

## PUBLICITE : LA REFERENCE AUX DEFAUTS D'UN PRODUIT NON-CONCURRENT EST LICITE

*Cass. com., 15 janvier 2002, Société EC de Witt et company limited contre Syndicat national de l'industrie et du commerce du café, Arrêt n° 123 FS-P*

**Laure MERLAND**

Docteur en droit

Chargée de cours à l'Université d'Aix-Marseille

Thème : Responsabilité civile délictuelle - Concurrence déloyale – Entreprises non concurrentes - Publicité - Dénigrement (non) - Eléments constitutifs - Information mensongère - Termes mesurés.

*Pour la première fois, par un arrêt du 15 janvier 2002, la Chambre commerciale de la Cour de cassation précise qu'il est possible, dans une publicité, de faire référence aux défauts d'un produit non concurrent pour vanter les mérites du produit objet de la publicité. Toutefois, elle pose deux conditions : 1) l'information ne doit pas être arguée de caractère mensonger, 2) les termes utilisés doivent être mesurés. Ainsi, doit être censuré pour motivation insuffisante, l'arrêt qui retient que la publicité d'un dentifrice contenant une référence au pouvoir tachant du café est constitutive d'un trouble manifestement illicite.*

**1. - Est-il loyal d'exploiter les défauts d'un produit non concurrent pour faire la publicité des vertus curatives d'un autre produit ?** Cette question opposait les distributeurs du dentifrice *Clinomint* au Syndicat national de l'industrie et du commerce du café. Emballages et publicités présentaient la célèbre pâte mentholée comme un remède à l'effet tachant du café. Sur le fondement des articles 1382 du Code civil et 873 du Nouveau Code de procédure civile, le Syndicat national de l'industrie et du commerce du café assigne en référé les sociétés distributrices du dentifrice aux fins de constater et faire cesser ce dénigrement.

Traditionnellement, le dénigrement compte parmi les comportements concurrentiels déloyaux, à côté de l'imitation, de la désorganisation interne d'une entreprise rivale ou encore de la désorganisation générale du marché, voire du parasitisme<sup>1</sup>. Il se définit par la volonté de jeter le discrédit sur un produit, des services, ou sur une entreprise concurrente par la diffusion à leur propos d'informations malveillantes<sup>2</sup>. Evoquer les défauts d'un produit

---

<sup>1</sup> P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. I, Sirey, 1952, n° 110, a classé les comportements déloyaux en quatre catégories : les moyens de confusion, le dénigrement, la désorganisation interne d'une entreprise rivale, la désorganisation générale du marché. Y. Saint-Gal, *Concurrence déloyale et concurrence parasitaire ou agissements parasitaires*, RIPIA, 1956, p. 19, a mis en évidence les comportements parasitaires, entre concurrents ou concurrents et non concurrents.

<sup>2</sup> CA Lyon, 21 mai 1974, RTDCom. 1974. 513, obs. A. Chavanne et J. Azéma.

concurrent dans une publicité suffit généralement à prouver le dénigrement<sup>3</sup>. Mais, en l'espèce, le dénigrement dénoncé concernait des entreprises non-concurrentes. L'absence de situation concurrentielle a donc conduit les demandeurs à agir sur le fondement de la responsabilité délictuelle de droit commun, et non sur celui de l'action en concurrence déloyale.

**2. - Concurrence déloyale, parasitisme et responsabilité de droit commun.** L'action en concurrence déloyale est en principe utilisée pour protéger les opérateurs économiques contre les déloyautés de leurs concurrents<sup>4</sup>. Il existe toutefois une exception. Après quelques hésitations jurisprudentielles<sup>5</sup>, le parasitisme commercial entre non-concurrents peut être réparé par le biais de l'action en concurrence déloyale<sup>6</sup>. Il est d'ailleurs possible de se demander si, en l'espèce, la référence à un produit non-concurrent dans une publicité ne constituait pas un acte de parasitisme commercial. Mais les agissements parasitaires « consistent à exploiter la notoriété d'une entreprise en se plaçant dans son sillage pour bénéficier, sans bourse délier, de la réputation qu'elle a acquise »<sup>7</sup>. Or, l'exploitation du pouvoir tachant du café par les distributeurs du dentifrice *Clinomint* constituait une utilisation de la « mauvaise réputation » du café. La jurisprudence ne retient l'existence d'un parasitisme qu'en présence d'une utilisation des efforts et des investissements d'autrui pour capter une clientèle<sup>8</sup>. Par conséquent, la référence au pouvoir tachant du café dans une publicité pour du dentifrice ne pouvait constituer un acte de parasitisme commercial. Une action sur ce fondement n'aurait pu favorablement aboutir.

En l'absence de concurrence, les fautes commises à l'encontre de non concurrents sont en principe réparées sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle de droit commun. C'est donc à raison que le Syndicat national du commerce et de l'industrie du café agit sur ce terrain. Un précédent jurisprudentiel l'y a sans doute encouragé. En effet, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 24 septembre 1996 retient l'existence d'un dénigrement, sur le

<sup>3</sup> CA Paris, 21 janvier 1959, JCP 1959, II, 1134, note A. Chavanne ; T.Com. Paris, 14 février 1996, D. 1997, somm. comm., 234, obs M.-L. Izorche ; Cass. Com., 21 mai 1996, cité par C. Lucas de Leyssac, G. Parléani, *Droit du marché*, préc., p. 1005 : dévalorisation d'un concurrent, présenté comme archaïque ou dépassé.

<sup>4</sup> C. Lucas de Leyssac, G. Parléani, *Droit du marché*, préc., p. 992.

<sup>5</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 1982, Bull. civ. I, n° 98 ; CA Versailles, 1<sup>er</sup> octobre 1991, Gaz. Pal. 1993, 1, somm. p. 37, obs. D'Hoeraene ; CA Paris, 29 septembre 1995, D. 1996, somm. comm. 251, obs. M.-L. Izorche ; selon ces arrêts, l'action en concurrence déloyale ne peut intéresser que les concurrents. *Contra*, Cass. com., 30 mai 2000, D. 2001, jur. 2587, note Y Serra ; Contrats, conc. consom., novembre 2000, p. 14, note M. Malaurie-Vignal ; Cass. Com., 30 janvier 1996, D. 1997, jur. 232, note Y. Serra. Sur la spécialité de l'action en concurrence déloyale et son extension jurisprudentielle, Ph. Le Tourneau, L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2000/2001, n° 6017 et 6082 s. ; L. Vogel, *Traité de droit commercial G Ripert, R. Roblot*, tome I, LGDJ, 2001, n° 724 ; M.-L. Izorche, *Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale*, RTDCom., janvier-mars 1998, p. 17 s.

<sup>6</sup> CA Paris, 14 avril 1999, D. 2000, somm. comm. 314, obs. M.-L. Izorche, à propos d'un jeu « *La course des Gaulois* » utilisant le nom d'Astérix ; Y. Serra, note sous Cass. Com., 30 janvier 1996, préc. ; note sous Cass. Com., 30 mai 2000, préc. Y. Saint-Gal, *Concurrence déloyale et agissements parasitaires*, RIPIA, 1956, p. 19 s. ; Ph. Le Tourneau, *Le parasitisme*, Litec, 1998 ; *Le parasitisme dans tous ses états*, D. 1993, chr., p. 310 ; *Retour sur le parasitisme*, D. 2000, chr., p. 403.

<sup>7</sup> J. Mestre, M.-E. Pancrazi, *Manuel de droit commercial*, LGDJ, 2001, n° 102. Cass. Com., 26 janvier 1999, D. 2000, jur., p. 87, obs. Y. Serra : le parasitisme est défini comme « l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire ».

<sup>8</sup> Ph. Le Tourneau, *Le parasitisme*, préc. ; C. Lucas de Leyssac, G. Parléani, *Droit du marché*, préc., p. 1011.V°, par exemple, CA Versailles, 19 novembre 1998, D. Aff. 1999, p. 381.

fondement de la responsabilité civile délictuelle de droit commun, contre un fabricant de cigarettes ayant présenté les nuisances issues de la consommation de biscuits comme étant plus graves que celles attachées à l'inhalation de la fumée de cigarettes<sup>9</sup>.

**3. - L'intérêt pratique de l'action en concurrence déloyale et son extension jurisprudentielle.** L'existence d'une situation de concurrence facilite habituellement la preuve de la faute et du préjudice<sup>10</sup>. En effet, il est plus facile de rapporter l'existence d'une faute et d'un préjudice dans des situations entre concurrents qu'entre non-concurrents<sup>11</sup>. C'est pourquoi l'action en concurrence déloyale semble plus simple à mettre en œuvre que la responsabilité civile délictuelle de droit commun. Or, ces dernières années, la jurisprudence a évolué. Elle déclare recevable l'action en concurrence déloyale concernant des opérateurs économiques qui ne se sont pas en situation de concurrence<sup>12</sup>. Elle modifie la fonction traditionnelle de l'action en concurrence déloyale qui dépasse par là-même le cadre de la protection « *clientéliste* » des commerçants<sup>13</sup>. Pour certains auteurs, « *cette jurisprudence révèle la nature réelle de l'action, qui consiste à protéger le marché en protégeant les opérateurs* »<sup>14</sup>. En effet, toute désorganisation fautive de l'offre ou de la demande, provoque un impact négatif sur la demande finale et nuit indirectement aux consommateurs<sup>15</sup>. Les comportements déloyaux entre opérateurs économiques, qu'ils soient ou non concurrents, affectent le bon fonctionnement du marché et porte atteinte au jeu de la libre concurrence.

Le Syndicat national de l'industrie et du commerce du café aurait pu considérer qu'il était plus avantageux de dénoncer le dénigrement dont il se prétendait victime sur le fondement de l'action en concurrence déloyale. Mais, sans doute, son action n'aurait pas davantage abouti<sup>16</sup>. Evoquer le pouvoir tachant du café pour vanter les mérites d'un dentifrice semble aussi peu fautif à l'encontre du marché qu'à l'encontre des professionnels du café. En tout état de cause, l'existence d'une faute était douteuse.

**4. - La faute tenant au dénigrement : l'exploitation abusive des défauts d'un produit non-concurrent.** Pour que le dénigrement soit retenu sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, il faut rapporter la preuve de la diffusion d'une information inexacte<sup>17</sup> ou malveillante à propos d'une entreprise ou d'un produit identifié ou identifiable<sup>18</sup>. La

<sup>9</sup> CA Paris, 24 septembre 1996, D. 1997, somm. comm., 234, M.-L. Izorche.

<sup>10</sup> C. Lucas de Leyssac, G. Parléani, *Droit du marché*, préc., p. 992 ; J.-M. Mousseron, *Responsabilité civile et droits intellectuels*, Mélanges Chavanne, 1990, p. 247.

<sup>11</sup> L. Vogel, préc., n° 724 et 731.

<sup>12</sup> Cass. com., 25 janvier 2000, Contrats, conc. consom., avril 2000, p. 16, obs. M. Malaurie-Vignal : action en concurrence déloyale recevable dans un litige opposant France Télécom à une société d'édition ; Cass. Com., 30 mai 2000, préc. ; Cass. Com., 27 octobre 1992, D. 1992, p. 505, note A. Bénabent ; Versailles, 4 mars 1987, D. 1988, somm. comm., 211, obs. Y. Serra ; Cass. Com., 8 novembre 1994, Bull., n° 235.

<sup>13</sup> Sur les antagonismes entre concurrence déloyale et exigences inhérentes au bon fonctionnement du marché, C. Prieto, *L'usage d'un numéro d'homologation : entre concurrence déloyale et libre circulation des marchandises*, Droit21 AJ 459. Mais ces antagonismes doivent être dépassés car action en concurrence déloyale et protection de la libre concurrence protègent un même but : la protection du marché : C. Lucas de Leyssac, G. Parléani, *Droit du marché*, préc., p. 987 s. ; L. Vogel, préc., n° 724.

<sup>14</sup> C. Lucas de Leyssac, G. Parléani, *Droit du marché*, préc., p. 992.

<sup>15</sup> C. Lucas de Leyssac, G. Parléani, *Droit du marché*, préc., p. 1001.

<sup>16</sup> Sur le peu d'intérêt de la distinction, Y. Serra, note sous Cass. Com., 30 mai 2000, préc.

<sup>17</sup> Le mensonge est fréquemment le signe d'un dénigrement. CA Paris, 12 décembre 1990, Lettre distrib. 1991, n° 3, concernant l'affirmation mensongère d'une exclusivité mondiale.

<sup>18</sup> C. Lucas de Leyssac, G. Parléani, *Droit du marché*, préc., p. Tel est le cas en l'espèce. La référence au café est sans équivoque. Evoquée de manière générique, elle implique l'ensemble des professionnels du café. Sur le

présentation, dans une publicité, d'un défaut d'un produit non-concurrent peut-elle être assimilée à la diffusion d'une information dénigrante ? La Cour d'appel de Paris répond par l'affirmative : « *en prêtant au café la propriété de tacher les dents, la publicité effectuée pour le dentifrice incriminé...a dévalorisé auprès du public un autre produit, en l'espèce, le café* ». Selon la Cour d'appel, la véracité de l'information n'est pas une excuse. A la différence de la diffamation, l'exception de vérité est traditionnellement insuffisante pour faire échec au dénigrement<sup>19</sup>. En revanche, on pouvait être surpris par son affirmation selon laquelle le dénigrement est constitué en présence d'informations véridiques présentées en termes *mesurés*. La Cour d'appel faisait preuve de nouveauté<sup>20</sup>. Une telle analyse témoignait d'une exigence de loyauté renforcée qui risquait fort d'être excessive au regard de la liberté d'expression.

Aussi, la Cour de cassation censure l'arrêt et déclare qu'il n'y a pas de dénigrement si l'information relative au produit tiers est véridique et si elle est donnée en termes mesurés. Le fait que cette information révèle un défaut est sans incidence. L'information participe de la liberté d'expression. Le droit positif est sur ce point très protecteur. Ainsi est-il jugé que le droit de critique, forme de la liberté d'expression, peut être exercé dès lors qu'il est justifié par des considérations objectives et scientifiques<sup>21</sup>. A fortiori, l'évocation d'un défaut ne saurait en soi caractériser un dénigrement. Comme en matière de publicité comparative, il suffit que l'information donnée soit « *loyale, véridique et... qu'elle ne soit pas de nature à induire en erreur le consommateur* »<sup>22</sup>.

La Cour de cassation ferme ainsi la voie à un contentieux superflu. L'analyse de la Cour d'appel de Paris aurait peut-être suscité de nombreuses dérives. N'aurait-on pas pu imaginer les professionnels de la boucherie agir en dénigrement contre les fabricants de produits détergents, au motif que ceux-ci vantent le pouvoir nettoyant sur la vaisselle tachée de graisse animale ?

**5. - Le préjudice issu du dénigrement : la preuve d'un impact négatif sur la clientèle de l'entreprise visée.** Cette preuve est délicate<sup>23</sup>. La référence au pouvoir tachant du café peut-elle avoir un effet dissuasif sur la consommation de café ? La Cour d'appel de Paris en semblait convaincue et ordonnait la cessation des publicités litigieuses. Cependant, il n'est pas évident que les consommateurs se détournent du café à la seule lecture des publicités du dentifrice *Clinomint*. C'est plutôt l'effet contraire qu'il était raisonnable d'attendre. En insistant

---

dénigrement collectif, Cass. Com., 21 mai 1996, D. 1997, somm. comm., T. Hassler et Lapp. ; CA Paris, 24 septembre 1996, D. 1997, préc. ; CA Versailles, 12 février 1990, D. 1990, 264, note Y. Serra : « *La campagne publicitaire lancée par un producteur de phosphates constitue un dénigrement des lessives sans phosphates, avec le fabricant desquelles il est en situation de concurrence* » ; C.A. Paris, 28 octobre 1996, D. 1996, IR, 258 (manteaux de fourrure).

<sup>19</sup> TGI Paris, 31 mai 1968, RTDCom. 1969, obs. A. Chavanne. Sur la distinction entre dénigrement et diffamation, Civ. 2<sup>ème</sup>, 19 juin 1996, D. Aff. 1996, p. 1056 : « *Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel elle est imputée constitue une diffamation* ».

<sup>20</sup> CA Paris, 3 novembre 1993, Ann. Propr. Ind., 1964, p. 78 : ne constitue pas un dénigrement le fait d'indiquer que le matériel d'un concurrent n'est plus conforme aux règlements.

<sup>21</sup> *A contrario* CA Versailles, 12 février 1990, préc. M. Malaurie-Vignal, *Dénigrement*, J.-Cl. *Concurrence et consommation*, fasc. 210, 1996, n° 13.

<sup>22</sup> Art. 10 de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1998, incorporé aux art. L. 121-8 à L. 121-14 du Code de la consommation.

<sup>23</sup> CA Paris, 14 février 1996, préc. Y. Serra, V° *Concurrence déloyale*, Rép. Com., Dalloz, n° 74.

sur l'effet détachant du dentifrice, *Clinomint* encourage les consommateurs à boire du café ad libitum. Quelles que soient les quantités consommées, ils échapperont à la disgrâce et retrouveront une dentition très blanche. En dernière analyse, la publicité financée par Clinomint sert les intérêts des professionnels de la filière du café. On pourrait même considérer qu'ils profitent des investissements publicitaires faits par autrui.

C'est donc avec sagesse que la Cour de cassation fait valoir que l'évocation, en termes mesurés, des traces de café sur la dentition n'est pas constitutive d'un dénigrement préjudiciable, lorsqu'il s'agit de vanter les mérites d'un dentifrice.

COMM.

L.G.

## COUR DE CASSATION

---

Audience publique du **15 janvier 2002**

Cassation

M. DUMAS, président

Arrêt n° 123 FS-P

Pourvoi n° X 00-13.107

## REPUBLIQUE FRANCAISE

---

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

---

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE  
ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le pourvoi formé par la société EC de Witt et company limited, société de droit britannique, dont le siège est Tudor road, Manor Park, Runcorn, Cheshire WA7-ISZ (Angleterre),

en cassation d'un arrêt rendu le 21 janvier 2000 par la cour d'appel de Paris (14e chambre civile, section B), au profit :

1°/ du Syndicat national de l'industrie et du commerce du café (SNICC), dont le siège est 155, boulevard Haussmann, 75008 Paris,

2°/ de la société Sabilluc, dont le siège est 61, rue Lavoisier, 14200 Hérouville-Saint-Clair,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

LA COUR, en l'audience publique du 20 novembre 2001, où étaient présents : M. Dumas, président, Mme Champalaune, conseiller référendaire rapporteur, M. Métivet, Mmes Garnier, Betch, conseillers, M. Huglo, Mme Mouillard, M. Boinot, Mme Gueguen, M. Sémériva, conseillers référendaires, M. Viricelle, avocat général, Mme Moratille, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Champalaune, conseiller référendaire, les observations de Me Choucroy, avocat de la société EC de Witt et company limited, de Me Spinosi, avocat du SNICC, les conclusions de M. Viricelle, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 1382 du Code civil et 873 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Sabiluc distribue en France, pour le compte de la société EC de Witt, un dentifrice sous la marque Clinomint Plus ; qu'estimant que la publicité effectuée pour ce produit ainsi que les mentions figurant sur son emballage étaient constitutives de dénigrement à l'égard du café, le Syndicat national de l'industrie et du café a assigné les sociétés précitées, en référé, aux fins qu'il soit constaté que la publicité litigieuse et les emballages la reproduisant, faisant référence au pouvoir tachant du café, constituaient un dénigrement caractérisant un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser ;

Attendu que pour faire défense aux sociétés EC de Witt et Sabiluc de poursuivre la distribution du produit en cause dans les emballages litigieux, sous astreinte, et de procéder à la diffusion d'annonces publicitaires faisant référence au pouvoir tachant du café, l'arrêt retient que la publicité ne doit pas être fondée sur le dénigrement d'un autre produit, indépendamment de la véracité de l'imputation dénigrante, qu'en prêtant au café la propriété de tacher les dents, la publicité effectuée pour le dentifrice incriminé ne s'est pas limitée à mettre en valeur les qualités propres de ce produit mais a dévalorisé auprès du public un autre produit, en l'espèce le café, que consistant à vanter les mérites de son propre produit en s'appuyant sur un défaut imputé à un produit tiers -fût-il générique- cette publicité a causé aux professionnels du café un trouble manifestement illicite, que la modération des termes employés n'empêche nullement le dénigrement tandis qu'aucune des libertés invoquées -liberté d'expression, liberté d'information des consommateurs et liberté du commerce et de l'industrie et de la libre circulation des marchandises- n'est abusivement restreinte dès lors que la mesure d'interdiction demandée est nécessaire à la protection des droits d'autrui ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'information, non arguée de caractère mensonger, et donnée, en termes mesurés, au consommateur sur les propriétés objectives qu'il peut attendre d'un produit, fussent-elles destinées à remédier aux conséquences de l'usage d'un autre produit, non concurrent, n'est pas, en l'absence d'autres circonstances, constitutive d'un trouble manifestement illicite, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, en, toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 21 janvier 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Condamne le Syndicat national de l'industrie et du commerce du café et la société Sabiluc aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette la demande du Syndicat national de l'industrie et du commerce du café ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du quinze janvier deux mille deux.