

La publicité et la concurrence déloyale

Résumé

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le principe de la concurrence sont soumis aux règles et législations afin de limiter les dérives, c'est-à-dire la concurrence déloyale. En effet ce type d'agissement tue la compétitivité propre, transparente et loyale.

Dans cette concurrence, la publicité remplit une fonction décisive, en tant que moyen de communication commerciale exerçant une influence sur le consommateur. Or, de nombreuses affaires sont devant les juridictions pour des publicités interdites et mensongères et pour concurrence déloyale, par parasitisme, imitation ou dénigrement.

Yamina BELIMANE

Faculté de Droit
Université Constantine 1
(Algérie)

Introduction

Le principe de la liberté du commerce, considéré comme un pilier de l'économie de marché, est inscrit—dans les dispositifs législatifs de la majorité des pays, essentiellement ceux où l'économie est à son apogée.

En France, cette liberté du commerce, affirmée par la loi des 2 et 17 mars 1791, dite loi Le Chapelier, permet aux commerçants d'utiliser toutes les pratiques loyales tendant à attirer à eux la clientèle. L'Algérie a choisi comme fondement de ce principe pour la première fois dans la constitution de 1996 : « la liberté du commerce et de l'industrie est garantie. Elle s'exerce dans le cadre de la loi » (art. 37). Cependant toute cette liberté de pratique commerciale loyale ne signifie pas qu'il n'existe aucune limite ni contrainte de l'art publicitaire.

ملخص

إن مبدأ "حرية التجارة والصناعة" ومبدأ "حرية المنافسة التجارية" يخضع لمجموعة من الضوابط التشريعية والتنظيمية لمنع الانحراف، أي المنافسة الغير مشروعة، لأنها تؤدي إلى قتل المنافسة الشريفة والنزيهة.

نظرا للأهمية المتزايدة للإشهار باعتباره وسيلة من وسائل الاتصال التجاري وتأثيره على المستهلك. فإنه وجب البحث عن إشهار شرعي وحقيقي خصوصا مع تنامي المنازعات أمام القضاء حول ما إذا كان الإشهار قد تسبب في تظليل جمهور المستهلكين من جانب وخرق قواعد المنافسة المشروعة من جانب آخر، سواء تم ذلك عن طريق الإشهار الطفيلي أو المقلد، أو الإشهار المعيب أو المقارن.

Dans son sens le plus courant, la publicité est « le fait d'exercer une action sur le public à des fins commerciales ; le fait de faire connaître (un produit, un type de produit) et d'inciter à l'acquérir » (*Le Petit Robert*, 2008). Elle est considérée comme une forme de communication communément liée aux activités commerciales, dont le but est de fixer l'attention de sa cible, le consommateur, de faire connaître une marque, de pousser le public à acheter un produit, à utiliser un service. La publicité constitue sans aucun doute le premier moyen de promotion des ventes et le plus efficace. Elle n'est pas, non plus, sans intérêt pour les consommateurs

La publicité fait partie des quatre éléments d'action sur le marché ou marketing-mix (le produit, le prix, la distribution, la communication). A ce titre, elle doit informer, certes (sur l'existence du produit, sur son prix, sur ses dimensions...), mais surtout inciter à l'achat, car c'est là sa fonction première. C'est pour atteindre cet objectif que la publicité cherche comment toucher, puis convaincre (séduire) l'acheteur potentiel.

En Algérie, la loi n°82-01 du 6 février 1982 portant code de l'information définit simplement la publicité comme étant toute « toute *information* à caractère ou à but commercial » (art. 26). Le tournant libéral de la politique économique amorcé à partir de 1990 confère plus d'intérêt à la publicité. Ainsi, le décret n°90-39 du 30 janvier 1990 relatif au contrôle de la qualité et la répression des fraudes précise davantage cette notion comme étant l'ensemble des « propositions, allégations, indications, présentations, annonces, circulaires ou instructions destinées à promouvoir la commercialisation d'un bien ou d'un service par le moyen de support visuel ou radio-visuel » (art. 1). La loi n° 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, définit la publicité comme étant « toute communication ayant pour objectif direct ou indirect de promouvoir la vente de bien ou service, quels que soient le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre » (art. 3).

Dans le droit français relatif à la publicité et au parrainage audiovisuels, « constitue une publicité toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris ceux qui sont présentés sous leur appellation générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée » (art. 2 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992 relatif à la publicité et au parrainage audiovisuels).

En matière d'affichage il existe une autre définition : « constitue une publicité, à l'exclusion des enseignes et pré-enseignes, toute inscription, forme ou image, destinée à informer le public ou à attirer son attention, les dispositifs dont le principal objet est de recevoir lesdites inscriptions, formes ou images étant assimilées à des publicités » (art. 8 de la loi no 79-1150 du 29 décembre 1979, relative à la publicité, aux enseignes et aux pré-enseignes).

Selon la Commission Européenne « la publicité, c'est toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris les

biens immeubles, les droits et les obligations. » (Directive CEE n°84/450 du 10 septembre 1984).

En rapport étroit avec la publicité, la concurrence déloyale, quant à elle, revêt plusieurs formes. Elle consiste généralement soit à créer une confusion ou un risque de confusion entre des produits, des services ou des maisons concurrentes par *imitation* des moyens de publicité, ou publicité parasitaire, soit à dénigrer les produits, les services ou des maisons concurrentes par la publicité comparative.

La concurrence déloyale n'est pas une pratique résultant uniquement de la contrefaçon. Sans doute est-il assez fréquent que la contrefaçon et la concurrence déloyale présentent des points de rencontre. Cependant la différence entre l'une et l'autre est très nette, l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale procèdent de causes différentes. La première concerne exclusivement une atteinte au droit des marques, alors que la seconde exige une faute et en conséquence, pour être retenue, des agissements distincts. La concurrence déloyale est le « fait constitutif d'une faute (au sens de l'art. 1382 du Code civil français, fondement des condamnations) qui résulte d'un usage excessif, par un concurrent, de la liberté de la concurrence, par emploi de tout procédé malhonnête dans la recherche de la clientèle, dans la compétition économique. Exemple : confusion volontairement créée entre deux marques, notamment au moyen de la publicité, imitation des produits d'un concurrent, désorganisation de l'entreprise rivale, parasitisme, dumping, dénigrement ». (1)

« Il y a concurrence déloyale dès lors qu'un commerçant commet, dans l'exercice et au bénéfice de son commerce, à l'encontre d'un autre commerçant exerçant une activité similaire, un acte ou une faute susceptible de porter préjudice à ce dernier et ce dans le but de détourner sa clientèle ». (2) L'action en concurrence déloyale est juridiquement basée sur les dispositions de l'article 1382 du Code civil français, et l'art. 124 du Code civil algérien : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

1. Imitation des moyens de publicité

L'imitation des moyens de publicité peut créer un risque de confusion : par exemple, l'imitation d'étiquettes, de boîtes, de flacons, d'enveloppes, en somme de tous les conditionnements et de toutes les représentations possibles.

Contrairement à tout ce qui ne bénéficie pas de la protection de la loi sur le droit d'auteur, leur reproduction est licite et ne constitue pas comme tel un acte de concurrence déloyale. Un annonceur ne peut à lui seul monopoliser un dessin ou une forme qui est le bien de tous, lorsque l'objet ou le dessin est dépourvu de toute protection dans le cadre du droit d'auteur. L'action en concurrence déloyale est irrecevable, à moins qu'il n'existe à la charge du défendeur des fautes distinctes de la reproduction.

1.1. La confusion par la copie ou l'imitation répréhensible

Constitue une faute de concurrence déloyale, tout moyen de confusion avec les produits d'un concurrent. Pour que l'action en concurrence déloyale soit fondée, il faut constater l'existence d'un risque de confusion. Celui-ci s'appréciera pour un

consommateur d'attention moyenne. (3) Outre l'impact du message publicitaire sur la cible, qui peut être généré par le conditionnement qui représente le contenant du produit, et le distingue, lors de sa commercialisation, comme signe d'identification. Il peut faire l'objet d'études couteuses, de design et de marketing et constitue très souvent une véritable création. Des commerçants peu scrupuleux peuvent être amenés à copier les conditionnements préalablement mis au point par un concurrent ou simplement s'en inspirer pour n'en copier que quelques-uns des éléments.

Constitue un acte de concurrence déloyale, le fait par un commerçant d'utiliser une étiquette qui, malgré quelques différences, présente un arrangement de signes conduisant au même aspect d'ensemble, comme le noir identique pour les lettres, et un fond vert identique.

1.2. La recevabilité de l'action en concurrence déloyale par la confusion

La confusion est une condition nécessaire à la recevabilité de l'action en concurrence déloyale. La démonstration que certains des moyens de publicité ont été imités ne suffit pas. Il est impératif de prouver que cette imitation crée ou risque de créer une confusion dans l'esprit des acheteurs « d'attention moyenne ». En effet pour que l'imitation soit condamnable, il faut que « l'utilisation du procédé du concurrent s'accompagne de faits ou de manœuvres susceptibles de créer la confusion et qu'ils soient de nature, par cette confusion, à détourner la clientèle du concurrent ». (4)

2. Publicité parasitaire

Le parasitisme entre dans la catégorie de la concurrence déloyale. La théorie des agissements parasitaires a connu un tel succès qu'une certaine ambiguïté, au moins quant au vocabulaire, s'est instaurée. A la distinction simple entre concurrence déloyale et agissement parasitaire, s'est ajoutée l'expression de « concurrence parasitaire ». (5)

2.1. Définition du parasitisme

Le parasitisme est constitué de 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 effets et de son savoir-faire. S'appuyant, comme l'imitation par confusion, sur les principes de la responsabilité civile, l'imitation parasitaire ne pourra être réprimée que si sa réalisation suppose bien, outre le lien de cause à effet, une faute de l'imitant et un préjudice subi par l'imité : « Une faute de l'imitant est un préjudice subi par l'imité ». (6)

Le parasitisme consiste, en premier lieu, en la récupération d'un investissement publicitaire fait par autrui. Cet emprunt est considéré par les tribunaux comme une faute. La doctrine, pour sa part, explique cette analyse et la renforce : « Quiconque, à titre lucratif et de façon injustifiée, s'inspire sensiblement ou copie une valeur économique d'autrui individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissement, commet un agissement parasitaire fautif. Car cet acte contraire aux usages du commerce, notamment en ce qu'il rompt l'égalité entre les divers intervenants même non concurrents, fausse le jeu normal du marché et provoque ainsi un trouble commercial. Celui-ci est en soi un

préjudice certain dont la victime peut demander en justice la cessation et la réparation, s'il ne dispose pas d'une autre action spécifique ». (7)

Cette faute constituée par le parasitisme est susceptible d'engendrer réparation dans la mesure où elle constitue le détournement d'un investissement publicitaire validé, que ce détournement soit volontaire ou non.

2.2. Actes de concurrence déloyale et parasitisme

L'imitation d'une communication s'échelonne sur plusieurs degrés : la forme de la création, c'est-à-dire son apparence visuelle ou auditive, peut être reprise et engendrer la confusion ; l'imitation peut être plus subtile et donc plus difficile à appréhender, se situant, par exemple, au niveau de l'esprit de la création, de la reprise d'un thème ou d'un style.

Dans les usages de la profession, le code international des pratiques loyales en matière de publicité nous montre deux des agissements qui sont identifiés dans les articles 9 et 10 :

– « La publicité ne doit pas faire un usage injustifiable du nom ou du sigle d'une autre entreprise, société ou institution. La publicité ne doit pas tirer indûment profit du renom qui s'attache à la marque ou à une logistique d'une autre entreprise ou d'un autre produit, non plus du renom acquis par une campagne de publicité. »

– « Est interdite notamment toute imitation de mise en page, texte, slogan, présentation visuelle, musique et effets sonores de message publicitaire lorsque cette imitation risquerait d'entraîner des erreurs ou des confusions ».

Cette imitation ne doit pas être permise ou justifiée par les nécessités de la communication. Autrement dit, l'imitation en elle-même n'est pas fautive. Elle le devient si elle aboutit à créer une confusion ou un détournement des investissements publicitaires d'autrui. Se pose alors la question de la volonté ou de l'intention de créer une telle confusion ou de détourner les investissements d'autrui. S'il s'agit d'une action en responsabilité civile, il faut qu'il y ait un préjudice. (8)

2.3. L'imitation par parasitisme

L'imitation par parasitisme, suppose qu'un annonceur reprenne des éléments publicitaires déjà développés par un tiers ayant permis d'accéder à la renommée. (9)

Exemple de publicité réalisée par le loto : « C'est pas cher et ça peut rapporter gros ». Le même slogan a été utilisé par le constructeur automobile Fiat à propos de ses modèles de voiture : « C'est pas cher et ça peut transporter gros », bénéficiant ainsi gratuitement de tout l'effort publicitaire fait par le loto.

3. Dénigrement des concurrents et licéité de la publicité comparative

En général, le concurrent indélicat est plus nuancé, plus subtil et en quelque sorte plus sournois. Il ne vise pas directement un concurrent distinct, ses produits auxquels il tente de porter un préjudice à son bénéfice. Il ne cite pas le nom de la personne, ni ses produits, mais les allusions, les comparaisons et les critiques énoncées révèlent clairement l'identité de leurs destinataires. (10)

3.1. Le dénigrement

Le dénigrement est l'« action de décrier ouvertement un concurrent (identifié ou identifiable), ou un produit rival, de rabaisser sa renommée dans l'esprit de la clientèle, de le discréditer. (11)

Lorsqu'il y a concurrence déloyale ou illicite, par le moyen du dénigrement d'un concurrent, il n'est pas nécessaire que ce dernier soit explicitement désigné. Il suffit qu'il puisse être reconnu par la clientèle. Des publicités qui, sans cibler un commerçant déterminé, visent quelques commerçants ou même tout un groupe de commerçants, ne sont pas irréprochables parce que le dénigrement est collectif. Si le fait de vanter ses produits est licite, il n'est jamais permis de critiquer un ou plusieurs concurrents surtout quand le périmètre d'activité est restreint, où chacun peut être facilement identifié sous une critique en apparence globale.

Une publicité équivoque est, précisément, toute publicité préparée en des termes tels que, sans constituer un dénigrement caractérisé, ni une publicité inexacte, elle laisse planer le doute dans l'esprit de la clientèle, préjudiciable aux concurrents de la part de l'auteur d'une telle publicité. Ainsi, un commerçant de vêtements qui s'adresse à sa clientèle en faisant allusion aux grands couturiers, commet un acte de concurrence déloyale à l'égard de ces derniers, dans la mesure où il use de leur renommée et laisse penser qu'ils assurent le patronage de la présentation de ses vêtements. Il essaie de tirer avantage de ce qu'il estime être une supériorité.

Par la publicité comparative, il veut tirer indument profit de la notoriété attachée à la marque de fabrique, de commerce ou de service, ainsi qu'au nom commercial et les signes distinctifs d'un concurrent.

En interdisant dans la publicité comparative la présentation d'un produit comme l'imitation ou la réplique de produits ou de services revêtus d'une marque préalablement déposée, le législateur a voulu interdire le parasitisme des marques.

Afin de mettre en valeur ses produits ou services, l'annonceur doit les distinguer des autres. Pour arriver à cette fin, il utilise le moyen de comparaison, une arme clé de la publicité. Elle permet de démontrer à l'évidence les qualités de ses produits par rapport à ceux de la concurrence.

En effet, la publicité comparative consiste à valoriser des produits ou services en les comparant à ceux qui existent sur le marché (12). Son objectif est de persuader les consommateurs de l'intérêt qu'ils ont à se procurer tel bien ou tel service de préférence à tel autre bien ou service concurrent. Exemple : un fabricant d'automobiles annonce que ses voitures consomment, à performances égales, moins de carburant que celles de tel autre fabricant nommément désigné.

Elle doit être distinguée des essais comparatifs diffusés par des institutions ou des organisations des consommateurs chargés de tester certains produits au profit des consommateurs. Ces essais n'ont pas le caractère d'une publicité. Par contre, les comparaisons qui émanent de producteurs, distributeurs ou prestataires qui cherchent à attirer les clients vers eux, sont avant tout des publicités.

L'intérêt de la publicité comparative est, d'une part, de développer la concurrence, ce qui pousse chaque entreprise à faire mieux que ses concurrents sur le plan de la qualité et sur celui des prix, d'autre part, d'apporter aux consommateurs une information que ne leur fournit pas la publicité classique.

La publicité comparative entraînera toujours pour l'annonceur un certain bénéfice de notoriété, surtout s'il s'agit d'un petit concurrent, nouveau sur le marché, qui s'attaque à une marque bien installée. De façon générale, elle consiste pour l'annonceur « à se flatter de faire mieux que ses concurrents, identifiés ou identifiables, en faisant valoir qu'il pratique de meilleurs prix pour des prestations équivalentes aux offres des produits et services de meilleure qualité, plus généralement, un rapport qualité prix plus avantageux . » (13)

Mais pour que la publicité comparative soit illicite, il faut que cet avantage, tiré de la notoriété, soit recherché à titre principal et non comme une conséquence inéluctable de la comparaison.

Les premiers à avoir toléré la publicité comparative sont les États-Unis, où elle représente 10% du total des investissements publicitaires.

Dans les pays de la CE, la publicité comparative est souvent permise avec plus ou moins de restriction ou d'exigence (ainsi en Allemagne, au Danemark, en Espagne, en Grande-Bretagne). Cependant d'autres pays n'autorisent pas formellement cette forme de publicité, adoptant un système proche de celui de la France avant la loi de 1992 relative à la protection des consommateurs, lorsque la publicité comparative n'était expressément interdite par aucun texte. (14)

Cependant doctrine et jurisprudence avaient toujours marqué une certaine réticence à l'égard de ce type de communication, estimant que la frontière entre la comparaison et le dénigrement était vite franchie. Elle était interdite en France en l'absence de législation spécifique, ce qui permettait aux tribunaux de faire une application extensive de la théorie de la concurrence déloyale sur la base de l'article 1382 du code civil pour demander la cessation de la publicité comparative et l'octroi de dommages et intérêts, et de condamner systématiquement toute comparaison susceptible de porter préjudice à un concurrent. La publicité comparative s'est peu à peu introduite dans les usages professionnels sans pour autant provoquer les bouleversements redoutés par tous ceux qui n'y voyaient qu'une pratique peu recommandable. (15)

Cette interdiction était controversée, surtout par le publicitaire et les praticiens d'une concurrence libre pour lesquels l'autorisation de la publicité comparative constituait un facteur de développement. A travers des colloques, des réunions ou même des articles, plusieurs auteurs ont fait des propositions quant à l'utilité d'autoriser la publicité comparative, et certaines décisions de jurisprudence ont commencé à admettre le principe de comparaison.

3.2. Champ d'application et portée d'autorisation de la publicité comparative

Dans son article 6 du code international de pratique loyale en matière de publicité, la Chambre de commerce internationale définit la publicité comparative comme suit : « Lorsque la publicité contient une comparaison, celle-ci ne doit pas être de

nature à induire en erreur le consommateur et doit respecter les principes de la concurrence loyale. Les éléments de comparaison doivent s'appuyer sur les faits objectivement vérifiables et qui doivent être choisis loyalement. » (16) Le 28 mai 1991, une proposition de directive par la Commission européenne fut publiée et le premier texte définit la publicité comparative comme : « toute publicité qui identifie de façon explicite ou implicite un concurrent ou les biens et services de même nature offerts par un concurrent. ».

Cette directive a été transposée partiellement en droit français. Conformément à cette dernière, la France promulgua par l'art. 10 de la loi du 18 janvier 1992, un texte contrôlant la publicité comparative, codifié ensuite sous les articles L.121-8 à L121-14 du code de la consommation. Le champ d'application de ce texte fut restreint en raison de l'hostilité des agences de publicité à son égard, craignant les risques liés aux comparaisons et à certains annonceurs qui ne voulaient pas que l'image de leur marque soit mal traitée par d'autres concurrents. (17)

La commission de la CE n'était pas satisfaite du résultat, parce que dans l'application il y eut peu de campagnes de publicité comparative, et surtout beaucoup de procès. Pour elle, la publicité comparative était un moyen essentiel d'information du consommateur. Pour permettre une meilleure application de ces textes, il fallait les assouplir. L'objectif était de donner un meilleur moyen au consommateur de comparer et, par ce moyen, d'obtenir un accroissement de la concurrence.

Une nouvelle directive européenne n° 97/55 du 6 oct. 1997 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, stipule dans son art. 3 bis :

« 1) Pour autant que la comparaison est concernée, la publicité comparative est licite dès lors que les conditions suivantes sont satisfaites : elle n'est pas trompeuse ; elle compare des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ; elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ses biens et services dont le prix peut faire partie ; elle n'engendre pas de confusion sur le marché entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, bien ou service, de l'annonceur et ceux d'un concurrent ; elle n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activités ou situation d'un concurrent ; pour les produits ayant une appellation d'origine, elle se rapporte dans chaque cas à des produits ayant la même appellation ; 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 ; elle ne présente pas un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégés... [...]

2) Toute comparaison faisant référence à une offre spéciale doit indiquer de manière claire et non équivoque la date à laquelle l'offre spéciale prend fin ou, le cas échéant, le fait qu'elle va jusqu'à épuisement des biens ou services et, si l'offre spéciale n'a pas encore commencé, la date de début de la période pendant laquelle un prix spécial ou d'autres conditions spécifiques sont applicables. »

Cette directive transposée quelques mois plus tard dans la législation française par la loi du 3 janvier 2001, aboutissait à la modification du code de la consommation : « Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent, n'est licite que si :

- 1) elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ;
- 2) elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;
- 3) elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ses biens ou services, dont le prix peut faire partie.

Toute publicité comparative faisant référence à une offre spéciale doit mentionner clairement les dates de disponibilité des biens ou des services offerts, le cas échéant la limitation de l'offre à concurrence des stocks disponibles et les conditions spécifiques applicables » (art. L121-8 du code de la consommation français, 2009).

3.3. Les conditions licites de la publicité comparative

La publicité comparative est admise sous certaines conditions qui visent à discipliner ses modes d'expression. L'inobservation de ces conditions expose les annonceurs aux sanctions prévues en matière de concurrence déloyale.

Dans le code français de la consommation, la comparaison doit être loyale, véridique, objective, ne pas être de nature à induire en erreur et ne pas s'appuyer sur des opinions ou des appréciations individuelles ou collectives. La loyauté et la véracité de la publicité s'apprécieront en comparant le contenu du message publicitaire avec la réalité. Il ne faudrait pas que le message comparatif attribue au concurrent des défauts inexistants induisant ainsi les consommateurs en erreur. L'objectivité est destinée à justifier des comparaisons sur des qualités de produits qui ne souffrent pas d'appréciations subjectives : ainsi, on ne pourra pas comparer le confort des sièges de deux voitures de marques différentes, en revanche on pourra comparer leur résistance aux chocs qui peut donner lieu à des calculs objectifs.

La comparaison doit porter sur des caractéristiques « essentielles, significatives, pertinentes et vérifiables. », et ne peut porter sur des éléments accessoires, ni sur des caractéristiques qu'il n'est pas possible de comparer. Ces qualificatifs répétés interdisent également la comparaison qui pourrait être faite entre éléments essentiels d'un produit ou d'un service avec les éléments accessoires du produit ou service concurrent. La publicité comparative ne doit pas porter sur un seul élément essentiel noyé dans un ensemble d'autres éléments accessoires ou secondaires.

La comparaison peut porter sur les prix mais il faut alors viser des produits ou services identiques, ce qui exclut les produits ou services analogues ou substituables. Il faut que ces produits soient vendus dans les mêmes conditions. Cette disposition interdit aux grandes surfaces de faire des comparaisons de prix avec des produits vendus chez des petits commerçants. Il faut aussi que l'annonceur qui fait la

comparaison, indique la durée pendant laquelle il maintient les prix qu'il annonce comparativement aux prix pratiqués par ses concurrents.

Pour les comparaisons de prix, il convient que les produits soient identiques. Ici, l'exigence est seulement que les biens soient de même nature. La comparaison pourra donc porter sur des produits analogues ou substituables. Ainsi, pour la publicité comparative en général, on pourra faire des comparaisons entre des voitures de marques différentes (un fabricant de voiture compare son produit à des voitures de même catégorie fabriquées par ses concurrents). Alors que pour une publicité comparative relative au prix, il faudra faire des comparaisons entre des produits de même marque (un distributeur de produit alimentaire dira qu'il vend le paquet de 1 kilo de riz de marque X 60 DA, alors que son concurrent vend le même kilo de riz de la même marque, à 75 DA). (18)

Les supports publicitaires sont aussi l'objet de restrictions. La publicité comparative est interdite :

– sur les emballages : le terme étant générique, il vise la totalité des emballages, que ce soit l'emballage extérieur ou intérieur, et ce, quel que soit le produit ;

– sur les factures : il faut certainement assimiler ici aux factures les tickets de caisse qui peuvent être délivrés aux clients ;

– sur les titres de transport : ici encore les termes sont très généraux ; peu importe en effet le moyen de transport considéré, la publicité comparative sera interdite aussi bien sur les titres de transport aérien, que terrestre ;

– sur les moyens de paiement : il s'agit là d'une règle générale qui existe déjà en ce qui concerne les espaces monétaires, mais qui est nouvelle pour les chèques ou autres effets de commerce. Il faut considérer que la publicité comparative est interdite sur les cartes de paiement ;

– sur les billets d'accès à des spectacles ou autres lieux publics : cette interdiction vise les billets de cinémas, de théâtre, d'accès à un stade, mais aussi tout billet nécessaire pour entrer dans un lieu public tel qu'un musée, une piscine... (19)

Dans le cas où une publicité comparative est diffusée, alors qu'une ou plusieurs des conditions légales font défaut, la première sanction est civile : celui qui diffuse ou qui fait diffuser une telle publicité commet une faute, ce qui permet aux concurrents lésés d'exercer contre lui une action en responsabilité civile. Cette action tend à la cessation de la publicité et à l'octroi de dommages et intérêts. Elle peut être exercée en référé si le trouble est manifestement illicite.

Les sanctions pénales applicables au domaine de la publicité ont été étendues à la publicité comparative. Les sanctions pénales sont celles prévues par la réglementation en matière de publicité trompeuse, et par la législation relative à la contrefaçon, la reproduction, l'imitation ou l'utilisation de la marque d'autrui du code de la propriété intellectuelle. (20)

Conclusion

La mondialisation et la recherche de profit ont donné naissance à une concurrence accrue, obligeant les industriels à redoubler d'effort et à faire appel à des techniques de marketing de plus en plus agressives. C'est dans un tel contexte qu'est apparue la concurrence déloyale sous forme de publicité interdite, parasitaire, dénigrement, quelquefois par la publicité comparative, laquelle peut aussi vite verser dans le dénigrement.

Notes et references bibliographiques

1. Dans le dictionnaire, *Le nouveau Petit Robert*, 2008.
2. Loi n° 82-01 du 6 février 1982, portant code de l'information.
3. Décret n° 90-39 du 30 janvier 1990, relatif au contrôle de la qualité et la répression des fraudes.
4. Loi n° 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, (art.3, al.3).
5. *Décret n° 92-280 du 27 mars 1992, relatif à la publicité et au parrainage audiovisuels*, (art. 2) , Code de la communication : 3^{éd.}, Paris, Dalloz 2005.
6. Loi no 79-1150 du 29 décembre 1979, relative à la publicité, aux enseignes et aux préenseignes, art.8.
7. Directive CEE n°84/450 du 10 septembre 1984.
8. CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, p.200.
9. GREFFE, Pierre & GREFFE, François, *La publicité et la loi*, p.219.
10. P.GREFFE, F., GREFFE, op.cit., p.223.
11. P.GREFFE, F., GREFFE, op.cit., p.230.
12. LE TOURNEAU, Philippe, « Parasitisme », dans *Juris-classeur*, fasc. 227, p. 6.
13. R.FABRE, op.cit., p.131.
14. Ibidem
15. R., FABRE, op.cit., p. 125.
16. J.-M. Mousseron, « Entreprise et parasitisme en droit », *JCP*1992, n°6.
17. P.GREFFE, op.cit., p.264.
18. G. CORNU, *vocabulaire juridique*, p.291.
19. G., CORNU, op.cit.,p.743.
20. DELAHAYE, C., *la publicité comparative*, p.5.
21. P.GREFFE, F., GREFFE, op.cit., p.p.252-253.
22. R.FABRE, op.cit., p.146.
23. P.GREFFE, F., GREFFE, op.cit., p.1053.
24. R.FABRE, op.cit., p.147.

25. Directive européenne n°84/450 du 10 sept.1984 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, (modifiée par la directive 97/55 du 6 oct.1997).
26. Ibidem
27. Code de la consommation français, 2009, p.81.
28. Ibid.
29. WILHELM, P., KOSTI, G., op.cit. p. 223
30. FABRE, R., op.cit., p.p.148-149.
31. Ibid.
32. FABRE, R., op.cit. p.p.169-170.