

Droit de la publicité

(mai 2011 – mai 2012)

L'activité judiciaire est toujours soutenue dans le domaine du droit de la publicité. Au-delà du rappel d'un certain nombre de principes établis, deux points méritent d'être mis en avant :

- la prise de position très claire de la Cour de cassation sur l'application de l'article L.120-1 du Code de la consommation aux pratiques commerciales trompeuses, ce qui implique notamment, pour qu'une condamnation soit prononcée, la démonstration de l'altération substantielle du comportement économique du consommateur ;
- la nouvelle décision de la Cour de cassation pour qui une publicité en faveur d'un alcool doit être sanctionnée dès lors qu'elle est incitative, ce qui va manifestement à l'encontre des dispositions de la loi Evin : dès lors que la publicité est autorisée, c'est ajouter à la loi, et même aller à son encontre, que de lui reprocher d'être incitative.

I. LA RÉGLEMENTATION GÉNÉRALE


1 Pratiques commerciales trompeuses

1.1. Le combat mené entre les Centres Leclerc et les pharmaciens a connu un nouvel épisode judiciaire à la suite d'une campagne publicitaire du distributeur présentant le dessin d'un verre d'eau dans lequel se dissolvait une pièce d'1 € à l'image d'un comprimé effervescent sous le slogan « *En France, le prix d'un même médicament peut varier du simple au triple : il faut changer de traitement !* ». Des sociétés et syndicats de pharmaciens ont attaqué cette campagne qu'ils estimaient trompeuse et dénigrante. Ils évoquaient l'article L. 121-1, I, 2° a) et c) du Code de la consommation, à savoir une tromperie sur l'existence, la disponibilité ou la nature ainsi que sur le prix du bien ou du service.



Éric Andrieu
Avocat à la Cour
Cabinet Péchenard &
Associés

La cour d'appel avait considéré que les médicaments non remboursés ne pouvaient être commercialisés par la grande distribution, ce qui était exclusif de toute publicité trompeuse. Par **arrêt du 27 avril 2011, la chambre commerciale de la Cour de cassation** rejette le pourvoi au motif qu'une pratique commerciale trompeuse « *implique que la décision d'achat du produit par les consommateurs auxquels s'adresse la publicité soit susceptible d'être altérée* » (1).

1.2. Ce raisonnement a été confirmé avec encore plus de clarté par la chambre commerciale de la **Cour de cassation le 29 novembre 2011** (2) 

dans le dossier Kelkoo. Kelkoo avait été condamnée par la cour d'appel de Grenoble du fait de pratiques commerciales trompeuses et déloyales (3). Rappelons qu'il était notamment reproché à Kelkoo de ne pas s'être identifié comme site publicitaire, de ne pas avoir mis à jour les prix en temps réel, ou encore de ne pas indiquer toutes les caractéristiques principales des produits ou services offerts. Pour la Cour de cassation, qui vise à la fois les articles L. 120-1 et L. 121-1 du Code de la consommation, « *en se déterminant ainsi sans vérifier si ces omissions étaient susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur, ce que la société Kelkoo contestait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». On ne saurait être plus clair. Pour qu'une pratique commerciale soit trompeuse, il convient qu'elle réponde aux critères de l'article L. 120-1, et particulièrement à la nécessité d'altération substantielle du comportement économique du consommateur.


Sommaire

P. 330 I. La réglementation générale

- 1 Pratiques commerciales trompeuses
- 2 Droits d'auteur
- 3 Marques
- 4 Concurrence déloyale et parasitisme
- 5 Relations agence / annonceur
- 6 Droit à l'image / vie privée

P. 334 II. Les réglementations spécifiques

- 1 Publicité comparative
- 2 Alcool
- 3 Tabacs


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

1. Cass. Com. 27 avril 2011, pourvoi n° 10-15648.

2. Cass. Com. 29 novembre 2011, pourvoi n° 10-27402 ; LP n° 291, février 2012, p. 75.

3. CA Grenoble (ch. com.), 21 octobre 2010 ; voir notre synthèse « Droit de la Publicité mai 2010-mai 2011 » : LP n° 282, mai 2011, p. 212.

1.3. Un autre contentieux mettait également en jeu les nouveaux principes résultant de la transposition de la directive communautaire 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales. L'UFC Que Choisir poursuivait Darty pour la mise en vente d'ordinateurs équipés d'un logiciel d'exploitation et de différents logiciels d'utilisation en soutenant qu'il s'agissait d'une vente subordonnée. La cour d'appel de Paris avait rejeté cette demande le 26 novembre 2009 au motif que cette pratique n'était pas déloyale au regard des nouveaux critères de l'article L. 120-1 (4). Cet arrêt est cassé par la **1^{re} chambre civile le 6 octobre 2011** (5)  au visa de l'article L. 121-1 du Code de la consommation dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 3 janvier 2008, tel qu'interprété à la lumière de la directive de 2005 en retenant que ces informations, « relatives aux caractéristiques principales d'un ordinateur équipé de logiciels d'exploitation et d'applications, sont de celles que le vendeur professionnel doit au consommateur moyen pour lui permettre de prendre une décision en connaissance de cause ». Cette décision ne remet pas en cause le principe de l'impossibilité pour une législation nationale d'interdire systématiquement les ventes subordonnées, mais considère qu'en l'espèce, la présentation retenue était trompeuse.

1.4. Dans le même esprit, la cour d'appel de Versailles a sanctionné le **5 mai 2011** Hewlett Packard pour avoir commercialisé des ordinateurs sur lesquels était installé un système d'exploitation (6) . La cour a mis en avant la violation des critères énoncés par la directive du 11 mai 2005 en estimant qu'il s'agissait d'un manquement aux exigences de la diligence professionnelle, s'agissant d'une pratique allant à l'encontre des souhaits d'un nombre de plus en plus important de consommateurs. Elle a également retenu que l'absence d'informations sur la valeur des éléments (ordinateur et logiciel) concernait des éléments substantiels, ce qui pourrait amener le consommateur à prendre une décision à propos de l'achat d'un ordinateur qu'autrement il n'aurait pas prise.

1.5. Par arrêt du **7 octobre 2011**, la cour d'appel de Paris (7) a rappelé un principe essentiel dans le domaine de la publicité hyperbolique qui est parfois considérée comme pouvant permettre tous les excès dès lors que les consommateurs ne sauraient être trompés. Une société soutenait que sa revue *Environnement et Techniques* était « le leader incontesté de l'information environnementale et technique depuis maintenant 27 ans ». Elle n'était cependant pas en mesure d'en rapporter la preuve. La cour d'appel retient, sur l'action engagée par Victoires Éditions, que les sociétés éditrices d'*Environnement et Techniques* « ne peuvent se contenter d'une pure affirmation sans être en mesure de présenter aux concurrents qui contestent ce leadership les arguments qui sous-tendent son assertion. Admettre le contraire reviendrait à se satisfaire d'affirmations infondées, à inonder le marché d'informations invérifiables et aurait pour conséquence de fausser la concurrence entre les entreprises dans un même

secteur d'activité. Les sociétés intimées ont donc commis une faute en diffusant une information dont elles ne sont pas en mesure de démontrer la véracité. »

1.6. Le Syndicat national des hôteliers (SYNHORCAT) ainsi que deux hôtels ont considéré que certains des éléments de présentation des hôtels sur les sites du Groupe Expedia (Expedia, Trip Advisor et hotels.com) étaient trompeurs du fait de l'emploi de formules telles que « *Aucune chambre disponible aux dates sélectionnées* », formule très générale alors que cette indisponibilité ne concernait que les réservations pouvant être faites sur les sites poursuivis. Par ailleurs, les sites mettaient en avant des « *tarifs ultra négociés* » qui n'étaient pas avérés. Les défenderesses soutenaient que les internautes, bien au fait des systèmes de réservation internationaux, étaient à même de comprendre de telles informations. Le **tribunal de commerce de Paris dans son jugement du 4 octobre 2011** (8) considère au contraire que ces indications étaient plausibles et par conséquent susceptibles d'induire les consommateurs en erreur.

2 Droits d'auteur

2.1. L'agence Young & Rubicam a été pendant plusieurs années en charge de la communication de Groupama. Dans ce cadre, elle a créé un personnage féminin prénommé « Cerise » qui a été très largement utilisé par l'annonceur. À la suite de la rupture des relations contractuelles, Groupama a poursuivi l'utilisation du personnage « Cerise » sous une apparence physique différente. Young & Rubicam relevant que son contrat stipulait le paiement d'une commission par l'annonceur dans l'hypothèse de l'utilisation de ses créations postérieurement à la rupture du contrat, a engagé une procédure. La **cour d'appel de Paris** a estimé le **9 mai 2011** que la forme différente (aspect physique et caractère modifiés) d'exploitation de « Cerise » empruntait, du fait de son rôle central à partir duquel se construit le message publicitaire et de l'emploi du même prénom, à l'œuvre préexistante et en constituait une œuvre dérivée par adaptation de l'œuvre première. En conséquence, il est fait droit aux demandes de l'agence (9).

2.2. Deux sociétés soutenaient avoir forgé pendant 20 ans l'identité visuelle des sociétés du Groupe Foncia (logo, codes couleur, charte graphique...), être titulaires de droits d'auteur sur ces éléments et reprochaient à Foncia d'avoir continué de les utiliser postérieurement à la rupture de leurs relations. Les agences soutenaient qu'il s'agissait d'une œuvre collective réalisée à leur initiative et sous leur direction. Pour la cour d'appel de Paris (10), une personne morale ne peut être titulaire de droits d'auteur. Elle précise que « les droits institués au bénéfice de l'auteur naissent sur la tête de la personne physique qui est intervenue de manière originale dans l'univers des formes et qu'une personne morale ne peut être investie à titre originaire de tels droits que dans le cas, visé aux dispositions de l'article L. 113-5 du CPI, où une œuvre collective est divulguée sous son nom ». En l'espèce, les agences ne justifiaient

4. CA Paris 26 novembre 2009, RG n° 08/12771 ; voir notre synthèse « Droit de la Publicité mai 2009 – mai 2010 » : LP n° 272, mai 2010, p. 56.

5. Cass. Civ. 1, 6 oct. 2011, pourvoi n° 10-10800 ; LP n° 289, décembre 2011, p. 656.

6. CA Versailles, 5 mai 2011, RG n° 09/09109 ; LP n° 87, octobre 2011, p. 526-527.

7. CA Paris, Pôle 5, Ch. 2, 7 octobre 2011, RG n° 10/14643.


8. T. Com. Paris, 15^e Ch., 4 octobre 2011 RG n° 2010027945.

9. CA Paris, Pôle 5, Ch. 2, 27 mai 2011, RG n° 10/00469.

10. CA Paris, Pôle 5, Ch. 1, 10 novembre 2010, RG n° 08/23641.

pas de la création personnelle d'une personne physique identifiée et les créations étaient divulguées sous le nom de Foncia. Par conséquent, elles sont déboutées de leur action, faute de démontrer leur titularité sur les droits d'auteur.

2.3. Une société de robes de mariées utilisait le slogan « *Un joli nom pour un grand oui* ». Elle a été attaquée par une entreprise plus importante exerçant la même activité exploitant le slogan « *Un nom pour un oui* ». Pour la cour d'appel de Paris (11), l'expression « *un nom pour un oui* » constitue un jeu de mots nullement banal caractérisant un effort créatif et justifiant la protection du droit d'auteur. L'ajout d'adjectifs n'altère pas l'ensemble des caractéristiques fondant l'originalité du slogan original. La contrefaçon est par conséquent retenue.


2.4. La Cour de cassation (12)  était une nouvelle fois saisie de la théorie de l'accessoire dans le domaine du droit d'auteur. Il s'agissait de la reproduction à plusieurs reprises (22 apparitions pour une durée de près de 20 minutes) d'illustrations de la méthode de lecture « *Gafi le fantôme* » dans le film *Être et Avoir* où des reproductions de cette méthode apparaissaient sur les murs d'une salle de classe. Pour la **Cour de cassation** qui, par arrêt du **12 mai 2011** confirme l'arrêt d'appel, les illustrations « *ne sont que balayées par la caméra et vues de manière fugitive, que plus fréquemment elles sont à l'arrière-plan et font corps au décor dont elles constituent un élément habituel, apparaissant par brèves séquences mais n'étant jamais représentées pour elles-mêmes.* » La Cour de cassation retient dès lors que la présentation de cette œuvre était accessoire au sujet traité, à savoir la représentation documentaire de la vie et des relations entre maître et enfants d'une classe unique de campagne.

2.5. Dans une autre affaire, la **cour d'appel de Paris** (13) a dans un arrêt du **10 février 2012** refusé de faire application de la théorie de l'accessoire en faveur d'une publicité réalisée pour Aéroports de Paris dans laquelle un mannequin portait des bracelets protégés sur le terrain du droit d'auteur. La cour, après la définition suivante : « *Considérant que la reproduction et la représentation d'une œuvre ne porte pas atteinte au monopole du droit d'auteur lorsqu'elle est accessoire par rapport au sujet représenté, c'est-à-dire qu'elle est imbriquée avec le sujet* », a estimé que les bracelets étaient portés par le mannequin dans une publicité pour les boutiques *duty free* de l'aéroport et donc pour les produits y étant commercialisés. Elle considère en effet que ces bracelets participent « *à l'axe d'attraction de la publicité orientée vers les boutiques duty free* » et que « *si l'œil du spectateur se porte sur le sac porté par le mannequin ou posé à ses pieds (sacs des boutiques Aéroports de Paris), il est amené à s'arrêter surtout sur les vêtements, parures et bijoux que le consommateur peut envisager pour l'un ou l'autre avoir été acquis dans lesdites boutiques et contenus dans lesdits sacs* ».

2.6. La société Universal Music Publishing poursuivait Codifis du fait de l'utilisation dans des écrans de parrainage de la *Star Aca-*

demy de films publicitaires dont les personnages fredonnaient un air qu'elle estimait contrefaisant de la chanson de Michel Fugain *Viva la vida*. La décision du tribunal de rejeter cette demande est infirmée par la **cour d'appel de Paris le 20 janvier 2012** (14) qui rappelle qu'une reprise, même partielle et brève d'une œuvre originale, peut constituer une contrefaçon, l'existence de ressemblances pouvant suffire à l'établir indépendamment de l'existence de différences. La cour retient que les ordonnancements de notes et les rythmes sont très similaires et que les différences ne sont que secondaires et de détails. La cour retient également que la bonne foi dont se prévalait Codifis est indifférente dans une action engagée devant la juridiction civile.

2.7. Citons enfin une décision qui n'est pas à proprement parler intervenue dans le domaine de la publicité mais qui pourrait y être transposée. Le photographe William Klein est l'auteur depuis de nombreuses années d'une œuvre contenant un certain nombre d'éléments caractéristiques et immédiatement identifiables et qui se caractérise notamment par les éléments suivants :
« *– Des photographies extraites d'une bande 24 x 36 dont un fragment, constitué d'une vue placée au centre du support et de l'amorce de la vue précédente et de la suivante est agrandi ;*
– La trace picturale apposée sur le support, à savoir un encadrement principal, une croix barrant la vue immédiatement voisine et une croix de Saint André cerclée placée dans un coin de l'image », cette trace picturale étant apposée au moyen d'une peinture très colorée.

Il poursuivait une société réalisant des « tableaux photos » reprenant les caractéristiques ci-dessus en mentionnant d'ailleurs « *Unique, original et contemporain, hommage à William Klein* », ainsi que la chaîne M6 ayant diffusé une émission sur cette société. Par arrêt du **23 septembre 2011**, la **cour d'appel de Paris** rejette ces demandes sur le terrain du droit d'auteur, au motif que William Klein réclamerait ainsi la protection d'un style non protégeable « *quand bien même serait-il propre à l'artiste et identifierait immédiatement son auteur* », seule « *une forme particulière qui est l'expression de l'effort créatif de l'auteur et qui se trouve dans une œuvre définie* » pouvant être protégée (15) . Pour la cour, « *l'originalité tient au jeu existant entre les traits pleins et ceux plus fins, ainsi que par le jeu des diagonales dans le prolongement de certaines des lignes parallèles, donc par des éléments de forme très contrastés qui révèlent l'empreinte de la personnalité de l'auteur* ».

On peut s'étonner de cette appréciation, car il semble qu'au contraire la personnalité de l'auteur s'exprime très clairement dans ses créations produites depuis plusieurs dizaines d'années avec des caractéristiques communes. Pour son œuvre, l'important n'est pas tant la forme particulière donnée aux traces de couleur entourant telle ou telle photographie, mais bien la présence même desdites traces qui constituent très manifestement une expression de sa personnalité. Le fait que William Klein obtienne une condamnation au titre du parasitisme par la référence faite à son nom n'est qu'une maigre consolation sur le terrain des principes juridiques dont on peut déplorer qu'ils ne permettent

11. CA Paris, Pôle 5, Ch. 2, 17 juin 2011, RG n° 10/12092.

12. Cass. Civ. 1, 12 mai 2011, pourvoi n° 08-20651 ; LP n° 284, juin 2011, p. 33.

13. CA Paris, Pôle 5, Ch. 2, 10 février 2012, PBD n° 958.III.224.

14. CA Paris, Pôle 5, Ch. 2, 20 janvier 2012, RG n° 11/01924.

15. CA Paris, Pôle 5, Ch. 2, 23 septembre 2011, RG n° 10/11605 ; LP n° 288, juin 2011, p. 589.

pas de tenir compte d'une réalité artistique manifeste où, à tout le moins, de pratiques évidemment critiquables de la part d'entreprises copiant sans vergogne l'œuvre d'artistes reconnus.

3. Marques

Les titulaires d'une marque « Loup y-es-tu ? », commercialisant par ailleurs, par l'intermédiaire d'une société Loup y-es-tu ?, des vêtements pour enfants, reprochaient à l'enseigne Sergent Major d'avoir utilisé cette dénomination dans le cadre d'une campagne publicitaire pour certains de ses vêtements. Sergent Major faisait valoir que cette expression, tirée d'une célèbre comptine pour enfants inspirée du *Petit Chaperon Rouge* de Charles Perrault, s'inscrivait dans une thématique générale faisant référence aux contes pour enfants. Elle est cependant condamnée, la **cour d'appel de Paris** (16) ayant relevé que l'expression « *Loup y-es-tu ?* » était inscrite sur une affiche « *de manière isolée, bien visible, en partie haute, au-dessus de la représentation d'enfants dans un bois, la marque Sergent Major n'apparaissant pas sur le dessin de l'affiche, mais mentionnée sur un bandeau noir en dessous de celui-ci.* » Elle en a conclu « *que l'inscription incriminée se détachait ainsi sur l'ensemble des supports, pouvant laisser croire qu'il s'agissait de la présentation d'une marque, concernant une collection particulière de [Sergent Major], le public concerné n'étant pas nécessairement au fait de la thématique voulue par cette société qui n'apparaît pas clairement perceptible.* »

4. Concurrence déloyale et parasitisme

4.1. Dans le dossier opposant Leclerc au Groupement de pharmaciens (17), la cour d'appel avait écarté l'existence de toute concurrence déloyale ou parasitaire à défaut de toute situation de concurrence entre le pharmacien en officine vendant des médicaments au détail et la grande distribution commercialisant des produits de parapharmacie. L'arrêt est cassé sur ce point le **27 avril 2011** (18), la Cour rappelant que « *l'existence d'une situation de concurrence directe et effective entre les sociétés considérées n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale ou parasitaire qui exige seulement l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice* ».

4.2. La **cour d'appel de Paris** confirme le **1^{er} février 2012** (19) un jugement dans lequel la société Petit Poucet reprochait à une banque et à son agence d'avoir utilisé le personnage du Petit Poucet dans leur communication alors, d'une part, qu'elle était titulaire de plusieurs marques « Petit Poucet » et, d'autre part, qu'elle organisait avec une autre société du même groupe depuis plusieurs années un concours « Petit Poucet ». La cour rejette ses demandes en retenant que :

- le film publicitaire mettait en scène le personnage du conte de Perrault sans faire usage de la dénomination Petit Poucet pour désigner le produit financier dont il faisait la promotion ;
 - il n'existait aucun risque de confusion entre le produit promu par la banque et ceux couverts par la marque Petit Poucet.
- La cour rejette également le grief de concurrence déloyale à défaut de tout engagement contractuel et de l'impossibilité de

s'approprier le public des jeunes étudiants ou des jeunes actifs visés par ces campagnes.

5. Relations agence/annonceur

5.1. L'agence de publicité Marketing et Distribution exerçant sous l'enseigne Cryptone sollicitait une indemnité pour rupture brutale de la relation commerciale établie qu'elle soutenait avoir depuis 1998 avec la société Mercialys qui gère les centres commerciaux du Groupe Casino. Les relations commerciales avaient débuté en 1998 dans le cadre d'une stratégie globale de communication puis étaient, à partir de 2001, devenues une convention de réalisation de banques d'images, puis à compter de 2004, une convention de réalisation d'un plan d'action de communication. Parallèlement, les entités concernées avaient été modifiées, mais appartenaient toujours aux mêmes groupes. L'annonceur soutenait que les conventions successivement conclues ne procédaient d'aucun accord cadre et portaient sur des prestations déterminées dont l'exécution était limitée dans le temps, ce qui impliquait que l'agence avait nécessairement conscience de la précarité de leurs relations commerciales. Cet argument est rejeté par la **Cour de cassation le 2 novembre 2011** (20). Pour la Cour, la collaboration s'était poursuivie de façon ininterrompue depuis 1998, même si les missions avaient évolué : « *la relation commerciale entre les parties revêtait, avant la rupture, un caractère suivi, stable et habituel et... la société Marketing et Distribution pouvait raisonnablement escompter pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial* ». En revanche, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si le préavis n'avait pas commencé à courir à compter de la date de notification par l'annonceur d'une procédure d'appel d'offres pour la conception des plans d'action de communication, appel d'offres qui aurait pu manifester son intention de rupture. Quant à la durée du préavis, la Cour de cassation ne se prononce pas sur la demande de Mercialys qui sollicitait que les 8 mois alloués par la cour d'appel soient ramenés à 6 mois par application des usages résultant selon elle du contrat type entre annonceurs et agences de publicité de 1959.

6. Droit à l'image/vie privée

6.1. Une société Homebox avait utilisé l'image d'une de ses salariées dans le cadre d'une campagne publicitaire sous forme de dépliants, de plaquettes ainsi que d'affiches de très grand format. Le contrat de travail avait duré du 27 juillet 2005 au licenciement du 6 avril 2009. Les prises de vues pour la campagne étaient intervenues courant 2006. Une deuxième campagne s'était déroulée en 2008. Aucune diffusion de l'image de la salariée ne semble s'être poursuivie après son licenciement. La salariée se plaignait d'une atteinte à son droit à l'image, dès lors qu'elle n'avait fourni aucune autorisation expresse et spéciale à cette fin. Dans son jugement du **24 novembre 2011**, le **tribunal de grande instance de Nanterre** considère qu'il y a une atteinte au droit à l'image de la salariée, faute pour l'employeur de justifier

16. CA Paris, Pôle 5, Ch. 1, 11 janvier 2012, *PiBD* n° 959 III.248

17. *Supra* 1.1.

18. Cass. Com. 27 avril 2011, pourvoi n° 10-15648.

19. CA Paris, Pôle 5, Ch. 1, 1^{er} février 2012, RG n° 10/05322.

20. Cass. Com. 2 novembre 2011, pourvoi n° 10/26656.

de toute autorisation pour la reproduction et la diffusion de ces photographies dans le cadre de la campagne publicitaire en question (21). Notons que le tribunal rejette les arguments de la société faisant état de :

- l'accord de la salariée pour participer aux prises de vues,
- l'absence de réaction de la salariée pendant plusieurs années et ce jusqu'à son licenciement,
- l'accord de la salariée pour la diffusion d'une deuxième campagne promotionnelle en 2008.

Cette décision montre, malgré un contexte qui semblait favorable à l'employeur que, s'il n'est pas juridiquement indispensable de bénéficier d'une cession écrite en termes de droit à l'image, il s'agit d'un élément de preuve évidemment fort utile.

6.2. Sur le terrain du droit à l'image des biens, une décision mérite d'être relevée. Une publicité pour la marque de bière 1664 des Brasseries Kronenbourg représentait notamment le Château de Chambord. Le Domaine national de Chambord, considérant qu'il s'agissait d'une occupation du domaine public et de l'utilisation de photographies du Château de Chambord à des fins commerciales, sollicitait le paiement d'une somme de l'ordre de 250 000 €. Le **tribunal administratif d'Orléans** rejette le **6 mars 2012** cette demande en jugeant notamment que la photographie d'un bien du domaine public immobilier ne constitue pas en elle-même un bien du domaine public et que par suite « l'utilisation par un tiers de cette photographie ne s'analyse ni comme une occupation, ni comme une utilisation du domaine public susceptible de donner lieu au paiement d'une redevance. » (22) Le tribunal ajoute « qu'il n'est pas établi ou allégué que pour réaliser les prises de vues du château depuis le domaine public, Kronenbourg aurait dû disposer d'un titre l'y habilitant, ou qu'elle aurait utilisé une dépendance de ce domaine dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous. »

II. LES RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES

1. Publicité comparative

1.1. Les publicités par comparaison de prix entre les enseignes de la grande distribution impliquent que les prix des concurrents puissent être relevés dans leur point de vente. Un magasin Carrefour ayant refusé à des salariés de Leclerc l'accès à ses rayons pour relever des prix, Leclerc a engagé une procédure. Sa demande a été rejetée par la cour d'appel de Montpellier sur la base du droit de propriété de Carrefour et du fait que Leclerc n'établissait pas l'existence d'un usage commercial qui aurait pu y apporter une restriction licite. Sa décision est cassée, la **chambre commerciale** considérant par arrêt du **4 octobre 2011** que « la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence commande que les concurrents puissent comparer leurs prix et en conséquence faire pratiquer des relevés par leurs salariés dans leurs magasins respectifs » (23).

1.2. Nespresso poursuivait Bodum (fabricant de cafetières) du fait de la diffusion d'une publicité présentant un amoncellement de capsules de café percées et/ou déformées, sous le slogan « *Make taste not waste* ». Par arrêt du **19 mai 2011**, la **cour d'appel de Versailles** a estimé qu'il s'agissait d'une publicité comparative entre deux systèmes différents permettant de faire du café (24). Elle a jugé que la circonstance que les cafetières à piston Bodum ne génèrent pas de déchets, à l'exception du marc, est un fait objectif constituant une caractéristique essentielle, pertinente et représentative qui autorisait une comparaison. Elle a estimé que le visuel (constituant une convention de représentation répandue pour divers objets de la vie quotidienne) n'était pas dénigrant par nature et n'était pas accompagné d'images dévalorisantes. Enfin, le slogan n'excédait pas la simple critique d'un concurrent « *dès lors qu'il illustre un constat objectif incontestable selon lequel le système à dosettes laisse des capsules d'aluminium vides après usage et provoque ainsi des déchets, ce qui exclut tout dénigrement* ». En conséquence, la demande de Nespresso a été rejetée.

2. Alcool

2.1. Dans l'affaire concernant le site Glenfiddich (25), l'arrêt de la **Cour de cassation** a été prononcé le **20 octobre 2011** (26). Pour sanctionner les expressions « *la patience* », « *le choix* », « *la transmission* », « *l'alchimie* »... la Cour retient leur absence de caractère objectif et sanctionne « *une démarche incitative contraire aux dispositions du Code de la santé publique.* » De même pour l'organisation du jeu permettant de gagner une bouteille ancienne de la marque d'une valeur de 3 900 €, la Cour retient que ce lot, éminemment enviable, renforçait la suggestion d'élitisme attachée à la consommation du whisky de cette marque, ce qui constituait à nouveau « *une incitation à consommer une boisson alcoolisée* ». Il est une nouvelle fois permis de s'interroger sur la critique par la Cour de cassation du caractère incitatif de la publicité en faveur des alcools qui serait contraire au Code de la santé publique. Outre qu'aucune disposition du Code de la santé publique n'interdit cette incitation, elle est la conséquence nécessaire et inévitable de l'autorisation de la publicité dont elle est le but principal.

2.2. La cour d'appel de Paris (27) avait admis que la campagne mise en place par le CIVB, présentant des jeunes gens de la filière du vin qui étaient ainsi décrits « *souriants, jeunes, en tenue de ville, levant le bras en tenant un verre avec une impression manifeste de plaisir* » était conforme à la loi Evin. La cour d'appel indiquait notamment « *que cette représentation n'était pas par elle-même de nature à inciter à une consommation abusive et excessive d'alcool, étant observé que par essence, la publicité s'efforce de présenter le produit concerné sous un aspect favorable pour capter la clientèle et non pour l'en détourner* ». Cette décision, très justement motivée nous semble-t-il, est cependant cassée le **23 février 2012** par la

21. TGI Nanterre, 24 novembre 2011, RG n° 10/00348, LP n° 291, février 2012, p. 73.

22. TA Orléans, 6 mars 2012, RG n° 1102187, n° 1102188.

23. Cass. Com. 4 octobre 2011, pourvoi n° 10-21862.

24. CA Versailles, 12^e ch., 19 mai 2011, RG n° 09/09134.

25. Voir notre synthèse « Droit de la Publicité mai 2010 – mai 2011 » : LP n° 283,

mai 2011, page 323.

26. Cass. Civ. 1^{re}, 20 octobre 2011, pourvoi n° 10-23509 ; LP n° 290, janvier 2012, p. 47 et suiv.

27. CA Paris, 26 février 2010, RG n° 07/00620 ; voir notre synthèse « Droit de la Publicité mai 2009-mai 2010 » : LP n° 272, mai 2010, p. 87.

Cour de cassation (28) qui constate que « lesdites affiches comportaient des références visuelles étrangères aux seules indications énumérées par l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique et visaient à promouvoir une image de convivialité associée aux vins de Bordeaux de nature à inciter le consommateur à absorber les produits vantés ». Outre que la Cour de cassation n'énonce pas les références visuelles qui seraient contraires au texte de l'article L. 3323-4, il est impossible de ne pas critiquer une nouvelle fois, comme dans l'affaire précédente, la référence qui est faite à l'incitation qui est le fondement même de la publicité.

2.3. Une publicité pour le produit Ricard était diffusée sous le slogan « *Un Ricard. Des rencontres* ». Le **5 août 2011**, le **président du tribunal de grande instance de Paris** (29) a considéré que ce slogan suggérait que la consommation de Ricard favoriserait les rapprochements et serait une occasion d'entrer en relation avec d'autres personnes, ce qui constituait un trouble manifestement illicite. L'affaire visait aussi la diffusion de cette campagne sur le site Internet de la marque ainsi que sur sa page Facebook. La diffusion du film sur le site est admise par le juge qui en admet le principe, ainsi que l'imagination créative permettant de valoriser le produit et qui juge : « *Attendu que si le film est esthétique et est accompagné d'une musique d'ambiance qui lui confère un caractère festif, aucune mise en scène particulière n'est de nature à provoquer chez le spectateur une séduction telle qu'elle pourrait conduire à une consommation excessive d'alcool.* » En revanche, pour ce qui concerne la page Facebook, le juge considère qu'il s'agirait d'une publicité intrusive « *puisque l'intégralité des informations publiées sur Facebook, à l'exception du profil, peut être consultée.* » Cette interprétation semble excessive dans la mesure où les membres du réseau Facebook en ont accepté les caractéristiques, au premier chef desquelles figure le choix de recevoir ce type d'informations dont le caractère intrusif est dès lors très contestable.

2.4. L'ANPAA a également poursuivi une campagne de J&B montrant, sur un fond de drapeau britannique stylisé, un uniforme de soldat de la garde derrière une bouteille de la marque, sous l'accroche « *J&B, rare, a blend of the purest old scotch whiskies... né à Londres, distillé en Écosse, so British* ». Le **6 janvier 2012**, le **président du tribunal de grande instance de Paris** (30) a constaté qu'il s'agissait d'une référence à l'origine géographique du produit, qui ne constituait pas une incitation à la consommation et qui était légitime. Le juge a notamment indiqué : « *la création artistique d'une affiche n'est pas interdite... La publicité implique nécessairement le recours à des agences de publicité qui font preuve d'imagination créative aux fins de valoriser le produit* », ce qui ne peut qu'être approuvé. Le procès portait également sur la présence d'un jeu de hasard sur l'application Facebook de la marque. Contrairement à ce qu'il avait estimé dans l'affaire Ricard (31), le juge a considéré que même sur Facebook « *le jeu ne constitue pas un mode de publicité intrusif puisque c'est l'utilisateur qui télécharge lui-même l'application, ni interstitiel, puisque*

le jeu n'apparaît pas de manière intempestive ». Il conclut que « *la publicité étant autorisée sur un service de communication en ligne, elle ne peut pas être interdite sur les réseaux tels que Facebook dès lors que la société MHD limite officiellement sa cible aux personnes âgées de plus de 21 ans* ».

2.5. La société Diptyque poursuivait la société Hennessy du fait du dépôt par cette dernière de la dénomination « *diptyque* » à titre de marque désignant des boissons alcooliques. Dans son arrêt du **26 octobre 2011**, la **cour d'appel de Paris** retient que, du fait de l'article L. 3323-3 du Code de la santé publique sur la publicité indirecte des alcools, le dépôt de la marque « *diptyque* » par Hennessy est de nature à paralyser l'usage que la société Diptyque peut faire de sa propre marque, ce qui justifie l'annulation de la marque déposée par Hennessy (32).

3. Tabac

3.1. Conformément à sa jurisprudence habituelle, la **Cour de cassation**, le **15 juin 2011**, rejeté un pourvoi formé par la société Altadis Distribution France contre un arrêt l'ayant condamnée en raison de mentions figurant sur les emballages de certains des produits qu'elle distribuait telles que « *fabriqué à partir des meilleurs tabacs spécialement sélectionnés* », « *arôme intense* », « *autres arômes disponibles* », les mentions destinées à vanter les qualités du produit et à informer les consommateurs sur l'existence d'autres saveurs ayant selon elle pour effet d'en assurer la promotion (33).

3.2. Dans le même esprit, la **chambre criminelle a sanctionné le 21 septembre 2010** la diffusion de paquets de cigarettes Camel comportant sur leur emballage la mention « *Une utilisation particulière des meilleures récoltes associées à une sélection exclusive de feuilles de tabac entières pour un goût unique. Le goût du tabac sans agents de saveur ajoutés* », ce qui allait au-delà d'une information sur la composition d'un nouveau produit (34). La Cour retient le cartonnage rustique d'aspect mat et uniformément beige du produit qui en accentue le caractère naturel « *à une époque où le label "écologique et naturel" attire le consommateur* ». La Cour retient également que cette présentation est de nature à faire croire que ces cigarettes sont moins nocives que les autres et donc à en favoriser la vente. Le pourvoi du fabricant de Camel est donc rejeté.

3.3. Une fois n'est pas coutume, une affaire de tabac a opposé des fabricants entre eux et non au CNCT. BAT, fabricant de Lucky Strike, reprochait à JT d'avoir diffusé des paquets de Camel (également reproduits sur des supports publicitaires) reprenant les caractéristiques de ses propres produits dans des conditions constitutives d'agissements parasitaires. Par **ordonnance du 23 juin 2011**, le président du tribunal de commerce de Paris a ordonné le retrait sous huit jours de tous débits de tabac et de toutes revues spécialisées des supports imitant ceux de Lucky Strike dont les caractéristiques essentielles étaient reproduites

28. Cass. Civ. 1^{re} ch. 23 février 2012, pourvoi n° 10-17887 ; LP n° 292, mars 2012, p. 141 et 142.

29. TGI Paris, ord. réf. 5 août 2011, RG n° 11/56221 ; LP n° 293, avril 2012, p. 253.

30. TGI Paris, ord. réf. 6 janvier 2012, RG n° 11/59895 ; LP n° 293, avril 2012, p. 253.

31. Cf. ci-dessus, 2.3.

32. CA Paris, Pôle 5, Ch. 1, 26 octobre 2011, RG n° 09/23375.

33. Cass. Crim. 15 juin 2011, pourvoi n° 10-86995.

34. Cass. Crim. 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-87957.


de manière manifeste et systématique (35). En revanche, la demande d'interdiction de diffusion des paquets n'a pas été admise par le juge des référés.

3.4. Le CNCT poursuivait le fabricant de cigares Dannemann ainsi que le distributeur Altadis Distribution France en raison de certaines mentions figurant sur les packs de cigarillos Mini Moods. Par jugement du 16 janvier 2012, le **tribunal correctionnel de Paris** a condamné (36) les sociétés poursuivies en leur reprochant l'usage des termes suivants :

- la mention « éco-emballage » figurant au dos du paquet dans la phrase « *Fabriqué en U.E. 01 ventes en France éco-emballage* ».
- Pour le tribunal, il s'agit d'une mention valorisant le produit auprès des consommateurs qui achèteront plus un produit dont l'emballage est écologique, mention valorisante et donc illicite ;
- les adresses info@dannemann.com et qualityservices@dannemann.com, le fait de fournir de telles adresses étant de nature à permettre la communication entre consommateurs et fabricants, ce qui serait un mode de communication commerciale ;
- des indications sur le produit « *La société Dannemann a été fondée en 1872 à São Felix au Brésil. Aujourd'hui encore, nous cultivons, séchons, fermentons et fabriquons des produits à base de tabac dans la région Matafina de Baha au Brésil. Le mélange à la base de chaque produit Dannemann est composé de différents tabacs sélectionnés à la main...* », mentions qui ne seraient pas des conseils d'utilisation du produit ou de simples informations, mais qui seraient clairement valorisantes.

Si l'appréciation sur la troisième série de mentions est relativement habituelle, les deux premières, plus originales, sont aussi plus discutables. La référence au dos du produit et sans

mise en avant particulière à l'éco-emballage est extrêmement banale sur un grand nombre de produits et son objectif de communication est loin d'être manifeste. De même, le renvoi vers des adresses de services consommateurs (sous réserve de dissimuler un renvoi vers un site qui serait en lui-même interdit) n'apparaît pas davantage ressortir de la communication, mais du nécessaire échange entre une marque dont il faut rappeler qu'elle commercialise des produits qui ne sont pas interdits et ses consommateurs.

3.5. Enfin, le **tribunal administratif de Montpellier** (37)  était saisi d'une requête à l'encontre d'une affiche de 4x3 m mise en place sur la médiathèque Albert Camus par la Communauté d'Agglomération de Montpellier, cette affiche présentant une photo de l'écrivain avec une cigarette aux lèvres.

Par jugement du 6 avril 2012, le tribunal rejette la requête formée sur le fondement de la loi Evin en constatant : « *qu'il ne résulte pas de l'instruction que la vocation de cette affiche est d'encourager délibérément ou de suggérer la consommation tabagique aux jeunes usagers de la médiathèque ou aux tiers passant à proximité ; qu'elle vise seulement à mettre un visage sur le nom de l'écrivain philosophe, sans toutefois faire mention d'une marque de tabac... Que dès lors elle ne saurait constituer par elle-même un acte de propagande ou de publicité directe ou indirecte en faveur du tabac ou des produits du tabac au sens des dispositions invoquées de l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique* ».

Cette décision, qui semble au demeurant de pur bon sens, est à saluer en ce qu'elle résiste à la routine politiquement correcte de la pensée commune en vigueur.

E.A.

35. TCom Paris, ord. réf. 23 juin 2011, RG n° 2011045297.

36. TGI Paris, 31° ch./ 1, 16 janvier 2012, RG n° 1036408046 et RG n° 1106108222.

37. TA Montpellier, 6 avril 2012, jugement n° 1002975., *Légipresse*, n° 294, p. 285.