



La publicité comparative

Françoise BAERT, avocat

Depuis le 1^{er} octobre 1999 (soit plus de dix ans), notre législateur (article 19 de la loi sur les pratiques du marché) autorisait, à certaines conditions, la publicité comparative interdite jusqu'alors. Les dispositions concernant la publicité comparative ont été quelque peu modifiées au fil du temps (en 2007, en 2010), mais les principes sont restés les mêmes. Malgré cette autorisation de principe et à l'instar des entreprises françaises, peu d'entreprises belges, à l'exception peut-être des grandes surfaces, osent se lancer dans ce type de publicité. Questions de mœurs ? Peur des procès ? Un seul constat : ce type de publicité est beaucoup plus répandu dans les pays anglo-saxons.

La publicité comparative est définie largement

La publicité comparative est définie par la loi sur les pratiques du marché (article 2-20) comme « toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des produits ou services offerts par un concurrent ».

Selon l'exposé des motifs de la loi, peuvent être considérés comme une identification implicite, tous signes distinctifs visuels ou sonores, slogans, toutes allusions permettant au consommateur de reconnaître le concurrent d'un annonceur. En résumé, il s'agit de tout élément qui rend un concurrent « identifiable » aux yeux du consommateur.

Les conditions de licéité de la publicité comparative

La publicité comparative est licite dès lors que les conditions suivantes sont satisfaites :

Condition 1 : Elle n'est pas trompeuse.

Est considérée comme trompeuse une publicité qui contient, par exemple, des affirmations, des indications, voire des omissions... susceptibles d'induire en erreur sur les caractéristiques d'un produit ou d'un service, sur l'identité ou l'étendue des droits d'une entreprise... Il faut, mais il suffit, que le consommateur « moyen » (*in abstracto*) puisse être induit en erreur par le message publicitaire. Il n'est pas nécessaire d'établir qu'un consommateur déterminé a été effectivement induit en erreur.

Par exemple, le fait d'utiliser un symbole « TM » dans une publicité alors que la marque n'est pas protégée est trompeur.

Condition 2 : Elle compare des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif.

Pour pouvoir être comparés, les biens ou services doivent être comparables. Ce critère doit toujours s'analyser du point de vue du consommateur « moyen ».

Condition 3 : Elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, dont le prix peut faire partie.

La publicité comparative par le prix est donc « en principe » licite, si cette publicité remplit les autres conditions de licéité.

Condition 4 : Elle n'engendre pas de confusion entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et du concurrent.

Condition 5 : Elle ne discrédite ou ne dénigre pas le concurrent.

Pour rappel, la jurisprudence considère généralement qu'une affirmation même conforme à la réalité peut être dénigrante, étant entendu qu'est dénigrant un acte calomnieux, diffamatoire qui porte atteinte à la réputation d'une entreprise. Or, la publicité comparative est un procédé de marketing qui se sert des caractéristiques d'un concurrent. D'une manière ou d'une autre, elle lui porte donc un préjudice, mais ne peut pas le discréditer !

Condition 6 : Pour les biens ayant une appellation d'origine, elle se rapporte dans chaque cas à des biens ayant la même appellation.

Condition 7 : 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 biens concurrents.

Condition 8 : 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.

Est donc, en toute hypothèse, interdite, toute publicité comparative qui ne respecte pas une de ces huit conditions.

Conclusion

Comme on peut le constater, l'exercice de conception d'une publicité comparative est et reste un exercice délicat et dangereux : la plupart des huit conditions reprises à l'article 19 de la loi ont, pour le non juriste, des contours parfois incertains et, l'expérience passée le prouve, le concurrent visé sera prompt à réagir si l'une de ces conditions n'est pas totalement respectée par l'annonceur. Heureusement, les concepts de publicité « trompeuse », « dénigrante », « prêtant à confusion » font l'objet d'une doctrine et d'une jurisprudence de plus en plus abondantes et relativement constantes permettant d'en préciser et concrétiser le contenu.