

Droit de la publicité

Mai 2013 - mai 2014

L'année a été assez animée dans le domaine du droit de la publicité. On peut mettre en avant les décisions rendues sur le terrain des pratiques commerciales déloyales, ce qui n'est pas surprenant, compte tenu à la fois de l'importance des dispositions concernées et de leur relative nouveauté. Les décisions concernant les agissements de concurrence déloyale et parasitaire méritent également d'être évoquées, que ce soit en raison des principes retenus ou des sanctions prononcées. Notons également une nouvelle résistance des juges du fond face à la Cour de cassation dans le domaine de la publicité des alcools, en formant le vœu que cette résistance, fondée sur le constat qu'il est impossible de reprocher à une publicité d'être incitative, constitue une voie dans laquelle les tribunaux s'inscriront sans ambiguïté.

I. LA RÉGLEMENTATION GÉNÉRALE

1.1. Pratiques commerciales déloyales

1.1.1. Les textes émanant de l'Union européenne ne sont pas toujours d'une clarté limpide. On a déjà beaucoup écrit sur la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales. La jurisprudence française semblait assez clairement fixée pour estimer que, dans tous les cas, la démonstration de l'existence d'une pratique commerciale déloyale, y compris les pratiques trompeuses ou agressives visées par les articles L. 121-1 et L. 122-11 du Code de la consommation, impliquait la preuve de l'existence des deux critères de l'article L. 120-1, à savoir : non-respect des exigences de la diligence professionnelle et altération substantielle du comportement économique des consommateurs.



Cette analyse est remise en cause par un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 septembre 2013¹. Dans cette affaire, une agence de voyages autrichienne spécialisée dans l'organisation de vacances à la neige pour des groupes scolaires en provenance du Royaume-Uni avait publié une brochure faisant état d'hébergements exclusifs au sein de certains établissements. Cependant, ces établissements avaient ensuite signé des accords avec une société concurrente en violation des engagements souscrits avec la première. La société concurrente avait alors engagé une procédure sur le fondement de pratiques commerciales trompeuses. L'auteur de la publicité avait obtenu gain de cause en référé et en appel au motif que l'indication trompeuse

n'était pas de son fait et qu'elle avait respecté les exigences de la diligence professionnelle. La CJUE considère qu'il s'agit d'une application inexacte du droit européen. Elle estime, au terme d'une analyse mot à mot de la directive que, dans l'hypothèse d'une pratique commerciale trompeuse ou d'une pratique commerciale agressive qui font l'objet d'articles spécifiques au sein de la directive (art. 6 par. 1 et art. 5 par. 2 sous a.), la condition générale de réunion des deux critères rappelés ci-dessus n'est pas nécessaire. Il suffit de constater l'existence d'affirmations trompeuses susceptibles d'altérer le choix économique des consommateurs sans avoir besoin d'établir la violation des exigences de la diligence professionnelle.

Cette appréciation va ouvrir la voie à de nombreux débats qui en France seront d'autant plus intéressants que certains des points de la directive visés par la CJUE n'ont pas été transposés dans notre Code de la consommation et que, dans les affaires pénales tout au moins, la question de l'élément moral (souvent proche de la notion de respect des exigences de la diligence professionnelle) continuera de se poser.

Sommaire

- P. 314** I. La réglementation générale
- 1.1. Pratiques commerciales déloyales
 - 1.2. Droits d'auteur
 - 1.3. Marques
 - 1.4. Concurrence déloyale et parasitisme
 - 1.5. Droit à l'image / Vie privée
- P. 317** II. Les réglementations spécifiques
- 2.1. Alcool
 - 2.2. Tabac
 - 2.3. Loteries

Le signe  indique que le document est accessible in extenso sur www.legipresse.com

1. CJUE, 1^{re} chambre, 19 septembre 2013 (C-435/11).

1.1.2. La Cour de justice de l'Union européenne a été interrogée sur la possibilité, au vu de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, pour une disposition nationale de prévoir une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte. En pratique, il s'agissait de magasins belges procédant à la vente d'appareils photographiques à un prix inférieur à leurs prix d'achat, pratique interdite par la loi belge. La CJUE se préoccupe tout d'abord de savoir si l'interdiction de revente à perte poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs ou si elle vise juste à réguler les relations entre professionnels. En effet dans ce dernier cas, la directive sur les pratiques commerciales déloyales ne serait pas applicable.

Après avoir constaté que la protection des consommateurs était bien en cause, la Cour² constate que l'offre de vente à perte de biens ou la vente à perte elle-même constituent des pratiques commerciales, dès lors que la directive en donne une formulation particulièrement large et que de telles actions « ont pour objectif d'attirer les consommateurs dans les locaux commerciaux d'un commerçant et d'inciter lesdits consommateurs à procéder à des achats. Elles s'inscrivent donc dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opérateur et visent directement la promotion et l'écoulement des ventes de celui-ci ». Une fois ces constatations effectuées, la Cour en déduit logiquement que de telles pratiques ne figurant pas parmi les 31 nécessairement réputées déloyales, elles ne sauraient être interdites en toutes circonstances, mais seulement à l'issue d'une analyse spécifique permettant d'en établir le caractère déloyal.

1.1.3. Un litige opposait la société Darty à un consommateur ayant procédé à l'acquisition d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés qui, ayant refusé de souscrire au contrat de licence de ces logiciels lors de la mise en service de l'ordinateur, avait vainement sollicité le remboursement du prix desdits logiciels. La juridiction de proximité l'avait débouté au motif qu'il était un membre actif d'une association ayant pour but de lutter contre les ventes liées de logiciels et le gérant d'une société dont l'activité était directement liée aux systèmes et produits informatiques. Elle en avait déduit qu'il n'était pas un consommateur moyen au sens de l'article 7 de la directive. Ce texte prévoit qu'une omission est trompeuse lorsqu'un professionnel « omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause... ». La Cour de cassation³ casse le jugement attaqué au motif que « l'existence d'une omission trompeuse au sens de l'article 7 de la Directive doit être appréciée au regard d'un consommateur moyen, sans avoir égard aux qualités propres du consommateur ayant conclu le contrat litigieux ».

1.1.4. Sur le même thème, un deuxième arrêt de cassation⁴ vient d'être rendu dans une affaire portant sur l'achat d'un ordinateur équipé de la marque Lenovo pour un prix global de 597 €. L'acheteur se plaignait d'une vente subordonnée. La décision de la juridiction de proximité avait été cassée par

la première chambre civile le 15 novembre 2010⁵. La Cour de cassation reprochait au juge de proximité de ne pas avoir examiné l'affaire au regard des nouvelles dispositions résultant de la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales. Après la décision d'un second juge de proximité ayant cette fois condamné Lenovo, la première chambre civile de la Cour de cassation, qui était à nouveau saisie, a rendu un second arrêt de cassation. Elle retient une erreur du juge de proximité qui a considéré que Lenovo avait exigé le paiement de produits fournis au demandeur sans qu'il les ait demandés alors que ce dernier avait délibérément acquis l'ordinateur avant de solliciter le remboursement du prix des logiciels dont il connaissait l'installation préalable. La Cour reproche également au juge de proximité de ne pas avoir constaté l'impossibilité pour l'acheteur de se procurer un ordinateur « nu » identique auprès de Lenovo. Notons que cet arrêt est rendu au visa de l'article L. 122-1 du Code de la consommation interprété à la lumière de la directive précitée.

1.1.5. Le Parlement européen⁶ a pris le 4 février 2014 une résolution sur l'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales. Parmi les 29 points relevés, retenons que le Parlement qui, de façon générale, se félicite de l'efficacité du dispositif législatif mis en place par la directive :

- estime que les sanctions appliquées à la suite d'un non-respect de la directive ne devraient jamais être inférieures au bénéfice réalisé grâce à une pratique jugée déloyale ou trompeuse ;
- insiste sur le fait que la Cour de justice a indiqué que le principe d'harmonisation maximale implique que les ventes subordonnées et les autres promotions commerciales qui sont traitées par la Cour comme des pratiques commerciales déloyales et qui ne font pas partie de la liste « noire » de l'annexe 1, ne peuvent être interdites au cas par cas ;
- souligne que la Commission devrait préciser dans le cadre de la révision du document d'orientation dans quels cas précis les ventes subordonnées et les autres promotions commerciales devraient être considérées comme illégales,
- et appelle la Commission à réfléchir à la nécessité d'une nouvelle proposition législative spécifiquement consacrée aux promotions commerciales.

1.2. Droits d'auteur

1.2.1. Les ayants droit de l'illustrateur René Gruau ont poursuivi les auteurs d'une campagne promotionnelle en faveur d'un hôtel dont les images montraient une suite à l'intérieur de laquelle se trouvaient deux laques de René Gruau. Les défendeurs soutenaient qu'il s'agissait d'une représentation accessoire, l'objet de la publicité étant la mise en avant des chambres et suites de l'hôtel. Le tribunal de grande instance de Paris⁷ fait une distinction selon les photos. Lorsque l'œuvre « est particulièrement mise en valeur et constitue l'essentiel de l'image... (le) sujet central et dominant de la prise de vue » où elle ne constitue pas « une inclusion fortuite », le tribunal condamne les responsables de la

2. CJUE, 6^e chambre, 7 mars 2013, C-343-12.

3. Cass. Civ. 1^{re}, 22 janvier 2014.

4. Cass. Civ. 1^{re}, 5 février 2014, pourvoi 12-25748.

5. Voir notre Synthèse « Droit de la Publicité » (mai 2010-mai 2011), *Légipresse* n° 283 mai 2011, page 324.

6. Résolution du Parlement européen du 4 février 2014 sur l'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales (2013/2116(INI)).

7. TGI Paris, 3^e Ch. 4^e Section, 12 septembre 2013 (RG 11/03826).

publicité. En revanche, pour les images dans lesquelles l'œuvre « constitue l'un des multiples éléments du décor et... n'est pas spécialement mise en valeur », elle est considérée comme accessoire et sa reproduction est donc possible.

1.2.2. Les sociétés commercialisant des cigarettes sous l'accroche « Révolution Che Guevara » illustraient leurs paquets avec une photo de ce dernier qui constituait une adaptation de la célèbre photographie réalisée par Korda qui fait l'objet d'une très grande notoriété. Les ayants droit de Korda ont poursuivi les responsables de cette diffusion et ont obtenu leur condamnation⁸. Notons qu'au titre du droit moral, le tribunal a constaté que « l'accentuation des contrastes et l'ajout (d'un) slogan constitue une dénaturation de l'œuvre », ce qui n'est guère surprenant. Les défenderesses soutenaient être de bonne foi au motif qu'elles auraient téléchargé la photo à partir d'un site internet canadien qui se déclarait libre de tous droits. Le tribunal rappelle bien entendu que la bonne foi n'est pas un élément constitutif de la contrefaçon. Ce peut être le moment de rappeler le danger de l'achat de ces images prétendument libres de droits.

1.3 Marques

1.3.1. Une entreprise avait déposé à titre de marques des visuels représentant des affiches publicitaires du début du siècle dernier, les dépôts visant notamment les boîtes et panneaux décoratifs, calendriers, plateaux et vaisselle... Se plaignant de l'utilisation des visuels concernés par une entreprise concurrente, le déposant a engagé une procédure. La cour d'appel de Paris⁹ rejette sa demande en rappelant que si une œuvre de dessin ou de peinture peut être appropriée à titre de marque (le fait qu'il s'agissait d'affiches initialement créées par des tiers ne semble pas avoir été l'objet du débat), ce n'est que dans le respect des règles habituelles en la matière, à savoir que la marque puisse garantir l'identité d'origine des produits concernés, et que le signe ne soit pas exclusivement décoratif. En l'occurrence, la cour relève que les affiches apposées sur les différents objets « ne seront pas regardées par le consommateur ou l'utilisateur final comme un signe de reconnaissance permettant d'identifier la provenance de ces produits et de les rattacher à une même entreprise mais exclusivement comme un élément de décoration ».

1.3.2. Le tribunal de grande instance de Paris¹⁰ était saisi d'une nouvelle affaire dans laquelle un industriel se plaignait du dépôt d'une marque identique à la sienne pour une marque de tabac. Plus précisément, la société Manitou BF, fabriquant de matériel de travaux publics, critiquait le dépôt d'une marque française et d'une marque communautaire « Manitou Organic » par la société de droit allemand Manitou Tobacco GmbH pour désigner divers produits du tabac. Conformément à une jurisprudence dorénavant constante, le tribunal prononce la nullité de la marque « Manitou Organic » et condamne la déposante de cette marque à des dommages et intérêts. Sa motivation est fondée sur l'impossibilité pour le premier déposant d'exploiter pleinement son droit de propriété sur sa marque, notamment en raison du risque que lui ferait courir toute exploitation publicitaire qui

pourrait être considérée comme une publicité indirecte en faveur du tabac. On peut noter que le tribunal rejette les arguments de la défenderesse tenant au fait que :

- les produits de Manitou BF étaient commercialisés avant le 1^{er} janvier 1990 et pouvaient donc bénéficier de l'exception prévue à l'article L. 3511-4, alinéa 2 du Code de la santé publique ;
- les textes du Code de la santé publique ne concerneraient que les produits d'usage courant.

Le tribunal constate à cet égard simplement que ces textes ne font aucune distinction selon la nature des produits dont il est question.

1.4 Concurrence déloyale et parasitisme

1.4.1. Le tribunal de commerce de Paris¹¹  continue d'être très généreux vis-à-vis de la société Free. Après les 20 millions d'euros auxquels Bouygues Télécom a été condamnée l'an passé¹², c'est Numericable qui se voit cette année sanctionnée à hauteur de plus de 6 millions d'euros. Il a été estimé que les annonces diffusées en ligne par Numericable sur le thème « La révolution du mobile » relatives à une offre *box triple play* étaient parasitaires, car créant une confusion vis-à-vis de Free, et plus particulièrement de son offre Free Box Revolution. Pour déterminer le préjudice, le tribunal retient la même méthode que celle utilisée dans l'affaire *Bouygues Télécom*. Il admet que Free est « le trublion des télécoms » et que cette place lui semble définitivement réservée, puis prend pour base « la différence entre le nombre d'abonnements sur le mois de communication de Numericable pour multiplier ce nombre par la valeur financière d'un abonné Free. » On peut une nouvelle fois s'interroger sur l'exactitude d'un tel raisonnement qui présuppose que Free aurait une sorte de droit acquis à apparaître comme le seul trublion de ce secteur et que Numericable serait, du fait de ses annonces publicitaires, le seul responsable de la diminution du nombre d'abonnés de Free.

1.4.2. Andros utilise depuis de nombreuses années un procédé publicitaire consistant à promouvoir un produit à base de fruits au moyen d'un fruit revêtu d'une étiquette reproduisant sa marque. Ayant constaté qu'une publicité de Tropicana se terminait par une image de même nature, Andros a poursuivi Pepsico, société commercialisant Tropicana. Contrairement au tribunal de commerce de Nanterre, la cour d'appel de Versailles¹³ fait droit à cette demande. Pour sa défense, Pepsico soutenait un certain nombre d'arguments, au premier rang desquels le fait qu'une idée publicitaire ne pouvait être protégée en tant que telle, étant de libre parcours.

La cour, après avoir relevé qu'il n'était pas nécessaire qu'une idée soit originale au sens de l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle pour être protégée, la demande d'Andros ne portant pas sur le droit d'auteur, fixe le principe selon lequel « la reprise d'une idée publicitaire d'un concurrent, arbitraire et distinctive à l'égard de ses produits, peut constituer un acte de concurrence déloyale, si est caractérisé, au regard des dispositions de l'article 1382 du Code civil, un comportement fautif par la création d'un risque

8. TGI Paris, 3^e Chambre, 2^e Section, 8 novembre 2013, RG 12/08364..

9. CA Paris, Pôle 5, Ch. 1, 12 juin 2013 (RG 11/05520)

10. TGI Paris, 3^e Ch. 4^e Sect. 27 juin 2013 (RG 2012/10715) – *PBD* n° 994.III.1565.

11. T. com. Paris, 15^e Chambre, 13 décembre 2013, *LP* n° 312-17.

12. Voir notre Synthèse « Droit de la Publicité » (mai 2012-mai 2013), *Légipresse* n° 305 mai 2013, page 317.

13. CA Versailles, 12^e Chambre, 18 février 2014 (RG 12/07318).

de confusion dans l'esprit de la clientèle sur l'origine des produits, préjudiciable à l'exercice paisible et loyal du commerce ».

Après avoir constaté qu'il était fréquent pour des fabricants de fruits de mettre une étiquette sur leurs produits, la cour estime qu'il s'agit d'une idée très distincte de celle utilisée par Andros qui n'est pas producteur de fruits, mais d'un produit fini utilisant des fruits et que, dans ce cadre, elle serait la seule à procéder de la sorte, et ce depuis 1988. La cour estime que les différences de fond entre les deux films publicitaires sont inopérantes et que le fait même des différences entre les deux marques apposées sur un fruit (Andros dans un cas, Tropicana dans l'autre) n'empêchait pas le risque de confusion « *produit par les ressemblances des visuels dans l'esprit du consommateur raisonnablement attentif et avisé* ». Au regard de la relative modestie créative de l'idée dont il était question, cette appréciation peut paraître sévère.

1.4.3. La Fédération française de tennis (FFT) se plaignait de la diffusion d'une publicité dans laquelle le véhicule Volkswagen Eos était représenté sur un court de tennis en terre battue qui, bien que flouté, reprenait les principales caractéristiques du court central de Roland-Garros. Cette publicité était diffusée sur l'application iPhone Roland-Garros (non gérée par la FFT). Le tribunal de grande instance de Paris¹⁴  a condamné Volkswagen pour parasitisme en retenant que le fait « *de diffuser un visuel représentant un court de tennis en terre battue pendant le Tournoi de Roland-Garros... au surplus sur l'application iPhone Roland-Garros... caractérise la volonté de la société Volkswagen de se rattacher à l'image que véhicule cet événement, le consommateur voyant ce visuel ne pouvant raisonnablement imaginer qu'il s'agisse d'un autre court de tennis que celui de Roland-Garros.* » Pour le tribunal, Volkswagen s'est ainsi inscrit dans le sillage du Tournoi afin de profiter de son prestige et de sa forte audience.

1.4.4. La société Winamax organisait sur un site de poker en ligne un tournoi payant dont le gagnant devait recevoir, en plus d'une somme de 50 000 €, un séjour à Cannes pour deux personnes pendant le Festival comprenant notamment la possibilité de gravir les marches du Palais des festivals et d'assister à une projection officielle d'un film en compétition pour la Palme d'or. L'Association française internationale du festival du film (AFFIF) l'a poursuivie se plaignant de concurrence déloyale et d'agissements parasitaires. Le tribunal de grande instance de Paris¹⁵ constate qu'en l'absence de toute situation concurrentielle entre les parties, il ne saurait y avoir de concurrence déloyale. En revanche, elle sanctionne Winamax pour parasitisme en constatant qu'elle a tiré profit pour promouvoir son tournoi de la notoriété du Festival de Cannes ainsi que de son caractère exclusif et exceptionnel, ce qui était de nature à augmenter le nombre de participants à son tournoi. Pour le tribunal, Winamax a ainsi « *tiré indûment profit des investissements réalisés par l'AFFIF pour l'organisation du Festival de Cannes, ce qui caractérise un comportement parasitaire* ».

1.5. Droit à l'image / Vie privée

1.5.1. Un comédien, dont l'image était largement utilisée dans

une campagne publicitaire en faveur de l'opérateur téléphonique NRJ Mobile, se plaignait de diffusions allant au-delà des droits qu'il avait cédés. L'agence de publicité soutenait que pour les utilisations concernées, elle avait bénéficié d'une autorisation verbale dont elle avait pris acte par un courrier électronique de confirmation. Le tribunal de grande instance de Paris¹⁶ admet l'argumentation de l'agence en retenant que l'accord pour la diffusion du visuel concerné résultait suffisamment des échanges intervenus entre les parties, quand bien même n'existait aucun document écrit émanant du mannequin ou de son agence pour confirmer l'accord intervenu. Cette décision peut être rapprochée de celles rappelant que le droit à l'image n'est pas soumis aux obligations formelles du droit d'auteur, mais au régime général des obligations¹⁷.

1.5.2. La question du droit à l'image des biens qui semblait faire l'objet d'une jurisprudence stabilisée ne sanctionnant que dans l'hypothèse d'un préjudice particulier subi par le propriétaire, connaît un nouveau développement en droit administratif. Si un jugement du tribunal administratif d'Orléans¹⁸ avait retenu que la reproduction dans une publicité du château de Chambord n'était pas interdite, le Conseil d'État¹⁹  semble reconnaître le droit pour l'administration de s'opposer à la prise de vue de biens appartenant au domaine public mobilier, tels que par exemple les collections des musées. Ainsi existerait-il, si cette jurisprudence devait être confirmée, des statuts différents quant au droit des propriétaires sur l'image de leurs biens selon qu'il s'agirait de biens publics ou privés.

II. LES RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES

2.1. Alcool

2.1.1. Dans la lignée de l'affaire *Jameson*²⁰, la cour d'appel de Versailles résiste à la Cour de cassation dans une affaire concernant le Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux (CIVB). Rappelons que ce dernier était poursuivi pour avoir fait diffuser une campagne présentant des membres de la filière vitivinicole bordelaise, jeunes et en tenues de ville, tenant à la main des verres de différentes appellations de la région. Alors que la cour d'appel de Paris avait admis la validité de cette campagne, la Cour de cassation avait cassé son arrêt dans des conditions qui nous avaient semblé critiquables dès lors qu'elle n'indiquait pas en quoi les visuels attaqués n'étaient pas conformes à l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique et qu'elle reprochait à cette publicité son caractère incitatif²¹.

La cour d'appel de Versailles²²  rejette, comme l'avait fait la cour d'appel de Paris, la demande de l'Association nationale

14. TGI Paris, 3^e Ch. 2^e Section, 8 février 2013 (11/08731), LP n° 307-17.

15. TGI Paris, 3^e Ch. 3^e Section, 7 juin 2013 (RG 11/07892), LP n° 316-21.

16. TGI Paris, 17^e Ch-Presses Civiles, 23 septembre 2013 (12/14445).

17. Voir notre Synthèse « Droit de la publicité (mai 2012-mai 2013) », *Légipresse* n° 305, mai 2013, p. 318.

18. Voir notre Synthèse « Droit de la publicité (mai 2011-mai 2012) », *Légipresse* n° 294, mai 2012, p. 330.

19. CE (8^e et 3^e sous-sections réunies), 29 octobre 2012, Commune de Tours, *Légipresse* n° 303, p.168 – Note Guillaume Lécuyer.

20. Voir notre Synthèse « Droit de la publicité (mai 2012-mai 2013) », *Légipresse* n° 305, mai 2013, p. 319.

21. Voir notre Synthèse « Droit de la publicité (mai 2011-mai 2012) », *Légipresse* n° 294, mai 2012, p. 330.

22. CA Versailles, 3^e Ch., 3 avril 2014 (RG 12/02102), LP n° 316-19.

de prévention en alcoologie et addictologie (ANPAA). Elle rappelle tout d'abord ce principe essentiel qui est parfois oublié par les juridictions : « *Il résulte du texte susvisé que la publicité en faveur d'une boisson alcoolique demeure en principe licite, la loi se bornant dans un but de prévention d'une consommation excessive, à en limiter ses modalités. Or, par nature toute publicité ne peut avoir comme objectif que de modifier le comportement de son destinataire en provoquant l'achat du produit présenté, soit en provoquant le désir d'acheter et de consommer. La présentation du produit à promouvoir suppose donc que ce dernier, et sa consommation, soient présentés sous un jour favorable et de façon attractive, la créativité des annonceurs étant seulement encadrée et non totalement muselée* ». Par conséquent, la cour rappelle que l'ANPAA est mal fondée à soutenir que toute évocation en termes positifs de la consommation de vin tomberait sous le coup de la loi et constate qu'en l'espèce les visuels sont clairement ceux de professionnels ayant des verres à demi pleins à la main, sans référence à la convivialité, seule l'idée de dégustation, en petite quantité, par des professionnels étant suggérée. La cour admet, comme l'avait fait celle de Paris, que l'impression de plaisir se dégageant de l'ensemble des visuels « *ne dépasse pas ce qui est nécessaire à la promotion des produits et inhérent à la démarche publicitaire proprement dite* ».

Qu'il soit permis de saluer cette décision qui nous semble faire la seule analyse possible de la loi Évin sans faire prévaloir de prétendus critères moraux sur la simple application du texte de la loi qui, à cet égard au moins (la publicité reste autorisée), est sans ambiguïté.

2.1.2. Dans l'affaire « *Un Ricard. Des rencontres* »²³, la Cour de cassation²⁴  a rejeté le pourvoi formé par la société Ricard. Elle adopte le raisonnement de la cour d'appel sur le double sens du slogan constituant une incitation directe à consommer du Ricard dans le but de vivre des moments de convivialité. Elle estime de surcroît que la possibilité de partager une recette sur son mur Facebook entraînait l'apparition de messages de nature intempesive, inopinée et systématique sur les ordinateurs des « amis » de la personne concernée. La Cour de cassation estime sans doute (elle ne s'en explique pas) que ces critères – qui sont au demeurant factuellement contestables – suffisent à caractériser le caractère intrusif de cette publicité. Elle ajoute que l'envoi des messages par un internaute et non par un annonceur ne leur fait pas perdre leur caractère publicitaire²⁵.

2.1.3. La question de l'utilisation de Facebook a également été soulevée à l'encontre de Heineken poursuivie en référé simultanément à Facebook France du fait des éléments diffusés sur ses pages Heineken et Desperados. Le juge²⁶ a mis hors de cause Facebook France à défaut de tout rôle dans la création et la diffusion des pages concernées. Concernant Heineken, le juge a tout d'abord admis que les éléments publicitaires poursuivis

se rapportaient à la composition et aux qualités olfactives et gustatives du produit, aux lieux où les bières étaient distribuées, aux terroirs de production, aux distinctions obtenues... c'est-à-dire autant d'éléments permis par l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique. Sur le point de l'utilisation de Facebook, le juge ne suit pas le raisonnement de la Cour de cassation visé ci-dessus et après avoir rappelé que ce réseau est fréquenté par 87 % de majeurs et constaté que les mineurs ne pouvaient accéder sur les pages Heineken, compte tenu du filtre d'âge mis en place, il a estimé que « *l'utilisateur de Facebook ne peut pas recevoir des messages qu'il n'a pas sollicités* » et qu'en conséquence, la publicité sur ce site ne saurait être intrusive.

Cette analyse paraît ressortir de la logique liée au fonctionnement même de Facebook sur lequel les membres s'inscrivent précisément dans le but de recevoir des informations sur les activités de leurs amis, informations qu'il est dès lors difficile de considérer comme intrusives.

2.1.4. L'éditeur de *Paris Match* et le propriétaire et le distributeur du champagne Moët & Chandon étaient poursuivis du fait de la publication dans le magazine d'articles rédactionnels consacrés à Scarlett Johansson présentant des images d'une campagne internationale de publicité dans laquelle elle apparaît en qualité d'égérie de Moët pour le monde (à l'exception de la France pour cause de loi Évin). Le tribunal de grande instance de Paris²⁷  sanctionne *Paris Match* au motif que « *la loi n'exclut pas les articles rédactionnels de la définition des publicités et n'exige pas que celles-ci aient un caractère onéreux pour la marque qui en est l'objet* ». Rappelons que la loi Évin ne vise que la publicité et que la définition qui en est ainsi donnée par le tribunal est très excessive, un article rédactionnel non sollicité et non rémunéré par un annonceur ne pouvant entrer dans cette catégorie. Cette décision a d'ailleurs amené des sénateurs à déposer une proposition de loi²⁸. Il est notamment appelé dans la motivation de cette proposition que le texte « *a bien été conçu pour s'appliquer à la publicité proprement dite et que son extension à la parution d'articles rédactionnels, dépourvus de toute contrepartie financière, pourrait constituer une entrave injustifiée à la liberté d'expression* ».

2.1.5. Heineken était poursuivie pour avoir diffusé une bouteille dont le design avait été créé par l'artiste Ed Banger. Cette bouteille fluorescente comportait un certain nombre de mentions en anglais dont on peut penser qu'elles dépassaient ce qu'autorise l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique. C'est ce qu'a décidé le juge des référés²⁹  en constatant que les textes de la bouteille n'avaient aucun lien avec ce que permet cet article et que « *le dialogue mis en scène n'a d'autre but que d'inciter à l'achat et à la consommation du produit* ». Si sur le fond la sanction de mentions sans lien avec l'article L. 3323-4 est parfaitement justifiée, la référence faite par le juge au caractère incitatif de cette publicité doit être critiquée une nouvelle fois : on ne peut reprocher à une publicité d'être incitative et, en la faisant, une

23. Voir notre Synthèse « Droit de la publicité (mai 2012-mai 2013) », *Légipresse* n° 305, mai 2013, p. 319.

24. Cass. Civ. 1^{re}, 3 juillet 2013, pourvoi n° Z12-22.633, *Légipresse*, n° 309, p. 555.

25. Voir, pour une analyse plus détaillée de cette décision et de la suivante, Éric Andrieu et Frédéric Gras « La France partagée entre culture de la treille et culture de l'interdit » (*Légipresse* n° 309, octobre 2013, p. 554).

26. TGI Paris, Réf. 20 février 2014, RG 13/59661.

27. TGI Paris, 5^e Ch. 2^e Section, 21 mars 2013 (11/03234), *LP* n° 308-22.

28. JO, S, Doc n° 727, Sess. Extraord. 2012-2013, Proposition de loi tendant à faire la distinction entre publicité et article de presse rédactionnel en matière d'information sur les vins, pages 4 et 5.

29. TGI Paris, Réf. 18 juillet 2013, RG 13/55345, *LP* n° 309-24.

juridiction va au-delà de l'intention du législateur et du texte de la loi qui ont autorisé – même avec des réserves – la publicité en faveur des alcools.

2.1.6. L'ANPAA reprochait à Taittinger³⁰ d'avoir fait publier dans la presse des annonces sous les accroches « *Taittinger déjà qualifié pour le Brésil* », puis « *Bravo les Bleus ! quand les ballons pétillent* », et ce à l'occasion des matches de qualification de l'Équipe de France de football pour la Coupe du monde devant se disputer au Brésil. L'objectif de l'annonceur était de faire connaître son statut de fournisseur officiel de cette Coupe du monde. Le juge a constaté que les textes poursuivis (outre les accroches visées ci-dessus, diverses références à la Coupe du monde) ne figuraient pas dans la liste des éléments autorisés par l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique et a donc alloué une provision à l'ANPAA.

Notons qu'une nouvelle fois le juge a estimé que les mentions poursuivies étaient particulièrement incitatives et que « *cette incitation constitue un trouble manifestement illicite* », ce qui constitue une motivation difficilement acceptable pour les raisons exprimées ci-dessus. Relevons que l'ANPAA critiquait également la présence d'une communication de même nature sur le site internet www.fifa.com. Le juge a estimé que ce texte étant rédigé en anglais sur le site visé ci-dessus et non sur sa version www.fr.fifa.com, seul dédié au public français, le caractère illicite du trouble allégué n'était pas manifeste et ces demandes ont donc été rejetées.

2.2. Tabac

2.2.1. Un industriel du tabac, BAT, avait fait diffuser sur les plages des cendriers jetables sur lesquels figuraient les références du site www.batfrance.com. Le tribunal de grande instance de Paris puis la cour d'appel³¹ avaient rejeté les poursuites de l'association Les Droits des non fumeurs après avoir constaté que les cendriers avaient été distribués dans un contexte précis de protection de l'environnement et qu'aucune mention valorisante ou incitative en faveur de l'une des marques commercialisées par BAT n'y était reproduite. La cour avait également noté que la référence au site institutionnel de BAT France ne pouvait être associée à une marque de cigarettes, aucune des marques commercialisées par ce groupe n'étant constituée des termes BAT. La Cour de cassation³² www, estimant que la cour d'appel avait justifié sa décision, rejette le pourvoi.

2.2.2. BAT avait mis en œuvre une campagne sous l'accroche « *Fausse cigarette. Vrai risque. Et vous où achetez-vous vos cigarettes ?* » attirant l'attention sur les risques liés à la distribution de cigarettes contrefaites. La cour d'appel de Versailles³³ sanctionne BAT en considérant que cette campagne pouvait laisser entendre que les produits vendus par l'annonceur présenteraient un moindre risque, notamment pour la santé et qu'il s'agissait de valoriser son image, et par là même, de favoriser la vente de tabac à son bénéfice.

2.2.3. La chambre criminelle était saisie d'un dossier dans lequel le Comité national contre le tabagisme (CNET) poursuivait la société Altadis Distribution France (ADF), chargée de la distribution des produits du tabac auprès des débiteurs, en raison de la présence de mentions considérées comme publicitaires à l'intérieur des paquets de certaines marques. La cour d'appel avait rejeté cette demande en raison de l'emplacement des textes publicitaires à l'intérieur des produits, mentions non visibles de l'extérieur dont il n'était pas établi qu'ADF avait sciemment eu connaissance. La Cour de cassation³⁴ www casse cet arrêt en retenant « *que la mauvaise foi du distributeur se déduit d'un défaut de vérification du produit, notamment de sa conformité aux règles en vigueur en matière de santé publique* ».

En un mot, pour la Cour de cassation, l'élément moral est très élargi et le distributeur ne doit pas s'arrêter à l'apparence d'un produit, mais doit en vérifier également le contenu. On peut s'interroger sur la portée de cette décision et des démarches devant être accomplies par le distributeur. Sa responsabilité pourrait-elle être mise en cause si les produits sont défectueux et qu'il n'en a pas vérifié la qualité ?

2.2.4. Le CNET poursuivait l'INPI pour avoir enregistré trois marques déposées par des industriels du tabac (« *Gauloises Blondes. Liberté toujours* », « *Pall Mall, famous American cigarette* » ou « *Lucky Strike. Luckies. An American Original* »). Selon le CNET, il s'agissait de publicités illicites en faveur du tabac. Le CNET avait été débouté de son action par la cour d'appel et son pourvoi est rejeté par la Cour de cassation³⁵ www. La chambre criminelle retient que les dispositions de la loi Évin n'affectent pas dans son existence le droit de propriété d'une marque, mais sont susceptibles de l'affecter dans son exercice. Il n'y a pas d'interdiction spécifique quant au choix des marques à déposer dont la vocation première est de distinguer des produits ou des services, la fonction publicitaire n'étant qu'optionnelle. Il ne revenait pas à l'INPI de préjuger des usages que les déposants feraient de leurs marques.

Cet arrêt est intéressant dès lors qu'il peut mettre un frein aux interprétations très larges des tribunaux pour lesquelles toute mention figurant sur un paquet de cigarettes est susceptible d'être publicitaire. Tel ne devrait pas être le cas de la marque.

2.3. Loteries

2.3.1. Notons, tout d'abord, l'entrée en vigueur de la loi du 17 mars 2014 dite Loi Hamon.³⁶ Dans le domaine des loteries promotionnelles ses conséquences sont les suivantes :

- toutes les loteries promotionnelles dépendront maintenant du Code de la consommation et non du Code de la sécurité intérieure dans lequel avaient notamment été codifiées les dispositions de la loi du 21 mai 1836 ;
- la possibilité d'organiser des loteries avec obligation d'achat y est rappelée, sous réserves de respecter les dispositions de l'article L. 120-1 du Code de la consommation (respect des exigences de

30. TGI Paris, Réf. 16 janvier 2014, RG 13/59665.

31. CA Paris, 14 mars 2012.

32. Cass. Crim. 23 avril 2013, n° J12-82327, LP n° 308-24.

33. CA Versailles, 9^e Ch. 12 septembre 2013 (13/00095).

34. Cass. Crim. 21 janvier 2014, H13-80.075, LP n° 313-23.

35. Cass. Crim. 7 janvier 2014, 13-800073, *Légipresse* n° 314, mars 2014, page 138

36. Éric Andrieu : « Loi Hamon : nouvelle réglementation des loteries promotionnelles », *Légipresse* n° 315, p. 245.

la diligence professionnelle et absence d'altération substantielle du comportement économique des consommateurs);

- les loteries promotionnelles peuvent impliquer des frais de participation, à condition qu'ils ne soient pas surtaxés, qu'ils soient remboursés sur demande et que cette possibilité soit clairement indiquée.

Cette dernière obligation peut sembler contestable au regard du droit communautaire: un législateur national peut-il imposer un tel remboursement sans que soit constatée une altération substantielle du comportement économique des consommateurs et alors que la dépense qu'ils pourront être amenés à effectuer, en achetant le produit faisant l'objet de la promotion, sera le plus souvent sensiblement supérieure aux frais de participation.

2.3.2. Un annonceur avait adressé un mailing présentant un jeu mentionnant notamment « *Dès réception de votre prochaine commande, le règlement de « 7950 € par chèque bancaire* » sera expédié sous pli scellé par porteur spécial... C'est un engagement ferme et définitif... »*. Il s'avérait que ce qui était envoyé

aux consommateurs n'était pas un chèque mais le règlement d'un jeu intitulé « *7950 € par chèque bancaire* ». La cour d'appel de Paris³⁷ avait estimé que les explications en bas de page auxquelles renvoyait l'astérisque, bien que « *plus ou moins claires* » et « *écrites en caractères beaucoup plus petits que ceux annonçant le gain* » permettaient de comprendre, pour un consommateur normalement diligent, qu'il n'y avait pas d'espoir d'obtenir le règlement des sommes en cause. La Cour de cassation³⁸ casse cet arrêt au motif que « *l'annonce du gain ne mettait pas en évidence, à première lecture, l'existence d'un aléa* ». Retenons la référence faite à la première lecture qui s'explique sans doute par la présentation manifestement excessive des documents publicitaires et le visa de l'article 1371 du Code civil, c'est-à-dire des quasi contrats auxquels la Cour de cassation a recours pour sanctionner cette pratique. **E. A.**

37. CA Paris, 30 mars 2012.

38. Cass. Civ. 1^{re}, 10 juillet 2013 (12-22234).

Pratique du droit de la presse

Presse écrite - Audiovisuel - Internet

A jour de l'arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 février 2013.

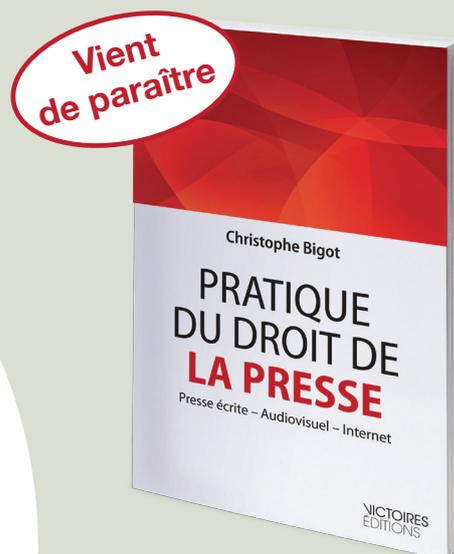
Un manuel pratique et pédagogique destiné aux professionnels des médias et à tous les praticiens du droit.

Considérablement enrichi et augmenté par un volet sur les mécanismes procéduraux prévus par la loi de 1881.

Bien plus qu'une seconde édition !

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est emblématique. Son principe de liberté, encadré d'incriminations précises (la diffamation, l'injure, l'offense, la publication de fausses nouvelles, les interdictions d'informer...) et ses mécanismes de régulation de l'information, tels que les droits de réponse et de rectification, restent une référence. Ce texte pourtant ancien est placé sous le sceau de la modernité, car il s'applique non seulement à la presse, mais aussi à tous les médias qu'ils soient écrits, audiovisuels ou numériques. En outre, la mise en œuvre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales contraint le juge français à renouveler ses pratiques. Tous ces aspects sont traités et abondamment illustrés dans ce livre.

Christophe Bigot est avocat au barreau de Paris, membre des comités éditoriaux des revues *Légipresse* et *Légicom*, et auteur de nombreux articles consacrés au droit de la presse dans des revues de référence.



42 € (Hors frais de port de 5 €)

En savoir plus : www.victoires-editions.fr

ISBN : 978-2-35113-210-4 / 360 pages / Format : 15,5 x 24 cm
Parution : mars 2013 - Disponible en librairie

