

MOTS CLEFS : publicité comparative – télécommunications – 4G – Droit de la consommation – objectivité – trouble manifestement illicite – concurrent – opérateur – référé

La publicité comparative est soumise à des conditions strictes prévues aux articles L121-8 et suivants du Code de la consommation en vue de protéger tant le consommateur moyen, en ce qu'elle pourrait l'induire en erreur, mais également les concurrents spécifiquement ou indirectement visés par la publicité. Elle doit répondre à un impératif d'objectivité dans sa comparaison, faute de quoi elle sera considérée comme illicite, dont le trouble manifestement illicite pourra être soulevé dans une demande en référé.

FAITS : La société Bouygues Télécom a diffusé des publicités comparatives sur les données de couverture 4G entre elle et ses concurrents SFR et Orange. Les publicités indiquaient notamment « villes couvertes », « populations couvertes » et « personnes couvertes », désignant Bouygues Télécom premier sur le marché, et les concurrents à égalité.

PROCÉDURE : Les sociétés Orange et SFR vont chacune saisir le juge des référés du Tribunal de Commerce de Paris afin de demander le retrait de la publicité en reconnaissant son caractère manifestement illicite. Orange invoque en effet un défaut d'objectivité quant aux données de personnes couvertes en ce que la comparaison était basée sur des données prévisionnelles. SFR, dont la demande fait suite à un référé heure à heure du 8 octobre, appuie sa demande sur le même moyen et énonce également un manquement au principe d'objectivité en ce que les publicités de Bouygues Télécom feraient mention de termes trop flous pour être compris par le consommateur moyen, et dès lors préjudiciable pour la société.

PROBLÈME DE DROIT : Constitue-t-il un trouble manifestement illicite et imminent, le fait pour une publicité comparative d'utiliser des données prévisionnelles et des termes hypothétiques sans que le consommateur en soit informé ?

SOLUTION : Dans son jugement rendu le 4 octobre 2013, le juge des référés va accueillir la demande de la société Orange, enjoignant la Bouygues Telecom de retirer les publicités, retenant d'une part que la mention informative concernant l'emploi de données prévisionnelles face à des données réelles était illisible ; et d'autre part, que ces données étaient erronées. Bouygues Télécom a fait appel de l'ordonnance en référé.

Dans son jugement rendu le 11 octobre, le juge des référés ne va pas donner droit à la demande de SFR, considérant que la société communique elle-même sur la notion de ville couverte, terme utilisé couramment par les différents opérateurs de téléphonie mobile ; et d'autre part le préjudice lié à l'usage des données relatives aux personnes couvertes n'était plus effectif, la publicité ne faisant plus référence à ces données.

SOURCES :

Anonyme, « Bouygues Télécom condamnée pour publicité comparative illicite », legalis.net, mis en ligne le 14 octobre 2013, consulté le 15 Novembre 2013.

Anonyme, « publicité comparative : SFR débouté », legalis.net, mis en ligne le 15 Octobre 2013, consulté le 15 Novembre 2013.



NOTE :

La publicité comparative est définie par le décret CE n°95/55 du 17 octobre 2007, comme étant celle qui « exclusivement ou implicitement identifie un concurrent ou des biens et services offerts par un concurrent ». Une forme particulière qui est soumise à des critères définis à l'article L121-8 et suivants du Code de la Consommation. Tout manquement à ces obligations la rendrait illicite. En l'espèce, les sociétés Orange et SFR vont soulever dans chacune de leurs demandes la question de la licéité de la publicité de Bouygues Télécom qui comparait les données de l'opérateur avec des prévisions pour les deux concurrentes, ce sur différents critères de couverture. La question de la nature objective de la comparaison et de la publicité a ainsi été soulevée afin de déterminer si un référé était nécessaire pour faire cesser l'affichage de la publicité.

La licéité de la publicité soumise à un impératif d'objectivité.

En déterminant si la publicité répondait bien aux obligations prévues à l'article L121-8 du code de la consommation le juge des référés a reconnu une absence de respect au principe d'objectivité (3° de l'article) de la comparaison sur les personnes couvertes, fondé sur une utilisation de données prévisionnelles des concurrents pour la fin d'année, face aux données réelles de l'opérateur Bouygues Télécom. Une comparaison dénuée de toute objectivité en ce qu'elle ne reflétait pas la réalité du marché actuel, et dont le consommateur moyen n'était pas informé de l'utilisation de données simplement hypothétiques. Celles-ci ne reflétaient pas l'état actuel du marché et pouvaient induire en erreur le consommateur moyen, considéré non informé de l'usage des résultats hypothétiques, ce en raison de l'illisibilité des mentions informatives. La nature illicite de la publicité semble alors

fondée, légitimant la demande d'Orange. Une solution qui aurait été logiquement accueillie dans la demande de SFR, si le référé du 4 octobre n'avait pas enjoint l'opérateur de faire cesser le trouble.

L'interprétation des juges conditionnée à la stricte recherche du caractère imminent et manifeste du trouble.

Dans l'ordonnance rendue le 4 octobre, le juge va également reconnaître une forme de dénigrement par cette comparaison en ce que les données présentées étaient erronées et diminuaient les résultats de la demanderesse. Un préjudice non reconnu cependant dans la demande de SFR.

SFR avait également tenté de soulever le caractère illicite de la publicité en invoquant un défaut d'objectivité concernant les mentions « villes couvertes », « population couverte » et « personnes couvertes ». Mais le juge des référés, a rejeté la demande, laissant en suspens la question du caractère objectif ou non de l'utilisation des termes hyperboliques dans la publicité. Dans la mesure où il était mis en exergue que l'ensemble des professionnels du secteur, et notamment SFR, communiquent sur le terme « villes couvertes » dans leurs publicités, le caractère imminent du trouble devait être exclu. Un constat renforcé par le fait que SFR avait demandé en dehors de toute action judiciaire la rectification des données visées par ces termes sans de plus amples questions quant à leur définition. Une sorte d'acception tacite des termes par la demanderesse qui exclut le caractère urgent ainsi que préjudiciable pour elle. Le référé de SFR ne peut donc être retenu.

Matthieu Payet

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2013



ARRÊT :

Tcom Paris, référé, 4 octobre 2013, Orange c/ Bouygues Telecom ;

Vu l'article 873 du nouveau code de procédure civile, [...]

Vu les articles L. 121-8 et L. 121-9 du code de la consommation, pris ensemble les articles 1382 et suivants du code civil ;

- dire que la publicité incriminée, diffusée sous forme d'affiche et sur le site internet de Bouygues Télécom www.bouyguetelecom.fr génère, compte tenu de son caractère déloyal, un trouble manifestement illicite et un dommage imminent au préjudice de la société Orange ;

Et, en conséquence ;

- interdire la diffusion de cette publicité sur quelque support que ce soit [...]

La société Bouygues Télécom dûment représentée par ses conseils lesquels déposent des conclusions dans lesquelles elle nous demande de : [...]

- dire que la publicité faisant référence au nombre d'habitants couverts par les réseaux 4G de Bouygues Télécom, Orange et SFR critiquée par la société Orange ne constitue pas une publicité comparative trompeuse et dénigrante susceptible de constituer un trouble manifestement illicite et de causer un dommage imminent.

- constater l'absence de trouble manifestement illicite et de dommage imminent [...]

- dire n'y avoir lieu à référé. [...]

DISCUSSION

Attendu que la société Orange critique principalement le graphique qui la fait apparaître comme ex aequo avec la société SFR ;

Attendu qu'il ressort de l'analyse du dossier que la société Bouygues Télécom a comparé à une date précise, le 1er octobre 2013, des chiffres qualifiés de données objectives en date du 1er octobre

2013, avec des prévisions des sociétés Orange et SFR au 31 décembre 2013 ;

Attendu que la société Bouygues Télécom soutient que ces prévisions sont issues des documents internes de la société Orange, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté ;

Mais attendu que l'article L 121-8 du code de la consommation prévoit que toute publicité qui met en comparaison des biens ou services, n'est licite que si elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ;

Attendu que la société Bouygues Télécom soutient que les chiffres présentés par les sociétés Orange et SFR seraient exacts car ils résulteraient des données même des opérateurs et qu'au surplus, cette information serait explicitée dans une note figurant au bas des affiches publicitaires ;

Mais attendu que d'une part, cette mention informative n'est pas très lisible, s'agissant de son contenu, pour le consommateur d'attention moyenne qui peut avoir des difficultés à comprendre que la comparaison a été effectuée entre des données objectives au 1er octobre 2013 et des prévisions au 31 décembre 2013 ;

Et attendu d'autre part que certains éléments du dossier peuvent laisser penser que l'information selon laquelle les sociétés Orange et SFR seraient ex aequo, serait erronée ;

Nous condamnons la société Bouygues Télécom pour publicité comparative illicite, sous astreinte ci-après définie, la publicité incriminée ne répondant pas aux critères d'objectivité et étant ainsi susceptible d'induire le consommateur d'attention moyenne en erreur. [...]

DÉCISION [...]

. Donnons acte à la société Orange de ce qu'elle sollicite l'interdiction de la publicité [...]

. Interdisons à la société Bouygues Télécom la diffusion de la publicité [...]



ARRÊT :

Tcom Paris, référé 11 octobre 2013, SFR c/ Bouygues Télécom ;

La Société Française du Radiotéléphone, aux termes d'une ordonnance rendue par M. le président de ce tribunal en date du 8 octobre 2013, [...], nous demande par acte du 9 octobre 2013, et pour les motifs énoncés en sa requête.

Vu l'article 873 alinéa 1 du code de procédure civile, vu les articles L. 121-8 et suivants du code de la consommation,

- Constater que la comparaison effectuée par la société Bouygues Télécom n'est pas objective en l'absence de définition neutre et précise des critères de « ville couverte », « personnes couvertes » de « population couverte » utilisés ;
- Constater que les chiffres avancés par Bouygues Télécom ne sont ni justifiés ni vérifiables ;

En conséquence,

- Dire que la publicité de la société Bouygues Télécom est constitutive d'une publicité comparative illicite ;
- Dire que cette pratique est constitutive d'un trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser ; [...]
- Faire injonction à la société Bouygues Télécom, sous astreinte de 20 000 € par infraction de cesser sa diffusion des messages publicitaires litigieux, à savoir la publicité relative aux « villes couvertes » et la publicité contenant le slogan « 40 millions de personnes couvertes » ; [...]

A l'audience de ce jour, 11 octobre 2013, la société Bouygues Télécom est représentée par ses conseils, lesquels déposent des conclusions nous demandant de : [...]

- dire que la publicité faisant référence au nombre de villes couvertes par les réseaux 4G de Bouygues Télécom, Orange et SFR critiquée par la société SFR ne constitue pas une publicité comparative trompeuse et dénigrante

susceptible de constituer un trouble manifestement illicite et de causer un dommage imminent,

- dire que, d'une part, la publicité faisant référence au nombre de personnes couvertes par le seul réseau 4G de la société Bouygues Télécom ne constitue pas une publicité comparative et, d'autre part, qu'elle ne constitue pas une publicité trompeuse,
- constater l'absence de trouble manifestement illicite et de dommage imminent,
- en conséquence, dire qu'il n'y a pas lieu d'interdire la campagne publicitaire et débouter la société Orange de l'ensemble de ses demandes. [...]

DISCUSSION [...]

Sur l'existence du trouble manifestement illicite allégué [...]

Attendu que la société SFR demande au juge des référés de constater [...] que la comparaison effectuée par la société Bouygues Télécom n'est pas objective en l'absence de définition neutre et précise des critères de « ville couverte », « personnes couvertes », de « population couverte » utilisés ;

Mais attendu qu'il ressort des pièces versées aux débats que la société SFR elle-même communique sur cette notion de « ville couverte », qu'elle a elle-même demandé à la société Bouygues Télécom de corriger le nombre de « villes couvertes » et qu'ainsi ce terme apparaît comme étant utilisé couramment par les différents opérateurs de téléphonie mobile.

Attendu qu'en ce qui concerne le nombre de « personnes couvertes », [...], qu'il n'y aurait plus d'indication ni de référence au nombre de « personnes couvertes » par le réseau 4 G de la société SFR et qu'ainsi la demande fondée sur la publicité comparative n'a plus lieu d'être ; En conséquence, nous dirons n'y avoir lieu à référé. [...]

