

6^e journée du droit de la concurrence
CEDIDAC – ASAS
3 décembre 2015

**La publicité déloyale : quelle protection contre la
réclame trompeuse ou parasitaire ?**

Ralph Schlosser

Licéité de principe

La publicité comparative est en principe licite, car elle favorise la transparence des marchés, sert à l'information du public et fournit au consommateur la possibilité de faire le choix le plus avantageux pour lui.

ATF 129 III 426 c. 3.1.1 «Unclean hands»

Publicité déloyale

(1) publicité dénigrante (art. 3 al. 1 lit. a)

(2) publicité trompeuse (art. 3 al. 1 lit. b ou e)

(3) publicité parasitaire (art. 3 al. 1 lit. e)

Publicité trompeuse (1)

Art. 3 al. 1

Agit de façon déloyale celui qui :

- b. donne des indications inexactes ou fallacieuses sur lui-même, [...] ses marchandises, [...] ses prestations, les prix [...]
- e. compare, de façon inexacte, fallacieuse [...] sa personne, ses marchandises [...], ses prestations ou ses prix avec celles ou ceux d'un concurrent [...]

Publicité trompeuse (2)

(1) indications inexactes

(2) indications fallacieuses

Publicité inexacte (1)

Une indication est inexacte quand son contenu ne concorde pas avec la réalité.

BSK UWG-Berger, art. 3 al. 1 lit. b N 50

Publicité inexacte (2)

Ne peut être inexact que ce dont la véracité peut être soumise à un examen objectif. Tel n'est pas le cas de jugements de valeur ou d'assertions reconnaissables comme étant exagérément racoleuses.

TF, 4A_300/2013, sic! 2014 p. 93 c. 6.1 «Nafa»

Publicité superlative (1)

La publicité superlative se caractérise par le fait que son auteur compare ses propres prestations non pas avec celles de tel ou tel concurrent déterminé, mais avec les prestations de l'ensemble de la concurrence.

ATF 129 III 426 c. 3.1.2 «Unclean hands»

Publicité superlative (2)

Dans la mesure où elle contient des données concrètes et objectivement vérifiables, la publicité superlative tombe sous le coup de l'art. 3 let. e LCD; ces données doivent donc être exactes.

ATF 129 III 426 c. 3.1.2 «Unclean hands»

Réclame tapageuse

Lorsqu'une réclame n'éveille que l'impression d'une emphase publicitaire, lorsqu'elle a recours à des jugements de valeur, à des expressions de volonté subjective ou à des exagérations reconnaissables par le destinataire, cette réclame tapageuse ne prête pas le flanc à la critique sous l'angle de l'art. 3 let. e LCD.

ATF 129 III 426 c. 3.1.2 «Unclean hands»

Vérifiable ou tapageur ?

- «la plus grande école de cours par correspondance de Suisse» (ATF 102 II 286 c. 3)
- «le leader suisse du marché de l'optique» (ATF 129 III 426 c. 3.2.4)
- «la meilleure bière d'Autriche» (OGH, cité par Baudenbacher/Glöckner, art. 3 lit. b N 34)
- «la meilleure société de téléphonie d'Allemagne» (LG Düsseldorf, 02.12.1999)

Point de vue du destinataire (1)

Pour déterminer si une publicité comparative contient des indications inexactes ou fallacieuses, le juge doit se placer du point de vue du destinataire, à savoir de l'acheteur suisse moyen, non professionnel et normalement doué.

ATF 129 III 426 c. 3.1.1 «Unclean hands»

Point de vue du destinataire (2)

Il ne faut pas sous-estimer le pouvoir attractif et l'impact de la publicité sur le consommateur moyen, ni surestimer la capacité d'attention et l'esprit critique de celui-ci. Aussi se justifie-t-il de poser des exigences relativement sévères s'agissant d'apprécier le caractère trompeur d'une publicité comparative.

ATF 129 III 426 c. 3.1.1 «Unclean hands»

Staubsauger III (1)

«Best cleaning results
on all floors»



Staubsauger III (2)

L'affirmation «best cleaning results on all floors» est objectivement vérifiable. Elle est inexacte si le modèle comparable d'un concurrent réalise une prestation de nettoyage nettement supérieure.

HGer Aargau, sic! 2015, p. 645 c. 12.4.5

Fardeau de la preuve (1)

Art. 13a LCD

Le juge peut exiger que l'annonceur apporte des preuves concernant l'exactitude matérielle des données de fait contenues dans la publicité si, compte tenu des intérêts légitimes de l'annonceur et de toute autre partie à la procédure, une telle exigence paraît appropriée en l'espèce.

Fardeau de la preuve (2)

Le renversement du fardeau de la preuve suppose que la partie concernée en fasse la requête.

BSK UWG-Rüetschi, art. 13a N 23

Nafa (1)

«Perfekt»

«Hochwertige
Qualitätsprodukte»



Nafa (2)

«Perfekt» = jugement de valeur, et non une indication objectivement vérifiable.

TF, 4A_300/2013, sic! 2014, p. 93 c. 6.3.1

Nafa (3)

«Hochwertige Qualitätsprodukte»

Cette affirmation éveille auprès du client certaines attentes quant à la qualité, mais elle comprend également une exagération reconnaissable comme telle, d'autant qu'elle se rapporte à toute une palette de produits vendus à des prix différenciés, qui laissent supposer des différences de qualité. Les attentes ne sont pas déçues lorsque cette palette comprend des lampes de qualité supérieure.

TF, 4A_300/2013, sic! 2014, p. 93 c. 6.3.2

Consommateur cartésien ?

Les études empiriques montrent que les consommateurs sont moins raisonnables que ne l'admettent les juristes. Les publicitaires le savent bien, qui recourent abondamment à des affirmations que les juristes taxent d'insignifiantes.

K. Assaf, Der Zauber der Marke, GRUR Int. 2015, p. 429



Orange / Swisscom

«Meilleure réception.
Meilleure qualité sonore»



CSL, sic! 2002, p. 383

SSR / Tamedia (1)

Spot télévisé :

«L'offre radio et TV de la SSR coûte CHF 462.- par an, soit CHF 1.30 par jour. Les coûts quotidiens de la TV sont ainsi inférieurs à ceux liés à la lecture quotidienne des journaux, car les coûts des abonnements aux journaux de Tamedia sont de CHF 560.- en Suisse alémanique et CHF 620.- en Suisse romande».

TF, 4A_647/2014, sic! 2015, p. 456

SSR / Tamedia (2)

Seul peut être comparé ce qui est comparable.

ATF 129 III 426 c. 3.2.3 «Unclean hands»

SSR / Tamedia (3)

Les produits ou services dont les prix sont comparés doivent être comparables en termes de quantité et de qualité.

TF, 4A_647/2014, sic! 2015, p. 456 c. 2.3.1

SSR / Tamedia (4)

SSR : le fait que les prestations considérées ne sont pas comparables est manifeste pour tout un chacun. Il ne peut donc y avoir aucune tromperie. Le spot véhicule le message selon lequel les redevances de TV sont appropriées.

TF : non. Le spot suscite l'impression que les offres sont objectivement comparables.

TF, 4A_647/2014, sic! 2015, p. 456 c. 2.3.2

Publicité fallacieuse (1)

En soi, les indications justes peuvent induire en erreur lorsqu'elles suggèrent des idées inexactes ou fausses.

Message LCD, FF 1983 II 1097

Publicité fallacieuse (2)

Une comparaison peut être fallacieuse lorsqu'elle s'appuie sur des données certes véridiques, mais que celles-ci sont imprécises, secondaires ou incomplètes et qu'elles sont dès lors propres à susciter de fausses associations auprès d'une partie non négligeable du public.

ATF 125 III 286 c. 5a «Physikzeitschriften»

Publicité fallacieuse (3)



1	Rossignol	985 pts
2	Fischer	634 pts
3	Atomic	...
4	Blizzard	...
5	Kästle	...

Classement officiel des marques de la Coupe du monde 1974/75

Publicité fallacieuse (4)

L'annonce néglige de préciser que les points ont été réunis par un nombre de skieurs deux à cinq fois plus élevé.

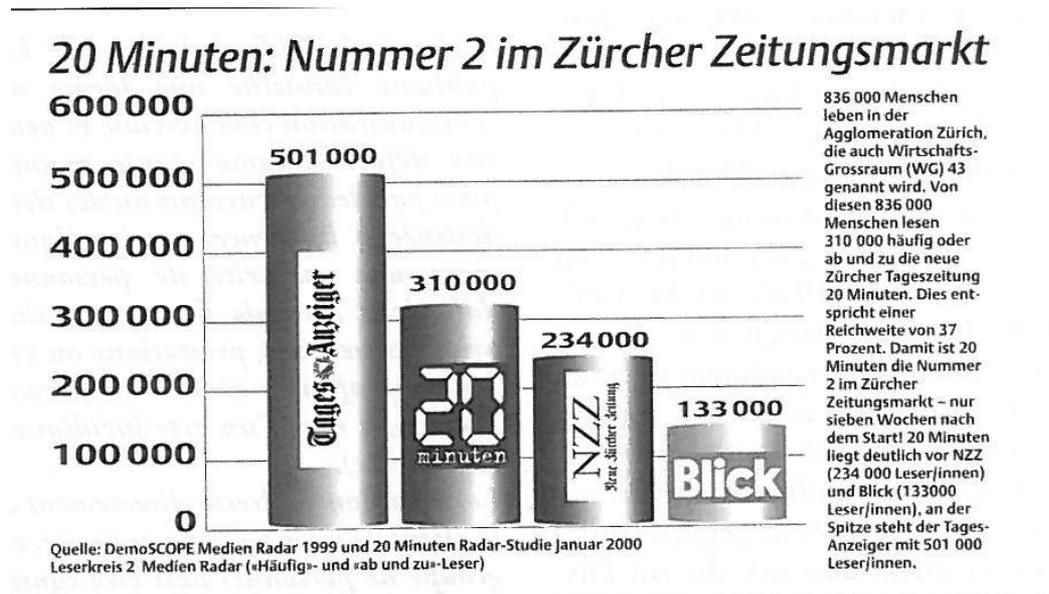
ATF 104 II 124 c. 5a

Publicité fallacieuse (5)

Taire des faits essentiels ou comparer uniquement des faits sans pertinence peut [...] avoir pour effet d'induire en erreur.

Message LCD, FF 1983 II 1097

Publicité fallacieuse (6)



CSL, 27.04.2000, sic! 2000, p. 460 c. 3b(2)

Taxes de pharmacie (1)

«Ainsi les conseils vous sont donnés gratuitement et sans rendez-vous dans les pharmacies-parfumeries A.»



Taxes de pharmacie (2)

Présenter une prestation usuelle comme sortant de l'ordinaire peut être déloyal suivant les circonstances.

ATF 132 III 414 c. 4.1.4.5

Taxes de pharmacie (3)

Pour tomber sous le coup de l'art. 3 let. b LCD, encore faut-il que les indications en cause soient propres à influencer la décision du client.

ATF 132 III 414 c. 4.1.2

Publicité trompeuse ?



Now, Aura is our science.

NEW
TEINT MIRACLE
NATURAL LIGHT CREATOR - BARE SKIN PERFECTION

A light emanates from the most beautiful skins. We can reproduce it.
10 years of research, 7 patents pending: Lancôme invents its
1st foundation that recreates the Aura of perfect skin.
A miracle of light for a new natural perfection.
Instantly, complexion appears fit-from-within. Sublimely bare, truly flawless.

10h hydration*

LANCÔME
TEINT MIRACLE
NATURAL LIGHT CREATOR
BARE SKIN PERFECTION
SPF 15

LANCÔME

Advertising Standards Authority (ASA), 27.7.2011

Tests comparatifs (1)

La licéité de l'usage publicitaire d'un test fait avec sérieux, soit de façon neutre et objective, par des personnes compétentes, n'est pas discutable. Cependant, il va de soi que ceux qui veulent tirer parti d'un test doivent le faire de façon absolument loyale et complète afin que le public puisse avoir une compréhension exacte et entière de l'étude effectuée.

ATF 129 III 426 c. 3.1.3 «Unclean hands»

Tests comparatifs (2)

Le concurrent qui utilise un test comparatif pour sa publicité devra donc faire preuve de réserve et d'objectivité pour ne pas faire ressortir uniquement les éléments en faveur de son produit. Il devra aussi mentionner ceux qui le sont moins et ne pas taire des éléments importants.

ATF 129 III 426 c. 3.1.3 «Unclean hands»

Risque de confusion (1)

Art. 3 al. 1

Agit de façon déloyale celui qui :

- d. prend des mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les œuvres, les prestations ou les affaires d'autrui.

Risque de confusion (2)

L'art. 3 let. d LCD a pour objet la protection des signes distinctifs.

TF, 4C.332/2006, sic! 2007, p. 384 c. 2.3 «Rama Cremefine»

Risque de confusion (3)

Autres fondements de la protection des signes distinctifs :

(1) droit des marques (art. 3 et 13 LPM)

(2) droit des raisons de commerce (art. 946, 951 et 956 CO)

(3) droit au nom (art. 29 CC)

Risque de confusion (4)

La notion de risque de confusion est la même dans tout le droit des signes distinctifs.

ATF 127 III 160 c. 2a «Securitas»

Risque de confusion (5)

Conditions de la protection :

- (1) le lésé dispose d'un signe doté de force distinctive...
- (2) ... prioritaire...
- (3) ... avec lequel le signe de l'usurpateur crée un risque de confusion

Publicité parasitaire (1)

Art. 3 al. 1

Agit de façon déloyale celui qui

- e. compare de façon [...] inutilement [...] parasitaire sa personne, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations ou ses prix avec celles ou ceux d'un concurrent [...]

Publicité parasitaire (2)

Dans son arrêt (ATF 102 II 292), [le TF] avait [...] constaté qu'une publicité comparative qui n'est ni inexacte ni fallacieuse ni inutilement blessante peut tout de même se révéler déloyale. C'est bien le cas lorsque le bon renom d'un concurrent ou la renommée de ses produits est exploité.

Message LCD, FF 1983 II 1098

Publicité parasitaire (3)

Betrifft: bico-flex -- Untermatratze -- MUBA 72

Sehr geehrte Herren, Wir haben eine neue, sensationelle Untermatratze als Gegenprodukt zur "Lattoflex" entwickelt, unsere neue bico-flex-Matratze (+ Patent Nr. 513623).

Diese Matratze ist mehr als 20% günstiger als die "Lattoflex" und trotzdem in jeder Beziehung (Bewegungsfähigkeit der Lättli etc). ebenbürtig, unserer Ansicht nach sogar wesentlich besser und stabiler.

Gerne möchten wir Ihnen diese Matratze zu Spezialkonditionen anbieten und laden Sie höflich ein, an der diesjährigen MUBA unseren Stand Nr. 388, Halle 15 (Rundbau 1. Stock) besuchen zu wollen.

Es würde uns freuen, sämtliche Mitglieder an unserem Stand begrüßen zu dürfen

ATF 102 II 292

Maltesers II (1)



ATF 135 III 446

Maltesers II (2)

Agit de manière déloyale celui qui transfère sur sa propre offre la réputation attachée aux produits d'autrui, en suscitant des associations d'idées sans pour autant créer de risque de confusion.

ATF 135 III 446 c. 7.1

Maltesers II (3)

Nul n'est besoin que les articles puissent être confondus; il suffit que le signe soit utilisé d'une manière qui ne puisse s'interpréter autrement qu'en tant que renvoi («Anlehnung») au signe prioritaire et d'une manière à susciter auprès du public une association d'idées («gedankliche Verbindung») avec le signe du tiers ou ses produits (c. 7.1 et 7.5)

ATF 135 III 446

Maltesers II (4)



- éléments verbaux divergents
- concordances relèvent du domaine public
- pas de copie servile (cf. couleur jaune)
- marque «Nestlé»

ATF 135 III 446 c. 6.5

Jim Beam



BGH
GRUR 1983, p. 247

VW Audi Spezialist (1)



VW Audi Spezialist (2)

L'utilisation de la marque d'autrui est licite tant qu'elle se rapporte clairement aux prestations de l'annonceur et que le public n'est pas induit en erreur sur ses relations avec le titulaire de la marque.



ATF 128 III 146 c. 2b/cc

VW Spezialist (3)

L'utilisation de la marque d'autrui sous forme de logo (et non uniquement sous forme verbale) est de nature à augmenter l'impression qu'il existe un [...] rapport contractuel avec son titulaire.

T. Widmer, sic! 2015, p. 615

Merci de votre attention !

Ralph Schlosser
Kasser Schlosser avocats
www.kasser-schlosser.ch