

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAISE

COUR D'APPEL DE VERSAILLES
14e chambre
ARRET DU 15 SEPTEMBRE 2016

R.G. N° 16/02891

La cour d'appel de Versailles, a rendu l'arrêt suivant dans l'affaire entre :

SAS GRANDVISION FRANCE agissant en la personne de ses représentants légaux domicilié ... en cette qualité audit siège

N° SIRET : 492 787 957

1, adresse ...

78180 MONTIGNY-LE-BRETONNEUX

représentée par Me Claire RICARD, avocat au barreau de VERSAILLES, vestiaire : 622 - N° du dossier 2016127

assistée de Me Emmanuel TRICOT, avocat au barreau de PARIS,

APPELANTE

SA GADOL OPTIC 2000 agissant poursuites et diligences en la personnes de ses représentants légaux, domicilié

N° SIRET : 326 980 018

adresse ...

92140 CLAMART

représentée par Me Bertrand ROL de l'AARPI JRF AVOCATS, avocat au barreau de VERSAILLES, vestiaire : 617 - N° du dossier 20160331

assistée de Me Nathalie BESLAY, avocat au barreau de PARIS

INTIMEE

Composition de la cour :

L'affaire a été débattue à l'audience publique le 08 Juin 2016, Madame Maïté GRISON-PASCAIL, conseiller, ayant été entendue en son rapport devant la cour composée de :

Monsieur Jean-Michel SOMMER, président,

Madame Véronique CATRY, conseiller,

Madame Maïté GRISON-PASCAIL, conseiller,

Greffier, lors des débats : Madame Agnès MARIE,

La société Grandvision France (société Grandvision) exploite un réseau de points de vente de lunettes et produits d'optique de détail sous enseignes Grandoptical et Générale d'optique, le tout constituant environ 750 points de vente.

La société Groupement d'achat des opticiens lunetiers Gadol (société Gadol), dont la dénomination commerciale est société Optic 2000, est une société coopérative à forme anonyme qui anime un réseau d'opticiens commerçants indépendants, soit un réseau de plus de 1 200 magasins arborant l'enseigne Optic 2000.

La société Optic 2000 a élaboré une campagne de communication nationale intitulée 'Objectif 0 dépense' et a acheté à cet effet divers espaces de diffusion, chaînes de télévision, supports digitaux, supports presse et panneaux d'affichage, centrée sur une minimisation du budget optique du consommateur.

La société Grandvision, qui rappelle que la communication publicitaire est un facteur important de concurrence entre les enseignes optiques, considérant que cette campagne publicitaire d'Optic 2000 était illicite au regard des dispositions du code de la santé publique et du code de la sécurité sociale qui encadrent strictement la publicité pour les dispositifs médicaux que sont les produits d'optique, autorisée à assigner d'heure à heure, a saisi le juge des référés du tribunal de commerce de Nanterre afin que soit ordonnée, au regard de l'existence d'un trouble manifestement illicite, la cessation de la diffusion de la campagne publicitaire d'Optic 2000, que lui soit allouée une provision à valoir sur la réparation de son préjudice et ordonné des mesures de publication.

Par une ordonnance rendue le 15 avril 2016, le juge des référés a :

- dit n'y avoir lieu à référé sur la demande principale de la société Grandvision,
- fait injonction à la société Grandvision de retirer des sites internet www.grandoptical.com et www.generale-optique.com/mentions-legales, des enseignes Grandoptical et la Générale d'Optique et des points de vente de ces deux enseignes les mentions illicites 'magasin pratiquant le 1/3 payant' et 'vos droits au remboursement de vos dépenses optiques par la sécurité sociale changent' ainsi que les forfaits de remboursement issus des dernières dispositions légales, sous astreinte de 5 000 euros par jour de retard à compter du jour suivant celui de la signification de la décision, pendant une durée qui ne pourra excéder 90 jours,
- s'est réservé la liquidation de l'astreinte,
- condamné la société Grandvision à payer à la société Optic 2000 la somme de 10 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux dépens.

La société Grandvision a relevé appel de cette décision.

Elle a été autorisée le 26 avril 2016 à assigner pour plaider à jour fixe.

Dans ses conclusions reçues au greffe les 27 avril et 7 juin 2016, auxquelles il convient de se reporter pour un exposé détaillé des moyens soulevés, la société Grandvision demande à la cour de réformer l'ordonnance et :

- de dire que la campagne publicitaire intitulée 'Objectif 0 dépense' diffusée par la société Optic 2000 sur de nombreux supports depuis le 4 mars 2016 est contraire à la réglementation encadrant la publicité pour les dispositifs médicaux que sont les produits d'optique,
- dire qu'il existe de ce fait un trouble manifestement illicite qui cause, au préjudice de la société Grandvision, un dommage imminent,

- dire que le comportement de la société Optic 2000 est constitutif d'actes de concurrence déloyale,
 - dire que les demandes reconventionnelles de la société Optic 2000 sont infondées,
- En conséquence,
- interdire à la société Optic 2000 de diffuser cette campagne publicitaire sur quelque support que ce soit, sous astreinte de 10 000 euros par infraction constatée passé un délai de 24 heures à compter du prononcé de la décision à intervenir,
 - enjoindre à la société Optic 2000 de prendre immédiatement toute mesure nécessaire afin de cesser et faire cesser toute communication relative à la campagne publicitaire 'Objectif 0 dépense' sur quelque support que ce soit et de justifier des mesures ainsi entreprises dans un délai de 48 heures à compter du prononcé de la décision,
 - ordonner aux frais de la société Optic 2000 de publier dans trois journaux nationaux, Les Echos, Le Figaro, le journal 'Bien vu-profession opticiens' pendant une durée de 15 jours à compter de sept jours calendaires du prononcé de l'arrêt à intervenir et sous astreinte de 10 000 euros par jour de retard, le message suivant :

' Par ordonnance en date du'. et à la demande de la société GRANDVISION (exploitant des enseignes GENERALE D'OPTIQUE et GRANDOPTICAL), Cour d'appel de Nanterre a constaté le caractère illicite de la campagne publicitaire « OBJECTIF 0 DEPENSE » diffusée par la société OPTIC 2000 et lui a interdit d'en poursuivre la diffusion avec effet immédiat ' et d'en justifier,

- ordonner aux frais de la société Optic 2000, la publication du message suivant sur la page accueil de son site internet www.optic2000.com :

« Par ordonnance en date du'. et à la demande de la société GRANDVISION (exploitant des enseignes GENERALE D'OPTIQUE et GRANDOPTICAL), le Président du Tribunal de commerce de Paris a constaté le caractère illicite de la publicité comparative diffusée par la société SENSEE et lui a interdit d'en poursuivre la diffusion avec effet immédiat ».

Cette publication devra être en haut de la page d'accueil du site Internet www.optic2000.com en caractère 12, et être maintenue pendant une durée minimum de 15 jours consécutifs passé un délai de 24 heures à compter du prononcé de l'ordonnance à intervenir et sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard, et d'en justifier,

- ordonner la communication à la société Grandvision du plan média de la campagne 'OBJECTIF 0 DEPENSE' et notamment :

o la description et montants globaux des investissements liés à la campagne « OBJECTIF 0 DEPENSE » ;

o la description précise du dispositif média déployé pour la campagne 'OBJECTIF 0 DEPENSE' (fréquence et nombre des diffusions des spots audiovisuels sur les chaînes de télévision, fréquence et nombre des diffusions des spots radio, relevé détaillé des inserts de la campagne dans la presse écrite, Internet, fréquence, nombre et durée de la diffusion des spots audiovisuels et / ou de tout autre élément relatif à cette campagne sur tout site et support Internet, nombre de flyers imprimés et diffusés, nombres d'affiches imprimées et diffusées en magasin et dans l'espace public) ;

o l'identification des prestataires avec lequel la société Optic 2000 a collaboré pour la conception et la mise en oeuvre de la campagne « OBJECTIF 0 DEPENSE » ;

- condamner la société Optic 2000 à verser à la société Grandvision une somme de 1.000.000 d'euros à titre de provision,

- rejeter les demandes reconventionnelles de la société Optic 2000,
- ordonner l'exécution provisoire sur minute, avant même enregistrement, vu l'urgence,
- condamner la société Optic 2000 à verser à la société Grandvision France une somme de 20.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ainsi qu'aux dépens.

La société Grandvision soutient essentiellement que la campagne promotionnelle nationale 'Objectif 0 dépense' initiée par la société Optic 2000 présente un caractère manifestement illicite, en ce que le message véhiculé fait des conditions de remboursement des produits d'optique un avantage commercial, en violation de la réglementation encadrant la publicité des dispositifs médicaux.

Elle se prévaut également d'un dommage imminent en soutenant que cette campagne promotionnelle a été maintenue malgré les mises en demeure adressées à la société concurrente les 25 et 29 mars 2016, que cette campagne n'a pas pris fin le 29 mars 2016 contrairement à ce qui est allégué, n'étant enfermée dans aucun délai, qu'il s'agit en réalité d'une pratique commerciale à caractère permanent susceptible de faire l'objet d'une diffusion continue et/ou réitérée qui lui cause un préjudice matériel et moral de très grande ampleur puisqu'elle induit un détournement de clientèle.

Par conclusions reçues le 31 mai 2016, auxquelles il convient de se reporter pour un exposé détaillé des moyens soulevés, la société Optic 2000 demande à la cour :

A titre principal,

- de confirmer en toutes ses dispositions l'ordonnance du 15 avril 2016,
- de constater l'absence d'illicéité manifeste de la campagne « OBJECTIF ZERO DEPENSE » mise en oeuvre par la société Optic 2000,
- de constater l'absence de trouble réalisé du fait de l'achèvement de la campagne,
- de constater l'absence de dommage imminent,

En conséquence :

- de dire n'y avoir lieu à référé et rejeter l'ensemble des demandes de la société Grandvision,

A titre reconventionnel :

- de dire que les publicités constatées au sein des magasins sous enseigne Grand Optical et la Generale d'Optique et sur les sites internet de ces deux enseignes sont contraires à la réglementation encadrant la publicité pour les dispositifs médicaux, - de dire que les publicités constatées au sein des magasins sous enseigne Grand Optical et la Generale d'Optique et sur les sites internet de ces deux enseignes constituent de ce fait un trouble manifestement illicite et causent, au préjudice de la société Optic 2000, un dommage imminent,
- de dire que le comportement de la société Grandvision France est constitutif d'actes de concurrence déloyale.

En conséquence,

- d'enjoindre à la société Grandvision France de cesser et faire cesser sous astreinte toute publicité mentionnant le caractère remboursable ou pris en charge d'un dispositif médical par un organisme obligatoire d'assurance maladie ou complémentaire présente au sein des magasins et des sites internet des enseignes Grand Optical et la Generale d'Optique,
- de dire que dans la mesure où la société Grandvision France ne respecte pas la réglementation susvisée, cette dernière est mal fondée à prétendre que la société Optic 2000 serait à l'origine d'actes de concurrence déloyale à son égard, et rejeter l'ensemble des demandes de la société Grandvision France.

A titre subsidiaire, si la cour devait considérer que les mentions inscrites sur le site internet des enseignes Grand Optical et la Generale d'Optique ne revêtent pas de caractère publicitaire du fait de la démarche active que doit faire le consommateur pour y accéder à la différence des mentions mises en évidence dans les vitrines des magasins,

- de confirmer les dispositions de l'ordonnance de référé en date du 15 avril 2016 relatives aux demandes reconventionnelles seulement en ce qu'elle a considéré que les mentions inscrites dans les vitrines des points de vente des enseignes GRAND OPTICAL et LA GENERALE D'OPTIQUE 'sont manifestement contraires aux dispositions de l'article L. 165-8 du code de la sécurité sociale, qu'elles peuvent occasionner, par l'attraction exercée sur la clientèle, une distorsion de concurrence avec les autres enseignes qui ne pratiquent pas de tels affichages, qu'ainsi le trouble est caractérisé',

- de réformer l'ordonnance entreprise sur les seules dispositions relatives aux mentions relevées sur les sites internet des enseignes GRAND OPTICAL et LA GENERALE D'OPTIQUE et ayant en partie fonder la demande reconventionnelle de la société Optic 2000,

A titre incident,

- d'enjoindre à la société Grandvision France de cesser et faire cesser sous astreinte toute publicité mentionnant le caractère remboursable ou pris en charge d'un dispositif médical par un organisme obligatoire d'assurance maladie ou complémentaire présente au sein des magasins sous enseignes GRAND OPTICAL et LA GENERALE d'OPTIQUE et ce, sous astreinte de 10 000 euros par jour de retard à compter du jour suivant celui de la signification de l'arrêt,

- d'ordonner aux frais de la société Grandvision de publier dans trois journaux nationaux Les Echos, Le Figaro, le journal « Bien vu ' profession opticiens », pendant une durée de 15 jours à compter de sept jours calendaires du prononcé de l'arrêt à intervenir et sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard, le message suivant :

«Par décision en date du'. et à la demande de la société OPTIC 2000, la Cour d'appel de Nanterre a constaté le caractère illicite de pratiques promotionnelles de plusieurs magasins sous enseigne Grand Optical et La Générale d'Optique consistant à faire la promotion du caractère remboursable d'équipements optiques en tant que dispositifs médicaux, et lui a donné injonction de cesser de telles pratiques sous astreinte»

et d'en justifier,

- d'ordonner, aux frais de la société Grandvision, la publication du message suivant sur la page accueil des sites internet www.grandoptical.com, www.generale-optique.com, www.acuite.fr :

«Par décision en date du'. et à la demande de la société OPTIC 2000, la Cour d'appel de Nanterre a constaté le caractère illicite de pratiques promotionnelles de plusieurs magasins

sous enseigne Grand Optical et La Générale d'Optique consistant à faire la promotion du caractère remboursable d'équipements optiques en tant que dispositifs médicaux, et lui a donné injonction de cesser de telles pratiques sous astreinte' et d'en justifier,

Cette publication devra être en haut de la page d'accueil des sites www.grandoptical.com, www.generale-optique.com, www.acuite.fr, en caractère 12, et être maintenue pendant une durée minimum de 15 jours consécutifs passé un délai de 24 heures à compter du prononcé de l'arrêt à intervenir et sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard, et d'en justifier, - de condamner la société Grandvision France à verser à la société Optic 2000 la somme de 20 000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux dépens.

La société Optic 2000 fait valoir principalement que la violation manifeste alléguée n'est pas établie, que la campagne promotionnelle incriminée a pris fin le 29 mars 2016 et qu'ainsi, le trouble dénoncé a cessé à ce jour, que la société Grandvision ne démontre nullement la réalité du préjudice qu'elle invoque.

L'intimée souligne en revanche que la société Grandvision n'a pas respecté les termes de l'ordonnance déferée et l'injonction qui lui a été faite par le premier juge et soutient que l'appelante continue à faire la promotion du caractère remboursable des produits d'optique vendus en magasin et à diffuser de la publicité illicite.

L'affaire plaidée le 8 juin 2016 a été mise en délibéré et le secrétaire général de la société Gadol, présent à l'audience, s'est engagé, sur interrogation du président de la chambre, à continuer à communiquer pour informer les opticiens que la campagne institutionnelle 'Objectif 0 dépense' était terminée, précisant qu'une nouvelle campagne publicitaire avait été lancée.

MOTIFS DE LA DECISION

Selon l'article 873 alinéa 1 du code de procédure civile, le juge des référés peut, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

I- Sur la campagne promotionnelle 'Objectif 0 dépense'

1) l'existence d'un trouble manifestement illicite

La société Grandvision soutient que la campagne publicitaire d'Optic 2000 intitulée 'Objectif 0 dépense', par son ampleur, son esprit et sa portée, viole de manière manifeste la réglementation édictée par les articles R.5213-3 du code de la santé publique et L.165-8 du code de la sécurité sociale relative à la publicité des dispositifs médicaux que sont les lunettes et les montures, créant ainsi un trouble manifestement illicite pour les entreprises concurrentes, qu'il convient de faire cesser.

Les produits d'optique sont des dispositifs médicaux relevant des classes I (lunettes correctrices) et IIa (lentilles de contact), pour lesquels il existe une réglementation particulière concernant la publicité de ces produits.

L'article R.5213-1 du code de la santé publique réglemente la publicité auprès du public de ces dispositifs médicaux qui notamment ne doit pas comporter 'de mention selon laquelle le dispositif médical est pris en charge, en tout ou partie, par les régimes obligatoires d'assurance maladie ou par un régime complémentaire'(3°).

L'article L.165-8 du code de la sécurité sociale énonce également que 'la mention, dans la publicité auprès du public (.) que ces produits sont remboursés, même partiellement, par les régimes obligatoires d'assurance maladie ou par un régime complémentaire est interdite', l'information sur les conditions chiffrées de remboursement ne pouvant être donnée que sur le point de vente, lors de la remise d'un devis.

Cette réglementation vise à éviter d'inciter les consommateurs à la dépense au détriment de la collectivité par la charge qu'induisent ces dispositifs médicaux pour les régimes de sécurité sociale.

La publicité en l'espèce critiquée utilise un slogan 'Objectif Zéro Dépense'avec un astérisque qui renvoie à une mention en très petits caractères libellée comme suit :

'Les opticiens Optic 2000, professionnels de la santé, s'engagent à vous proposer une offre adaptée à vos besoins et conforme à votre ordonnance en minimisant autant que possible votre budget optique dans le cadre de la réglementation applicable 'aux contrats responsables' et des partenariats avec les organismes d'assurance maladie. Offre soumise à conditions et à l'acceptation d'un devis en magasin. Conformément à la réglementation en vigueur, votre opticien vous informera individuellement sur le calcul de vos dépenses optiques et dans les conditions qui vous sont applicables sur le lieu de la vente. Janvier 2016. SIREN 326 980 018-RCS Nanterre'.

Elle mentionne l'engagement de 1200 opticiens professionnels de la santé Optic 2000 pour l'accessibilité et la qualité des soins.

La société Grandvision soutient que le message de cette campagne promotionnelle, indépendamment de l'absence d'une mention explicite relative au remboursement par des organismes d'assurance maladie, exprime très clairement l'économie ou l'absence de toute dépense offerte aux clients de l'enseigne, nécessairement liée aux conditions de remboursement 'dans le cadre des partenariats avec les organismes d'assurance maladie', et contrevient donc à la réglementation édictée à l'article L.165-8 du code de la sécurité sociale.

Comme l'indique la société Optic 2000, qui verse aux débats des articles de presse spécialisée, et ainsi que l'a justement relevé le premier juge, cette campagne de communication institutionnelle et nationale vise principalement à proposer aux consommateurs un équipement adapté et de qualité minimisant leur niveau de dépenses ; elle tend à promouvoir un modèle de consommation raisonnée

en soumettant à chacun des clients deux propositions dont une en première intention la moins onéreuse possible.

Elle porte essentiellement sur les engagements précisément listés d'un réseau d'opticiens et non sur un produit ou dispositif médical précis.

Si l'interprétation littérale et stricte que suggère la société Optic 2000 des dispositions légales précitées ne peut être retenue, il n'en demeure pas moins que selon les éléments versés aux débats:

- cette campagne promotionnelle à visibilité nationale n'a pas été contestée par les autorités compétentes, l'ANSM (Agence nationale de sécurité des produits de santé) et l'ARPP (Autorité de régulation professionnelle de la publicité) ; en particulier, l'ARPP qui a pour mission de vérifier la conformité de la publicité aux règles professionnelles et aux réglementations en vigueur a rendu plusieurs avis favorables aux films TV qui ont été diffusés,
- les organismes d'assurance maladie complémentaire interrogés (viamedis, carte blanche partenaires, almerys et mgen) considèrent que cette communication est conforme à la réglementation et vise surtout à une maîtrise des dépenses,
- la référence aux partenariats avec les organismes d'assurance maladie complémentaires renvoie à la possibilité pour les opticiens de nouer des contrats de conventionnement avec des réseaux de soins du marché afin d'optimiser la qualité et de contribuer à une minimisation du budget optique,
- si la consultation 'juridique' du professeur Zambrowski, qui analyse les conditions de l'interdiction posée par l'article L.165-8 et considère que la campagne Optic 2000 ne contrevient pas aux dispositions législatives et réglementaires, est critiquée pour sa valeur par la société Grandvision compte tenu des qualifications médicales de l'intéressé, l'appelante n'apporte cependant aucun élément probant venant contredire l'analyse juridique proposée par une personne qui occupe des fonctions de directeur d'enseignement à l'université Paris Descartes au sein du département 'Droit, politique et économie de la santé'.

Par ailleurs, selon la jurisprudence dont se prévalent les parties, la cour ne peut que constater que le tribunal correctionnel de Strasbourg a condamné le 9 avril 2013 la société Grandvision 'pour avoir réalisé une publicité auprès du public mentionnant que des produits ou prestations peuvent être remboursés par l'assurance maladie ou par un régime complémentaire', la mention illicite étant celle du 'tiers payant' pratiqué et du fait que le consommateur n'avait à régler que les sommes restant à sa charge, et que la cour administrative d'appel de Nancy, dans son arrêt du 1er mars 2016, a confirmé que la mention ' tiers payant mutuelle' apposée sur les vitrines des magasins Optical center et dans ses courriers publicitaires contrevenait aux dispositions réglementaires.

Quelles que soient les opinions divergentes des parties sur la portée de ces décisions produites aux débats, qu'il appartiendra au juge du fond d'apprécier, il est certain que ces décisions font état de l'existence d'une mention explicite relative à la prise en charge ou au remboursement par l'assurance maladie ou un organisme complémentaire, sans se référer simplement au sens de la publicité tel qu'invoqué par la société Grandvision.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que contrairement à ce qui est soutenu par la société Grandvision, le caractère manifestement illicite de la campagne promotionnelle 'Objectif 0 dépense' réalisée par la société Optic 2000 n'est pas suffisamment démontré au regard de la réglementation en vigueur, étant rappelé que le trouble manifestement illicite est défini comme 'toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit', laquelle n'est pas établie en l'espèce.

Aucune mesure de remise en état n'a donc lieu d'être ordonnée à ce titre.

2) l'existence d'un dommage imminent

Outre l'existence d'un trouble manifestement illicite, la société Grandvision se prévaut également de l'existence d'un dommage imminent, indiquant que la campagne a été maintenue malgré les mises en demeure adressées à la société Gadol, qu'elle n'a pas cessé le 29 mars 2016, notamment en ce qui concerne l'affichage public et vitrine, qu'elle présente un caractère permanent.

Le dommage imminent s'entend du dommage qui n'est pas encore réalisé mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer. Le juge apprécie souverainement l'imminence du dommage, à la date à laquelle il prend sa décision.

Le dommage imminent n'est pas plus caractérisé en l'espèce, s'il s'agit d'éviter une violation de la règle de droit dont il a été déjà considéré par la cour qu'elle n'était pas établie.

Sur le principe, la campagne litigieuse a été prévue sur la période du 4 au 29 mars 2016 contrairement à ce qui est soutenu par l'appelante, ainsi qu'en atteste l'agence de conseil publicitaire Business d'Optic 2000, quel que soit le média utilisé.

Il n'est pas discuté qu'au plus tard le 4 avril 2016, la campagne 'Objectif 0 dépense' sur internet et à la télévision ainsi que dans la presse avait cessé.

La société Grandvision soutient qu'elle a continué en revanche à travers l'affichage public et dans les vitrines de nombreux points de vente d'Optic 2000 et ce, dans toute la France, ce qui est démontré par les constats des 21 et 24 avril 2016 et 17 et 18 mai 2016.

Pour autant, l'affichage résiduel constaté à ces dates par l'appelante ne saurait démontrer la volonté de la société Optic 2000 de maintenir cette campagne litigieuse ou de la faire perdurer dans le temps, alors même que celle-ci apporte la preuve que cet affichage résiduel avait cessé à la date du 26 mai 2016.

Il n'existe pas plus à ce jour de risque avéré d'une reprise de cette campagne 'Objectif 0 dépense', puisque la société Optic 2000 justifie que de nouvelles campagnes institutionnelles se sont succédé depuis, notamment les campagnes '100% engagés' et 'Elite'.

Ainsi au jour où la cour statue, l'imminence d'un dommage, dont le principe n'est pas caractérisé, susceptible de se matérialiser par le maintien de la campagne litigieuse ou la reprise à tout instant de cette campagne, n'est nullement avérée.

Sur ce fondement, rien ne justifie donc que des mesures conservatoires soient ordonnées, dans les termes sollicités par la société Grandvision.

3) la demande de provision de la société Grandvision

La société Grandvision se prévaut d'un préjudice lié à la diffusion de la campagne jugée illicite et au détournement de clientèle qui en résulte nécessairement.

La demande sera rejetée, l'obligation à indemnisation imputée à la société Optic 2000 étant sérieusement contestable au sens de l'alinéa 2 de l'article 873 du code de procédure civile, alors même que la violation de la réglementation applicable en matière de publicité pour les produits d'optique reprochée à l'intimée n'est pas démontrée.

II- Sur la demande reconventionnelle de la société Optic 2000

La société Grandvision fait grief au premier juge d'avoir accueilli la demande reconventionnelle de la société Optic 2000 en la condamnant sous astreinte à retirer de ses sites internet et de ses points de vente les mentions illicites 'magasin pratiquant le 1/3 payant' et 'vos droits au remboursement de vos dépenses optiques par la sécurité sociale changent' ainsi que les forfaits de remboursement issus des dernières dispositions légales.

Elle soutient que les mentions litigieuses sont d'une nature exclusivement informative, distinctes d'un message publicitaire à visée promotionnelle, qu'elles visent simplement à informer les clients potentiels que l'établissement pratique le tiers payant et qu'elle leur fournit des informations très générales sur les conditions de remboursement qui ne sont qu'une reprise de données publiques que l'on retrouve sur les sites du ministère de la santé et de l'assurance maladie.

La demande de la société Optic 2000 est fondée en l'espèce sur un affichage en vitrine constaté aux mois d'avril et mai 2016 dans trois magasins Grand Optical et Générale d'optique situés à Paris et en province, et sur les mentions relevées sur les sites internet de la société Grandvision.

* Concernant l'affichage en vitrine de magasins

Les mentions relevées et non contestées sont libellées comme suit : 'magasin pratiquant le tiers payant', 'tiers payant, sécurité sociale et mutuelles', 'le tiers payant par accord avec un grand nombre de mutuelles'.

L'argumentation développée par la société Grandvision qui prétend que la simple mention de 'tiers payant' n'est pas illicite en soi comme ne pouvant s'apparenter à une accroche publicitaire, est contredite par la cour administrative d'appel de Nancy, qui, dans son arrêt rendu le 1er mars 2016 concernant l'enseigne Optical Center, indique, comme l'avait

également énoncé le tribunal administratif de Strasbourg dans son jugement attaqué du 11 février 2014, que l'apposition en vitrine d'un magasin d'optique, visible de l'extérieur, de la mention 'tiers payant mutuelle' contrevient aux dispositions réglementaires, ce que l'enseigne visée avait au demeurant parfaitement admis.

C'est encore sur les constatations contenues dans le procès verbal d'infraction dressé le 5 juin 2012 par la DDPP de Strasbourg (direction départementale de la protection des populations), cette fois-ci à l'égard d'un magasin à l'enseigne Générale d'Optique, que le tribunal correctionnel de Strasbourg, dans son jugement du 9 avril 2013, a sanctionné la société Grandvision pour publicité illicite sur le fondement de l'article L. 165-8 du code de la sécurité sociale, le procès-verbal de constat énonçant que 'faire de la publicité sur le tiers payant montre la volonté (.) de s'approprier de la clientèle par ce biais. De fait, les consommateurs pourraient préférer s'équiper en optique médicale dans un magasin où ils savent par avance que le tiers payant est réalisé (.)'.

Ainsi que le soutient la société Optic 2000, l'affichage en vitrine des magasins d'optique de la seule mention de la pratique du tiers payant par l'établissement suffit à caractériser une pratique manifestement illicite au regard des dispositions en vigueur.

La circonstance que d'autres enseignes concurrentes méconnaissent également les dispositions de l'article L. 165-8 du code de la sécurité sociale, en apposant dans leurs points de vente des mentions de même nature, n'est pas de nature à exonérer la société Grandvision de ses agissements dans le cadre du litige qui l'oppose seulement à la société Optic 2000.

C'est donc à bon droit que le premier juge a considéré que le trouble manifestement illicite allégué par la société Optic 2000 était suffisamment caractérisé, étant de nature à occasionner une distorsion de concurrence avec les autres enseignes.

En revanche, les mesures destinées à faire cesser le trouble constaté doivent être limitées au retrait de l'affichage illicite constaté qui a été maintenu dans seulement deux des trois points de vente visés par la société Optic 2000.

Il sera fait également interdiction à la société Grandvision d'afficher dans les points de vente de ses deux enseignes Grand Optical et la Générale d'Optique toute mention relative à la pratique du tiers payant, et ce, sous astreinte de 5 000 euros par infraction constatée.

Concernant les sites internet

Il n'est pas contesté que les sites internet des deux enseignes de la société Grandvision contiennent une information sur l'évolution du cadre légal et réglementaire de la législation relative à la sécurité sociale et comportent une mention libellée comme suit : 'Vos droits au remboursement de vos dépenses optiques par la sécurité sociale changent', avec une indication sur la page suivante des montants des plafonds de remboursement.

Si la société Optic 2000 se prévaut de la distinction qu'il convient d'opérer entre la mention des 'relations ou partenariats avec les mutuelles' qu'elle utilise et celle du caractère remboursable d'un dispositif médical dans une publicité, telle que directement visée par la

mention 'tiers payant', il résulte cependant du constat d'huissier réalisé par maître Lotte le 20 avril 2016 que la plupart des enseignes d'optique se livrent à cette même information ou pratique, et que la société Optic 2000 elle-même, sur son site internet, communique très largement sur les avantages relatifs aux modalités de remboursement des produits d'optique, précisant notamment: 'l'opticien Optic 2000 vous fera bénéficier du tiers payant pour vous dispenser des avances de frais'.

En considération de ces éléments et alors même que l'accès à ces mentions suppose une recherche active du consommateur et ne s'impose pas à lui avec la même simplicité et la même évidence qu'un affichage en vitrine de magasin, limitant ainsi l'attraction exercée sur la clientèle dans un secteur fortement concurrentiel, la cour considère que le caractère manifestement illicite du trouble dénoncé par la société intimée n'est pas établi et qu'aucune mesure de remise en état n'a lieu d'être ordonnée.

L'ordonnance déferée sera donc infirmée en ce qu'elle a prononcé une condamnation sous astreinte à l'encontre de la société Grandvision au titre des mentions figurant sur les sites internet des enseignes Grand Optical et la Générale d'Optique.

III- Sur les autres demandes

Les parties seront déboutées du surplus de leurs prétentions, notamment quant au prononcé de mesures de publication qui ne se justifient pas au regard des circonstances de l'espèce.

La demande par la société Grandvision de la communication du plan média de la campagne promotionnelle 'Objectif 0 Dépense' sera également écartée, compte tenu du rejet de ses prétentions concernant cette campagne menée par la société Optic 2000.

Enfin aucune considération tirée de l'équité ne commande de faire application en l'espèce des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Les parties seront déboutées de leurs prétentions respectives à ce titre.

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant par arrêt contradictoire et en dernier ressort,

CONFIRME l'ordonnance rendue le 15 avril 2016 en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référé sur la demande principale de la SAS Grandvision France et du chef des condamnations prononcées au titre de l'article 700 du code de procédure civile et des dépens,

L'INFIRME pour le surplus,

STATUANT à nouveau,

FAIT INJONCTION à la société Grandvision France de retirer des deux points de vente Grand Optical situés adresse ... avenue du Général Leclerc à Paris les mentions affichées en vitrine des magasins relatives au tiers payant, et ce, sous astreinte de 5 000 euros par jour de

retard, passé le délai de 8 jours suivant la signification du présent arrêt, ladite astreinte ayant vocation à courir sur une durée de trois mois,

FAIT INTERDICTION à la société Grandvision France d'afficher dans les points de vente de ses deux enseignes Grand Optical et la Générale d'Optique toute mention relative à la pratique du tiers payant, et ce, sous astreinte de 5 000 euros par infraction constatée,

DÉBOUTE la société Groupement d'achat des opticiens lunetiers Gadol de ses demandes relatives aux sites internet des enseignes Grand Optical et la Générale d'Optique,

DIT n'y avoir lieu à ordonner des mesures de publication,

DIT n'y avoir lieu à référé sur le surplus des demandes,

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

DIT que les dépens seront supportés par la société Grandvision et qu'ils pourront être recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Arrêt prononcé publiquement 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 et signé par Monsieur Jean-Michel SOMMER, président et par Madame Agnès MARIE, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Le greffier

Le président,