

La tromperie hors le droit des
marques : l'exemple de la publicité

APRAM / Universités
**“Consommateur égaré,
choqué, trompé”**

26 juin 2020

Eric Andrieu

Avocat à la Cour

17 bis, rue Legendre - 75017 Paris (France)

Tél. 01 44 70 73 73

andrieu@pechenard.com

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

Introduction

Le titre de cette matinée « *Consommateur égaré, choqué, trompé* » évoque pour les participants, bien informés de l'objet de l'Association, les tromperies sur les marques.

On ne peut malheureusement exclure que pour le grand public, il évoque davantage la publicité.

On le sait, l'imagination des annonceurs et des publicitaires est fertile et parfois excessive.

Aussi, des règles ont été fixées de longue date pour sanctionner ce qui a été successivement appelé la publicité mensongère, la publicité trompeuse et aujourd'hui les pratiques commerciales trompeuses.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

I. Pratiques commerciales déloyales :

Article L121-1 du code de la consommation :

« Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.

Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.

Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe.

Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-2 à L. 121-4 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 121-6 et L. 121-7. »

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. Définitions

Définition de la pratique commerciale. Selon la Directive n° 2005/29/CE du 11 juin 2005, art. 2, d : « *Toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* »

Définition de la publicité. Selon la Directive n° 2006/114 du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, la publicité s'entend 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 de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations* ».

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

2. Auteurs de la pratique :

Professionnels. Selon la Directive n°2005/29 art. 2, b : « *Toute personne physique ou morale qui agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel* ».

Article liminaire du code de la consommation : « *Toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel.* »

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

2. Personnes visées :

Les consommateurs. Article liminaire du Code de la consommation : « *Toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ».

Quantité de consommateurs indifférente. Voir CJUE 16-4-2015 aff. 388/13 : « *La directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs [...] doit être interprétée en ce sens que la communication, par un professionnel à un consommateur, d'une information erronée, telle que celle en cause au principal, doit être qualifiée de «pratique commerciale trompeuse», au sens de cette directive, alors même que cette communication n'a concerné qu'un seul consommateur.* »

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

2. Personnes visées :

Professionnels ou non-professionnels visés. L'article L121-5 code de la consommation indique : « *Les dispositions des articles L. 121-2 à L. 121-4 sont également applicables aux pratiques qui visent les professionnels et les non-professionnels.* » Les consommateurs ne sont pas les seules victimes des pratiques commerciales trompeuses.

Définition du non-professionnel : « *Toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* » (Code de la consommation – article liminaire)

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

3. Support indifférent :

Tous les modes de communication peuvent être concernés.

Toute sorte de document peut contenir une information ou suggestion trompeuse, y compris le conditionnement des produits.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

II. Pratiques commerciales trompeuses :

Une pratique commerciale trompeuse n'est susceptible d'être sanctionnée que si, d'une part, elle est trompeuse au sens des articles L 121-2 et L 121-3 du Code de la consommation relatifs respectivement aux pratiques trompeuses par action et par omission (1) et si, d'autre part, elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé à l'égard du bien ou service, conformément à l'article L 121-1 relatif à l'interdiction des pratiques commerciales déloyales (2).

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. Caractère trompeur de la pratique :

Le code de la consommation distingue deux modes de tromperies :

- les tromperies par action (a)
- les tromperies par omission (b)

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. a. Tromperies par action :

Allégations fausses ou de nature à induire en erreur sur l'un des éléments suivants :

Article L121-2 du code de la consommation :

« Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes : [...] 2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants :

- a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ;
- b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ;
- c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ;
- d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;
- e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ;
- f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ;
- g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ; [...]

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. a. Tromperies par action :

Allégations fausses ou de nature à induire en erreur sur l'un des éléments suivants :

a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ;

La pratique dite de la « marque d'appel » consiste à attirer la clientèle par une promotion relative à des produits de marque réputée à un prix intéressant, et lorsque le client se présente, il n'y a plus de produits de la marque attractive, mais l'annonceur lui propose d'autres produits de marque différente.

Cass. crim., 2 déc. 1980, n° 80-91.084 : un distributeur d'articles de sport qui fait une publicité sur les produits « Rossignol » dont il ne détient qu'une quantité dérisoire.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. a. Tromperies par action :

Allégations fausses ou de nature à induire en erreur sur l'un des éléments suivants :

b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service:

Cass. Crim. 16 févr. 1982 : Bull. Crim 1982 n°54 : programmes immobiliers où l'on annonce que la construction sera réalisée autour d'une « île verte, interdite aux voitures, réservée aux enfants », alors qu'il s'agit d'un espace bétonné servant d'aire de stationnement.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. a. Tromperies par action :

Allégations fausses ou de nature à induire en erreur sur l'un des éléments suivants :

b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service: les résultats attendus:

Les exemples de promotion de produits ou objets « miracles » :

- jupe anti-grippe (TGI Seine, 24 nov. 1965),
- élixir de jeunesse (TGI Seine, 20 janv. 1967)
- hormones de jouvence (CA Rouen, 16 oct. 2003)
- recettes pour gagner au tiercé (T. corr. Troyes, 7 nov. 1967; T. corr. Bordeaux, 12 janv. 1993),
- méthodes ou produits pour perdre du poids rapidement et sans peine (TGI Paris, 18 déc. 1997; TGI Paris, 31e ch., 23 avr. 1997; CA Rouen, 17 févr. 2005;),

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. a. Tromperies par action :

Allégations fausses ou de nature à induire en erreur sur l'un des éléments suivants :

b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service: les résultats attendus:

CA Paris, Pôle 1, Chambre 3, 6 février 2019, RG n°18/27101 : La société Forté Pharma était poursuivie par une association de consommateurs du fait de la diffusion de publicités pour le complément alimentaire « XtraSlim 700 » sur les conditionnements, dans un spot TV, dans la presse et sur son site internet, le produit étant présenté comme « brûleur de graisses extra-fort » et accompagné de mentions telles que « brûle 700 kcal/jour* », l'astérisque renvoyant à la précision portée au dos de la boîte « *Résultat moyen de l'étude* », elle-même présentée comme « *Etude scientifique. L'efficacité du complexe d'ingrédients wakamé/curcuma a été prouvée par une étude scientifique en double aveugle versus placebo menée sur 59 personnes pendant 28 jours.* »

Etait également indiqué, selon les supports : « *Vous cherchez une solution naturelle et efficace pour perdre du poids ?* », « *Vous voulez perdre du poids et le sport n'est pas toujours votre fort... Pour mincir, juste un petit effort : courir à la pharmacie* », ou encore « *Je brûle 700 kcal par jour. Pour brûler 700 kcal par jour et perdre du poids, je fais une cure d'XtraSlim 700, mon brûleur de graisses extra-fort à l'efficacité prouvée.* »

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

CA Paris, Pôle 1, Chambre 3, 6 février 2019, RG n°18/27101 : Le juge des référés avait ordonné le retrait de certaines mentions des conditionnements et des publicités prononçant en outre deux condamnations provisionnelles à des dommages et intérêts de 5.000 €.

Sur appel de Forté Pharma, la Cour d'appel de Paris augmente sensiblement les sanctions prononcées.

La Cour estime que « *L'ensemble des moyens de communication... insistent de manière récurrente sur l'effet bénéfique de la prise de ce complément alimentaire, non seulement sur la perte de calories dans des proportions élevées... mais aussi sur la perte de poids en résultant* » et que ce message « *ne s'embarrasse pas de nuances et laisse entendre que la seule consommation du produit litigieux suffit à produire les effets annoncés, à savoir la perte de 70 kcal par jour et la perte de poids.* »

La Cour insiste sur les conditions de présentation des différents messages et constate que ce n'est que sur le site internet – sans qu'il y soit renvoyé suffisamment clairement sur les autres supports – qu'il est indiqué que les résultats annoncés impliquent un régime alimentaire adapté et une pratique sportive régulière.

La Cour considère par conséquent qu'il s'agit d'une pratique commerciale trompeuse renforcée par des références à « *une efficacité prouvée* » et un renvoi à « *une étude scientifique* », le tout étant de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique des consommateurs.

Par voie de conséquence, la société est condamnée à cesser la commercialisation du produit dans son état actuel et se voit ordonner la modification de l'ensemble des supports de présentation et de communication sous astreinte passé un délai de 30 jours.

Quant aux dommages et intérêts provisionnels, ils sont portés à 100.000 € pour le préjudice d'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs et à 50.000 € pour le préjudice associatif.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. a. Tromperies par action :

Allégations fausses ou de nature à induire en erreur sur l'un des éléments suivants :

c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service :

CA Paris, Pôle 1, Chambre 3, 13 décembre 2016, n° 15/19264 : La Direction Départementale de la Protection des Populations de Paris poursuivait Optical Center en référé en lui reprochant l'organisation de promotions sous la forme d'offres de réduction de prix qui, étant pratiquées en permanence, étaient, selon elle, manifestement trompeuses pour les consommateurs. Optical Center en référé en lui reprochant l'organisation de promotions sous la forme d'offres de réduction de prix qui, étant pratiquées en permanence, étaient, selon elle, manifestement trompeuses pour les consommateurs.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. a. Tromperies par action :

Optical Center soutenait qu'elle organisait en effet des campagnes de réduction de prix mais uniquement du 1er janvier au 31 juillet puis du 1er septembre au 30 novembre, périodes au cours desquelles le consommateur bénéficiait d'une réduction par rapport aux prix pratiqués entre ces campagnes.

Il résultait cependant d'un rapport de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes que des remises étaient également pratiquées au cours du mois d'août.

La Cour d'appel de Paris confirme l'ordonnance de référé en constatant qu'Optical Center ne démontre pas que le prix de référence était effectivement facturé de manière habituelle à ses clients et correspondait à une réalité commerciale.

Après avoir rappelé les critères des pratiques commerciales trompeuses, elle relève que celle consistant à remiser ses prix en permanence trompe le consommateur moyen en le conduisant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

L'interdiction de diffuser la campagne est assortie d'une astreinte de 250.000 €.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. a. Tromperies par action :

Allégations fausses ou de nature à induire en erreur sur l'un des éléments suivants :

c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service :

TGI Paris, Réf. 9 octobre 2019, RG n°19/55785 :

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.

Le juge des référés fait droit à la demande uniquement sur le caractère trompeur de la semaine gratuite.

Celle-ci 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 3 semaines restantes pour être remboursé (port à votre charge).* »

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. a. Tromperies par action :

Pour le Tribunal, cette présentation est trompeuse « *puisque le consommateur doit payer à la souscription 3 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 Tribunal 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.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. a. Tromperies par action :

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 durée de produits minceur achetés.

Le Tribunal 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 Tribunal juge 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.* »

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. a. Tromperies par action :

Allégations fausses ou de nature à induire en erreur sur l'un des éléments suivants :

b) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service :

CA Paris 16 mai 2008 : JurisData n°2008-364022 : Est trompeuse, la publicité pour des billets d'avion faisant état de prix hors taxe dans la mesure où la mention hors taxe apparaissait en très petits caractères et alors même que leur montant doublait parfois le prix de la prestation.

La publicité hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. a. Tromperies par action :

Confusion avec un produit ou signe distinctif concurrent :

Cass. Com. 26 févr. 2013, n°12-12203 : une société prestataire de service diffusant des bulletins d'adhésion en utilisant un logo ressemblant à celui d'une caisse de sécurité sociale.

Cass. Crim. 12 juin 2019, RG n°18-83298 : 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 des décisions subtilement anonymisées...

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. a. Tromperies par action :

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 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, s'il 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. »

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

1. b. Tromperies par omission :

Article L121-3 code de la consommation : « Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte. Lorsque le moyen de communication utilisé impose des limites d'espace ou de temps, il y a lieu, pour apprécier si des informations substantielles ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens.

Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes :

- 1° Les caractéristiques principales du bien ou du service ;
- 2° L'adresse et l'identité du professionnel ;
- 3° Le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance ;
- 4° Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations des consommateurs, dès lors qu'elles sont différentes de celles habituellement pratiquées dans le domaine d'activité professionnelle concerné ;
- 5° L'existence d'un droit de rétractation, si ce dernier est prévu par la loi. »

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

2. Caractère déloyal de la pratique :

Le caractère déloyal d'une pratique suppose le double constat d'une pratique contraire à la diligence professionnelle (a) et altérant de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen (b).

Il existe par ailleurs, une liste de pratiques qui sont réputées trompeuses en toutes circonstances, sans que le caractère déloyal de la pratique soit à démontrer (c).

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

2. a. Pratiques contraires aux exigences de la diligence professionnelle :

Définition : « *le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine* » (Directive 84/450/CEE – article 2)

Appréciation du manquement à la diligence professionnelle. Ce manquement s'apprécie par rapport aux règles déontologiques professionnelles : non-respect de règles, écrites ou non écrites, auxquelles les professionnels se conforment habituellement.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

2. a. Pratiques contraires aux exigences de la diligence professionnelle :

CJUE 19-9-2013 aff. 435/11 : RJDA 12/13 n° 1055 : La Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'une pratique commerciale déloyale peut être qualifiée de trompeuse si elle remplit tous les critères prévus à l'article 6, 1 de la directive 2005/29 du 11 mai 2005 définissant la pratique commerciale trompeuse (à savoir des informations fausses ou induisant en erreur sur : l'existence ou la nature du produit ; les caractéristiques principales du produit ; l'étendue des engagements du professionnel ; le prix ou le mode de calcul du prix ; la nécessité d'un service ; la nature et les qualités du professionnel ; les droits du consommateur) sans qu'il soit nécessaire de vérifier qu'elle est également contraire aux exigences de la diligence professionnelle, au sens de l'article 5, 2 définissant la pratique déloyale.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

2. a. Pratiques contraires aux exigences de la diligence professionnelle :

La décision est discutable.

La jurisprudence française semblait assez clairement fixée pour estimer que, dans tous les cas, la démonstration de l'existence d'une pratique commerciale déloyale, y compris les pratiques trompeuses ou agressives visées par les articles L.121-2 et L.121-6 du Code de la consommation, impliquait la preuve de l'existence des deux critères de l'article L.121-1, à savoir : non-respect des exigences de la diligence professionnelle et altération substantielle du comportement économique des consommateurs.

Cette analyse est remise en cause par l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 19 septembre 2013.

Dans cette affaire, une agence de voyages autrichienne spécialisée dans l'organisation de vacances à la neige pour des groupes scolaires en provenance du Royaume-Uni avait publié une brochure faisant état d'hébergements exclusifs au sein de certains établissements.

Cependant, ces établissements avaient ensuite signé des accords avec une société concurrente en violation des engagements souscrits avec la première.

La société concurrente avait alors engagé une procédure sur le fondement de pratiques commerciales trompeuses.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

2. a. Pratiques contraires aux exigences de la diligence professionnelle :

L'auteur de la publicité avait obtenu gain de cause en référé et en appel au motif que l'indication trompeuse n'était pas de son fait et qu'elle avait respecté les exigences de la diligence professionnelle.

La CJUE considère qu'il s'agit d'une application inexacte du droit européen.

Elle estime, au terme d'une analyse mot à mot de la Directive que, dans l'hypothèse d'une pratique commerciale trompeuse ou d'une pratique commerciale agressive qui font l'objet d'articles spécifiques au sein de la Directive, la condition générale de réunion des deux critères rappelés ci-dessus n'est pas nécessaire. Il suffit de constater l'existence d'affirmations trompeuses susceptibles d'altérer le choix économique des consommateurs sans avoir besoin d'établir la violation des exigences de la diligence professionnelle.

Cette appréciation est à rapprocher du texte de l'article L121-1 avec lequel elle semble en contradiction.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

2. a. Pratiques contraires aux exigences de la diligence professionnelle :

Jurisprudence relative à la vente d'ordinateurs avec logiciels préinstallés : Cass. Civ. 1^{re}, 14 Décembre 2016, n° 14-11.437 ; Cass 1^{re} civ, 29 mars 2017, n°15-13.248.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

2. b. Pratiques altérant de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen :

Définition. La directive 2005/29/CE définit les pratiques altérant de manière substantielle le comportement économique du consommateur de la manière suivante : « *l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* »

Consommateur moyen. C'est le comportement économique du consommateur « *normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* » (C. consom. art. L 121-1, al. 2), compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques, qu'il faut prendre en compte pour évaluer la pratique.

L'infraction de pratique commerciale trompeuse est constituée dès lors que l'altération du comportement économique du consommateur est potentielle, sans qu'elle soit nécessairement effective.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

2. b. Pratiques altérant de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen :

Cass. Com. 1er mars 2017, n°15-15448 : Une société se plaignait de la diffusion par des sociétés concurrentes (les sociétés Léa) d'un savon commercialisé sous la dénomination « Savon tradition Alep » alors qu'il était fabriqué en Tunisie.

La Cour d'appel de Lyon lui avait donné raison en estimant qu'il s'agissait d'actes de concurrence déloyale en raison de pratiques commerciales trompeuses pour le consommateur, la présentation retenue étant « manifestement de nature à induire en erreur leurs clients sur l'origine du produit en leur faisant croire que ce savon provient de la ville d'Alep comme ceux qui leur étaient précédemment vendus ».

La Cour de Cassation casse la décision de la Cour d'appel de Lyon en lui reprochant de ne pas avoir vérifié si les éléments retenus altéraient ou étaient de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur.

On voit que malgré le caractère « manifestement » trompeur de la pratique reprochée, la Chambre Commerciale fait une application stricte de l'article L.121-1 alinéa 2 du Code de la consommation dans sa rédaction résultant de la transposition de la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

2. b. Pratiques altérant de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen :

Cass. Civ. 1, 11 mai 2017, pourvoi n° 16-13669 : La Cour de Cassation était saisie d'un litige relatif au site avocat.net, édité par la société Jurisystem.

Elle relève notamment que l'usage de la dénomination « avocat.net » sans adjonction d'autre terme était de nature à laisser penser à l'internaute que le site était exploité par des avocats ou que tous les services proposés émanaient d'avocats et caractérisait l'existence d'une pratique commerciale trompeuse.

La Cour de cassation ajoute qu'elle était « de nature à altérer de manière substantielle le comportement de l'internaute moyen par rapport aux prestations offertes. »

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

2. c. Pratiques réputées trompeuses en toutes circonstances :

Article L.121-4 Code de la consommation : liste des pratiques réputées trompeuses en toutes circonstances.

Cass. Crim. 28 janvier 2020, n°19-80496 : Si la jurisprudence est relativement riche dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, et particulièrement les pratiques commerciales trompeuses, le cas des pratiques « réputées trompeuses » au sens de l'article L.121-4 du Code de la consommation est plus rare.

Rappelons que, conformément à la directive de 2005, 29 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 ».

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

2. c. Pratiques réputées trompeuses en toutes circonstances :

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 gains aux jeux concernés.

Condamnés par la Cour d'appel, ils ont formé un pourvoi qui est rejeté par la Chambre Criminelle.

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 Criminelle, 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 pour des tiers.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

3. Élément moral de l'infraction :

Evolution.

Loi n°63-628 du 2 juillet 1963 : délit de publicité mensongère exigeait expressément que la publicité ait été « *faite de mauvaise foi* ».

Loi n°73-1193 du 27 décembre 1973 dite loi « Royer » : substitution de la publicité trompeuse à la publicité mensongère. Suppression de la mauvaise foi.

Article 339 de la loi d'adaptation n°92-1226 du 16 décembre 1992 : « *tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudance, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément.* »

Réforme du nouveau code pénal en 1994 : article 121-3 alinéa 1^{er} du code pénal : « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* »

Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 : substitution de l'infraction de pratiques commerciales déloyales à celle de publicité trompeuse.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

3. Élément moral de l'infraction :

Evolution.

Note de la DGCCRF n°2009-07 : « *L'article L.121-1 constitue une nouvelle infraction pour laquelle il conviendra donc de s'attacher à mettre en évidence **toutes les circonstances propres à caractériser l'élément intentionnel au-delà de la simple négligence (notamment par la connaissance qu'avait professionnel du caractère trompeur de la pratique)**, et ce même si cette infraction s'apparente à l'infraction précédente de publicité mensongère. La jurisprudence nous fournira, par la suite, des éléments d'appréciation de cette notion. Toutefois, **il convient d'observer que la déloyauté du procédé utilisé par le professionnel caractérise l'intention de commettre l'infraction. La déloyauté d'une pratique pourra être établie à partir d'éléments tels que le non-respect de la lettre et de l'esprit de certaines règles tels que les codes de conduite, les usages inhérents à la profession, ou des conséquences prévisibles de la présentation trompeuse sur le consommateur, ou bien encore la connaissance qu'avait le professionnel de l'aspect trompeur de la pratique.** »*

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

3. Élément moral de l'infraction :

Délit intentionnel : Cass. Crim. 15 déc. 2009 n°09-83.059 : « *le prévenu n'a pas pris toutes les précautions propres à assurer la véracité des messages publicitaires et dès lors que la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3 du code pénal* » (voir également Cass. Crim 29 janv. 2019 n°17-86.876 ; Cass. Crim 24 mars 2015, n°14-82.166 ; Cass. Crim. 1^{er} avril 2014, n°13-82.695)

Nature de la faute : L'élément moral semble devoir être constitué dès lors que le prévenu n'a pas suffisamment vérifié la teneur du message diffusé au public pour s'assurer qu'il n'était pas inexact ou susceptible d'être mal interprété.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

4. Peines encourues :

Article L.132-2 du code de la consommation : « *Les pratiques commerciales trompeuses mentionnées aux articles L. 121-2 à L. 121-4 sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros.*

Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant ce délit. »

Peines principales applicables aux personnes physiques. 2 ans et une amende de 300 000 euros. L'amende peut toujours être portée à la moitié des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique mais elle peut aussi être portée à 10% du chiffre d'affaires moyen annuel.

La tromperie hors le droit des marques : l'exemple de la publicité

4. Peines encourues :

Peines applicables aux personnes morales. Amende d'un montant cinq fois supérieur à celui édicté pour une personne physique. Article 131-41 code pénal : « *Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par le règlement qui réprime l'infraction.* »

Peines complémentaires. Article L132-4 code de la consommation : « *En cas de condamnation, le tribunal peut ordonner, par tous moyens appropriés, l'affichage ou la diffusion de l'intégralité ou d'une partie de la décision ou d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de celle-ci. Il peut, de plus, ordonner la diffusion, aux frais de la personne condamnée, d'une ou de plusieurs annonces rectificatives.*

Le jugement fixe les termes de ces annonces et les modalités de leur diffusion et impartit à la personne condamnée un délai pour y faire procéder.

En cas de carence, il est procédé à cette diffusion à la diligence du ministère public aux frais de la personne condamnée. »