

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**  
**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS  
Pôle 1 - Chambre 1  
ARRÊT DU 06 AOÛT 2010  
(n° 341 , 9 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 10/14920  
Décision déferée à la Cour : Ordonnance du 20 Juillet 2010 -Tribunal de Commerce de  
PARIS - RG n° 2010049182

**APPELANTE**

S.A.S. HERTA agissant poursuites et diligences en la personne de ses représentants légaux  
7, boulevard Pierre Carle  
77186 NOISIEL  
représentée par la SCP GRAPPOTTE BENETREAU JUMEL, avoués à la Cour,  
assistée de Me Jean-Christophe GRALL, avocat au barreau de PARIS, plaidant pour la SCP  
MEFFRE & GRALL, avocats au barreau de PARIS, toque : P 40

**INTIMÉE**

S.A.S. MARIE  
13/15, rue du Pont des Halles  
94150 RUNGIS  
représentée par la SCP ROBLIN - CHAIX DE LAVARENE, avoués à la Cour,  
assistée de Me Frédéric DUMONT, avocat au barreau de PARIS, plaidant pour la SCP  
DEPREZ, GUIGNOT & ASSOCIES, avocats au barreau de PARIS,  
toque : P0221

**COMPOSITION DE LA COUR :**

L'affaire a été débattue le 04 Août 2010, en audience publique, devant la Cour composée de :  
Madame Joëlle BOURQUARD, Président de chambre  
Madame Dominique GUEGUEN, conseiller  
Madame Hélène JOURDIER, conseiller  
qui en ont délibéré  
sur le rapport de Joëlle BOURQUARD  
Greffier, lors des débats : Madame Béatrice TAIEB

**ARRÊT :**

- CONTRADICTOIRE,
- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.
- signé par Madame Joëlle BOURQUARD, président et par Madame Béatrice TAIEB, greffier.

## FAITS ET PROCEDURE

Se prévalant de ce que la société MARIE SAS, concurrente dans la fabrication et la commercialisation de produits alimentaires et notamment de pâtes à tartes feuilletée, brisée et sablée avait fait paraître dans le magazine hebdomadaire « Femmes actuelles » n° 1344 du 28 juin 2010 la publicité suivante [...] constituant selon elle une publicité comparative illicite trompeuse et dénigrante comme ciblant la pâte feuilletée « tarte en or » HERTA et constituant une agression illégitime à son encontre, la société HERTA, ainsi qu'elle y avait été autorisée par ordonnance présidentielle, a assigné en référé d'heure à heure pour l'audience du 13 juillet 2010, la société MARIE afin d'obtenir qu'il lui soit interdit de poursuivre la diffusion de cette publicité sous astreinte devant le président du tribunal de commerce de Paris qui, par ordonnance rendue le 20 juillet 2010, a :

Constaté le défaut d'identification d'HERTA dans la publicité MARIE,

Dit n'y avoir lieu à référé et à application de l'article 700 du code de procédure civile et laissé les dépens à la charge de la société HERTA.

Appelante de cette décision et autorisée à assigner à jour fixe selon ordonnance du 27 juillet 2010 pour l'audience du 4 août 2010, la société HERTA SAS conclut en son infirmation et demande de constater l'existence d'un trouble manifestement illicite causé par la société MARIE et de,

Faire interdiction à la société MARIE de poursuivre la publicité litigieuse sous quelque forme que ce soit, sous astreinte de 10 000 € pour chaque nouvelle parution de cette publicité dans un support écrit ou pour toute diffusion de la publicité pour les autres supports et ce, par jour de retard à compter du prononcé de l'arrêt,

Se réserver la liquidation de l'astreinte,

Débouter la société MARIE de toutes ses demandes, fins et conclusions,

La condamner à lui verser une indemnité de 10 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

Aux termes de ses écritures signifiées le 3 août 2010, la société MARIE SAS, conclut à la confirmation de la décision et elle demande de dire la société HERTA irrecevable pour défaut d'intérêt à agir, de dire n'y avoir lieu à référé, de débouter la société HERTA de toutes ses demandes et de la condamner à lui verser une indemnité de 10 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

## SUR CE, LA COUR

Considérant que l'appelante fait essentiellement valoir au soutien de son recours que contrairement à ce que l'estime l'ordonnance déferée, elle est parfaitement identifiable dans la publicité MARIE grâce à la liste des ingrédients reproduite dans la publicité incriminée et qui correspond précisément à la liste des ingrédients de sa pâte à tarte feuilletée « Tarte en or » quant à sa nature (pâte feuilletée) et quant à sa marque (HERTA), et à aucune autre pâte à tarte :

Que de plus la société MARIE axe sa publicité sur l'utilisation d'acide ascorbique dans son accroche publicitaire, que l'identification de la marque HERTA à travers cette publicité est possible et facile ce qui suffit pour la rendre incriminable, qu'en effet, la seule pâte feuilletée contenant de l'acide ascorbique est celle de la marque HERTA, ainsi qu'il résulte des emballages de pâtes à tarte et du tableau de comparaison des compositions de pâtes à tarte du marché établi par MARIE,

Qu'elle est également identifiable par la référence à une marque nationale concurrente dès lors qu'il n'existe que trois marques sur ce marché en France et qu'elle bénéficie d'un niveau de notoriété de 65

Sur le marché ;

Qu'elle est clairement visée par la publicité MARIE ;

Qu'elle estime que la publicité MARIE constitue une publicité comparative illicite, une pratique commerciale trompeuse et un acte de dénigrement des produits HERTA, qu'en effet, elle dépasse les limites de la publicité comparative et ne répond pas aux conditions strictes imposées par les dispositions de l'article L121-8 du code de commerce car elle met en comparaison des biens, l'identifie implicitement et ne compare pas de manière objective des caractéristiques essentielles, pertinentes et représentatives des produits concernés en mettant en exergue la présence d'acide ascorbique contenue dans la pâte HERTA, élément contenu de façon infinitésimale dans celle-ci en la comparant de manière non objective à une pâte à tarte dite « comme à la maison » ; qu'elle contient de plus des mentions ayant manifestement un caractère trompeur ou de nature à induire en erreur en mettant en exergue l'acide ascorbique comme principal élément de composition de la pâte à tarte HERTA et en qualifiant son produit fabriqué industriellement de « pâte comme à la maison » ; qu'elle estime que cette publicité » viole de plus l'article L 121-9-2 du code de la consommation en la dénigrant ;

- Elle constitue une pratique commerciale manifestement trompeuse au sens de l'article L 121-1 du code de commerce en ce que le slogan qui présente la pâte à tarte concurrente comme étant à l'acide ascorbique est de nature à induire en erreur le consommateur d'attention moyenne en lui laissant croire que cet ingrédient la caractérise comme le beurre caractériserait une pâte au beurre alors qu'il est contenu de façon infinitésimale et en induisant qu'il serait nocif alors qu'il est en réalité de la vitamine C et en ce que par ailleurs contrairement à son slogan « comme à la maison », la pâte MARIE n'est pas fabriquée artisanalement ;

- Elle est ostensiblement dénigrante par le caractère tendancieux de la question « vous êtes plutôt pâte à tarte comme à la maison ou pâte à tarte à l'acide ascorbique ' » qui met en évidence un composant infinitésimal de la pâte HERTA en jouant sur l'ignorance potentielle des consommateurs quant à sa nature, en assortissant sa propre pâte à tarte d'une qualité trompeuse, l'ensemble jetant manifestement un discrédit sur la pâte feuilletée de la marque concurrente ;

Qu'elle soutient indépendamment des règles relatives à la publicité comparative illicite, que les agissements de la société MARIE constituent un acte de concurrence déloyale sanctionné par l'article 1382 du code civil ;

Qu'il y a donc, selon elle, urgence à faire cesser, sur le fondement de l'article 873 du code de procédure civile, le trouble manifestement illicite et à prévenir la réalisation du dommage imminent, cette publicité ayant été insérée pour la première fois le 28 juin 2010 et reproduite depuis dans onze magazines alors qu'il est démontré que 78 % des français achètent de la pâte à tarte , qu'elle est diffusée dans des magazines essentiellement lus par des femmes à une époque de l'année propice aux expériences culinaires dans le but de capter sa clientèle

habituelle, de la détourner en présentant des produits de façon peu appétissante voire repoussante en portant de plus atteinte à son image et à celle de ses produits ;

Que l'intimée fait valoir en réplique, à titre liminaire, que la société HERTA qui n'est pas visée par la publicité, est dépourvue d'intérêt à agir, qu'elle soutient ensuite que sa publicité est licite et loyale et qu'il n'y a aucun trouble manifestement illicite ou dommage imminent ;

Que s'agissant du défaut d'intérêt à agir, la société MARIE estime en effet que,

- la liste des ingrédients et additifs d'un produit alimentaire ne permet pas à un consommateur moyen d'identifier qu'il s'agit du produit HERTA lequel ne démontre pas que seul son produit présente cette composition qui figure de plus en petits caractères au dos de « packagings », que contrairement à ce que soutient l'appelante le fait que selon un sondage 29 % des consommateurs s'intéresse à la liste des ingrédients des différents produits, démontre que majoritairement les consommateurs ne s'y intéressent pas, qu'ils n'ont pas en tête la liste des 12 ingrédients de la pâte à tarte HERTA et ne peuvent l'identifier à partir de cette liste ou du slogan de la publicité MARIE,

- que la seule référence à une « marque nationale concurrente » n'est pas de nature à identifier, même implicitement la marque HERTA dès lors que la notion de marque nationale inclut dans l'esprit du consommateur moyen sur le marché considéré, les marques de distributeurs nationales qui disposent d'une part de plus de 55 % du marché et que même en prenant en considération les marques de fabricants, HERTA n'est pas identifiable pour un consommateur, la notion de marque concurrente pouvant tout aussi bien se référer à CROUSTIPATE et la circonstance selon laquelle HERTA est leader sur le marché étant indifférente, aucune comparaison n'étant faite dans la publicité par rapport à la marque leader ni même à la principale marque ;

Qu'en ce qui concerne le caractère licite et loyal de sa publicité et l'absence en conséquence de trouble manifestement illicite ou de dommage imminent, l'intimée fait valoir que,

- sa publicité n'est pas une publicité comparative faute d'identification d'un concurrent ou d'un produit concurrent et que les dispositions de l'article L 121-8 du code de la consommation n'ont donc pas vocation à s'appliquer, qu'en effet elle ne repose pas sur une comparaison produit/produit ou marque/marque mais vise à démontrer que sa pâte à tarte contient peu d'ingrédients, d'origine naturelle, qui la différencie des pâtes à tarte du marché ;

- si les dispositions de l'article L 121-8 du code de la consommation sont applicables, sa publicité porte sur des caractéristiques essentielles et vérifiables du produit et ne sont pas trompeuses,

\* que la société HERTA dénature le sens de sa publicité laquelle porte sur la composition du produit et non un ingrédient isolé, qu'en effet, le slogan visant l'acide ascorbique ne peut être dissocié pour un consommateur, de l'explication fournie par la partie centrale du visuel et que sa publicité porte sur la composition de la pâte MARIE et celle d'une marque concurrente, caractéristique essentielle, pertinente, vérifiable et représentative de ces produits ;

\* que sa publicité ne constitue pas une pratique trompeuse, qu'en effet, concernant le produit de la marque concurrente, elle indique qu'il comprend des additifs ce qui est vrai, l'acide ascorbique n'étant pas présenté comme caractérisant ce produit mais seulement cité comme l'un des additifs y contenus et que s'agissant de sa propre pâte à tarte, la publicité indique au consommateur qu'elle comprend seulement des produits naturels « comme à la maison », ce qui est exact, la notion « comme à la maison » étant différente dans l'esprit du consommateur moyen de « maison » et reliée à la liste des ingrédients ;

' la publicité MARIE n'est pas dénigrante, qu'en effet,

\* HERTA n'est pas identifiée ni identifiable ainsi qu'elle soutient le démontrer,

\* le message véhiculé par MARIE ne peut être qualifié de dénigrant dès lors qu'il ne vise pas à jeter le discrédit sur les marques concurrentes et n'excède pas ce qui est admis en matière de publicité, qu'en l'espèce, il attire simplement l'attention du consommateur, d'une manière humoristique, sur la composition de sa pâte feuilletée à base d'ingrédients traditionnels et d'origine naturelle, en comparaison avec les autres pâtes à tarte du marché, et que HERTA n'est pas visée ;

Considérant que s'agissant de l'intérêt à agir de la société HERTA, il convient de dire que ce moyen ne saurait être examiné séparément de la question au principal relative à l'éventuelle illicéité de la publicité incriminée et du trouble manifestement illicite ou du dommage imminent qui en découle ;

Et considérant que l'illicéité manifeste du trouble dont se prévaut la société HERTA pour imposer qu'il soit mis fin à la campagne publicitaire comparative lancée par son concurrent doit s'apprécier, avec l'évidence qui s'impose à la juridiction des référés, au regard des articles L121.8 et suivants du code de la consommation ; qu'aux termes de l'article L 128. 8 de ce code, « 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 ces 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 services offerts, le cas échéant la limitation de l'offre à concurrence des stocks disponibles et les conditions spécifiques applicables »

Que l'article L121-9 alinéa 2 ajoute que, « La publicité comparative ne peut entraîner le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activité ou situation d'un concurrent » ;

Qu'il s'ensuit que pour être considérée comme comparative et susceptible d'être illicite comme ne respectant les critères essentiels de véracité et d'objectivité et donc capable de porter atteinte à la société HERTA, la publicité dont la société MARIE, son concurrent est à l'origine doit, en premier lieu, identifier, implicitement ou explicitement, dans l'esprit du consommateur, la société HERTA, ou permettre de désigner de la même façon le produit qu'elle offre concurrentiellement à la clientèle ;

Considérant qu'il est constant que la publicité incriminée ne cite nommément pas la société HERTA et ne contient aucune représentation de l'un des produits qu'elle fabrique et commercialise, qu'il est par contre établi que la liste des 12 ingrédients composant la pâte feuilletée d'une « marque nationale concurrente » comparée à celle comportant les 5 ingrédients de la pâte feuilletée MARIE, et qui figure sous l'annonce « d'accroche publicitaire » en forme de question dans la publicité MARIE, correspond exactement à la liste des composants utilisés par la société HERTA pour la fabrication de la pâte feuilletée « tarte en or » qu'elle commercialise ;

Considérant qu'il convient d'apprécier si au regard de la liste de ces ingrédients, le consommateur normalement avisé identifie comme cible visée par cette publicité la pâte feuilletée « tarte en or » de la société HERTA, que la circonstance selon laquelle il résulterait d'un sondage que 29 % des consommateurs s'intéresse à la composition des produits ne suffit

pas à démontrer que le choix d'acquisition de la majorité des consommateurs « moyens » d'un produit soit prioritairement déclenché par un examen préalable de l'ensemble des ingrédients qui le compose et ce à fortiori lorsque la liste de ceux-ci est longue ;

Que la présentation comparative de ces deux listes d'ingrédients a nécessairement pour effet de capter l'attention du consommateur sur la composition des éléments contenus respectivement dans la composition des deux pâtes feuilletées concernées et de mettre en exergue, en réponse à la question « vous êtes plutôt pâte à tarte comme à la maison ou pâte à tarte à l'acide ascorbique ' », la présence d'acide ascorbique figurant dans la composition de la pâte de « marque nationale concurrente » citée comme onzième élément des ingrédients y contenus ; que cette circonstance ne saurait avoir pour effet d'entraîner nécessairement, chez un consommateur d'attention moyenne, le réflexe de comparer la liste des 12 ingrédients figurant sur cette publicité à celle (de l'ensemble de ceux) figurant sur les emballages de toutes les pâtes à tarte, qu'en effet, la diversité importante de l'offre liée au très grand nombre de produits de ce type exposé dans les gondoles des magasins d'alimentation et grandes surfaces, la banalisation de l'achat de pâtes à tarte prêtes à l'emploi, la relative modicité de leur prix sont autant de facteurs qui ajoutés à l'emplacement de cette liste, souvent en dos d'emballage, à sa relative longueur, sa présentation en petits caractères peu lisibles et comportant parfois des termes abscons supposant un effort de mémorisation, n'incitent pas un consommateur moyen à s'astreindre à une telle comparaison, pour se déterminer dans son choix d'acquisition ; que dans ces conditions, à supposer même que la société HERTA soit la seule, comme elle l'affirme sans le démontrer, à faire référence à la présence d'acide ascorbique dans la composition de sa pâte feuilletée, cette circonstance n'est pas suffisante pour la désigner, aux yeux d'un consommateur normalement avisé, comme cible identifiable de la publicité qu'elle incrimine ;

Considérant s'agissant de la référence relative à « une marque nationale concurrente » susceptible de l'identifier implicitement, que selon l'étude que la société HERTA a fait réaliser pour son compte du 15 au 25 mai 2009 par Brand Health Trading sur les pâtes ménagères via un questionnaire on line [Base : acheteurs de pâtes ménagères au cours des 12 derniers mois (513)], il résulte qu'elle bénéficie d'un taux de notoriété spontanée de 65 % sur cinq marques citées ; que par ailleurs, selon l'attestation Symphony IRI, il n'existe que trois marques dont HERTA sur le segment des pâtes à tarte dont la diffusion (DN) est d'au moins 20 % sur chacune des régions IRI qui pourraient donc être qualifiées de nationales ;

Que ces éléments justifiant de la notoriété de cette marque ne suffisent pas à permettre à un consommateur moyen d'identifier implicitement de façon évidente la marque HERTA à la suite de la lecture du message publicitaire diffusé par MARIE, qu'en effet, outre le fait que le consommateur se trouve confronté à un ensemble de noms d'autres marques dans les rayons, dont celles des distributeurs à priori susceptibles d'être confondues avec celles de fabricants directs, ce qui n'est pas de nature à faciliter pour lui la définition du concept et la représentation des contours et de la notion de marque nationale, la circonstance selon laquelle le même organisme IRI certifie à la demande de la société HERTA que la part de marché (hypermarchés, supermarchés et magasins populaires de plus de 400 m<sup>2</sup>) des ventes de pâtes à tarte représente 34,3 % pour HERTA alors que celle des marques de distributeurs est de 54 % suffit à démontrer que le consommateur moyen en portant majoritairement son choix sur toute une série d'autres marques, n'attache pas d'importance particulière à la notion de marque nationale et que la référence dans la publicité concernée à « une marque nationale concurrente » ne saurait le conduire d'évidence à l'identification de la marque HERTA comme concurrente visée implicitement ;

Considérant que dans ces conditions, et sans qu'il y ait lieu de répondre plus avant aux moyens et à l'argumentation soulevés par les parties tant sur les caractéristiques de la publicité comparative illicite et/ou dénigrante que sur la concurrence déloyale, à défaut pour la société HERTA de démontrer qu'elle est la cible implicitement identifiable de la publicité diffusée par la société MARIE et donc de prouver qu'elle subi un trouble manifestement illicite ou est victime d'un dommage imminent, relevant des pouvoirs de la juridiction des référés par application de l'article 873 du code de procédure civile, que c'est à juste titre que l'ordonnance déférée a dit n'y avoir lieu à référé ; que cette décision doit être confirmée ;

Considérant que l'équité commande de ne pas faire application de l'article 700 du code de procédure civile ;

Que l'appelante doit supporter les entiers dépens ;

PAR CES MOTIFS  
LA COUR,

Statuant par arrêt contradictoire,

Confirme l'ordonnance déférée,

Dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne la société HERTA SAS aux entiers dépens et autorise les avoués concernés à les recouvrer comme il est prescrit à l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIER  
LE PRÉSIDENT