de la directive 84/450/CEE du Conseil, du 10 septembre 1984, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, telle que modifiée par la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997, doit être interprété en ce sens que peut être considérée comme constituant une publicité comparative la référence, dans un message publicitaire, à un type de produits et non à une entreprise ou à un produit déterminés dès lors qu'il est possible d'identifier cette entreprise ou les produits qu'elle offre comme étant concrètement visés par ledit message. La circonstance que plusieurs concurrents de l'annonceur ou des biens ou des services qu'ils offrent puissent être identifiés comme étant concrètement visés par le message publicitaire est sans pertinence en vue de la reconnaissance du caractère comparatif de la publicité.

La deuxième question posée par la juridiction de renvoi comporte trois parties.

2. Aff. C-112/99, *Toshiba v. Katun*, arrêt du 25 octobre 2001, Rec. p. I-7945, points 30 et 31 : « Il suffit qu'il existe une communication sous une forme quelconque faisant, même implicitement, référence à un concurrent ou aux biens ou aux services qu'il offre. Il importe peu, à cet égard, qu'il existe une comparaison entre les biens et les services offerts par l'annonceur et ceux du concurrent ».

Dans la première, la Cour est appelée à se prononcer sur le point de savoir si l'existence d'un rapport de concurrence, au sens de l'article 2, point 2 bis, de la directive, entre l'annonceur et l'entreprise qui est identifiée dans le message publicitaire, peut être établie indépendamment des biens ou des services offerts par celle-ci.

Considérant que la qualité de concurrent au sens de l'article 2, point 2 bis, de la directive repose, à titre principal, sur le caractère substituable des produits proposés par les acteurs économiques, la Cour répond sans détour que « l'existence d'un rapport de concurrence entre l'annonceur et l'entreprise qui est identifiée dans le message publicitaire *ne peut pas être établie indépendamment des biens ou des services offerts par celle-ci* ».

Dans la deuxième question, la Cour est interrogée sur les critères devant être retenus pour constater l'existence d'un rapport de concurrence entre l'annonceur et l'entreprise visée dans le message publicitaire.

Sur l'aspect temporel de cette appréciation, la Cour rappelle sa jurisprudence antérieure, selon laquelle : « il convient d'envisager non seulement l'état actuel du marché, mais encore les possibilités d'évolution dans le contexte de la libre circulation des marchandises à l'échelle communautaire et les virtualités nouvelles de substitution entre produits que l'intensification des échanges peut révéler ».

En d'autres termes, l'appréciation d'un rapport de concurrence entre deux acteurs économiques et leurs produits ou services ne doit pas se limiter à l'état du marché au jour de cette appréciation, mais doit également anticiper les éventuelles évolutions des habitudes de consommation au sein de l'Union Européenne.

Sur l'aspect spatial de cette appréciation, la Cour rappelle également sa jurisprudence antérieure, selon laquelle : « les relations concurrentielles en cause doivent être analysées par rapport au marché dans lequel la publicité comparative est diffusée ».

Elle estime, en effet, que l'appréciation à laquelle doivent se livrer les juridictions nationales ne peut se limiter au seul État membre dont elles dépendent, dans la mesure où l'évolution des habitudes de consommation constatée dans d'autres États membres peut avoir, en raison de la libre circulation des personnes et des biens au sein de l'Union Européenne, des conséquences sur le marché national considéré.

Enfin, la Cour indique que l'appréciation d'un rapport de concurrence entre deux acteurs économiques et leurs produits ou services doit également être fondée sur : « les caractéristiques particulières du produit que l'annonceur vise à promouvoir, ainsi que l'image qu'il entend lui imprimer ».

Dans sa troisième question, la juridiction de renvoi demande, en premier lieu, si une publicité qui fait référence à un type de produits sans pour autant identifier un concurrent ou les biens que ce dernier offre peut être considérée comme illicite au regard de l'article 3 bis, paragraphe 1, de la directive.

La Cour reprend tout d'abord les arguments développés dans le cadre de la première question préjudicielle, en rappelant que l'identification d'un concurrent ou de ses produits ou services est une condition nécessaire pour qu'un message publicitaire soit considéré comme comparatif.

En l'absence d'une telle identification, même implicite, la Cour estime donc que le message publicitaire ne relève pas de la législation sur la publicité comparative et, partant, ne saurait être considéré comme illicite au regard des dispositions de l'article 3 bis, paragraphe 1, de la directive.

En second lieu, la juridiction de renvoi demande si les conditions de licéité d'une telle publicité doivent être examinées à la lumière d'autres dispositions nationales, au risque de conduire à une moindre protection des consommateurs ou des entreprises qui offrent le type de produits auquel la publicité fait référence.

La Cour répond par l'affirmative, en rappelant que les législations nationales font partie du corpus des règles que les tribunaux sont tenus d'appliquer, « sans qu'il y ait lieu de prendre en considération l'existence de différents niveaux de protection des consommateurs ou des entreprises concurrentes qui pourraient en résulter ».

Enfin, la quatrième et dernière question posée par la juridiction de renvoi est spécifique au cas d'espèce, dans la mesure où il concerne les appellations d'origine.

La Cour est en effet appelée à se prononcer sur le point de savoir si l'article 3 bis, paragraphe 1, sous f), de la directive doit être

interprété en ce sens qu'est illicite toute comparaison qui, pour des produits n'ayant pas d'appellation d'origine, se rapporte à des produits bénéficiant d'une telle appellation.

La Cour rappelle tout d'abord que la directive doit être interprétée à la lumière de ses objectifs, qui sont de protéger les acteurs économiques et les consommateurs en interdisant les publicités comparatives jugées illicites.

Indépendamment de l'interprétation faite à la lumière des objectifs de la directive, la Cour indique que l'article 3 bis, paragraphe 1, sous f), doit être lu en combinaison avec l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), aux termes duquel : « la publicité comparative est licite dès lors qu'elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou de l'appellation d'origine de produits concurrents ».

En d'autres termes, si une publicité relative à des produits ne bénéficiant pas d'une appellation d'origine ne peut pas faire référence à des produits bénéficiant d'une telle appellation, et partant, ne pas être considérée comme une publicité comparative, elle demeure par conséquent hors du champ d'application de la directive et ne peut donc se voir interdite en vertu des articles 3 bis, paragraphe 1, sous f) et g).

La Cour répond qu'en pareil cas, « dès lors que toutes les autres conditions de licéité de la publicité comparative sont respectées, une protection des appellations d'origine qui aurait pour effet d'interdire de manière absolue les comparaisons de produits n'ayant pas d'appellation d'origine avec d'autres qui bénéficient d'une telle appellation serait injustifiée et ne saurait trouver sa légitimité dans les dispositions de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous f) ».

Elle rappelle par ailleurs que, dans la mesure où une telle interdiction ne résulte pas expressément des dispositions de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous f), la reconnaître relèverait d'une interprétation extensive de cette condition de licéité de la publicité comparative, ce qui serait contraire à la jurisprudence constante de la Cour.

Elle répond donc par la négative à cette dernière question, considérant que : « l'article 3 bis, paragraphe 1, sous f), de la directive doit être interprété en ce sens que n'est pas illicite toute comparaison qui, pour des produits n'ayant pas d'appellation d'origine, se rapporte à des produits bénéficiant d'une telle appellation ».

6. CONCLUSION

Force est de constater que les arguments développés par la Cour dans son arrêt sont dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure favorable à la publicité comparative.

Les développements futurs de la Cour de Justice des Communautés Européennes en la matière viendront confirmer ou, au contraire, infirmer cette position.

En attendant, la publicité comparative demeure au cœur des enjeux de l'activité économique et continuera de soulever de nombreuses interrogations auxquelles il faudra répondre toujours dans un souci de protection des consommateurs, mais également des acteurs économiques eux-mêmes.