

## Droit de la publicité

(mai 2017 - mai 2018)

Si cette année n'a pas donné lieu à des décisions exceptionnelles dans le domaine du droit de la publicité, on peut noter, dans une actualité toujours fournie, des arrêts rappelant un certain nombre de principes dans le domaine du droit d'auteur ou encore une application parfois restrictive du parasitisme. On relèvera aussi que si des sanctions ont été prononcées à l'encontre de plusieurs marques d'alcools du fait de mentions figurant sur leurs conditionnements, les juges ne se sont pas expressément prononcés sur l'application a contrario de l'article L.3323-4 du Code de la santé publique, ce qui laisse planer un doute sur le statut de ces objets au regard de la loi Évin.

### I. LA RÉGLEMENTATION GÉNÉRALE

#### 1.1 Pratiques commerciales déloyales

1.1.1. – La société exploitant les instituts de beauté spécialisés dans l'épilation Body'Minute poursuivait Reckitt Benckiser du fait de l'utilisation publicitaire sur ses produits dépilatoires Veet de mentions telles que «Des résultats professionnels chez vous», «Un véritable institut à domicile» ou encore «des résultats professionnels». La cour d'appel<sup>1</sup> confirme le jugement du tribunal ayant rejeté ses demandes en considérant qu'aucun des deux critères des pratiques commerciales déloyales n'est rempli.

Elle estime qu'il n'y a pas de manquement aux exigences de la diligence professionnelle, la communication de Veet n'amenant pas le consommateur à penser qu'il s'agirait de produits utilisés par des professionnels mais que le résultat sera semblable à celui qu'il pourrait obtenir en s'adressant à un professionnel et en constatant que l'emploi du terme «institut» sur des produits de cette nature est particulièrement banal. Elle relève également qu'il n'est pas établi qu'il y aurait une altération substantielle du comportement économique des consommateurs, faute de preuves, étant de surcroît observé que les deux sociétés ne se placent pas sur le même terrain commercial.

Reconventionnellement, Reckitt Benckiser critiquait l'emploi de la formule «anti-rougeur» par Body'Minute en soutenant qu'en toute hypothèse, quelle que soit la technique d'épilation, elle produit nécessairement par effet mécanique une inflammation et donc une rougeur. La cour rejette également cet argument en raison de l'imprécision du terme «anti» qui peut «tout aussi bien laisser entendre qu'il ne résultera pas de rougeur de son usage (comme le suggérerait la formule «sans rougeur») ou que le risque en est atténué (comme un antivol pour dissuader du vol sans pour autant anéantir le risque qu'il ne survienne)».

1.1.2. – Nocibé a déposé une plainte contre Marionnaud pour une communication autour d'une opération promotionnelle «En



**Eric Andrieu**  
Avocat au Barreau  
de Paris, Cabinet  
Péchenard & Associés

mai, avec Marionnaud, jouez et gagnez comme il vous plaît» qui était annoncée sur différents supports et notamment par un message radio évoquant les trois volets de la promotion («10 € de remise», «Réduction immédiate jusqu'à 20 %», «Jeu avec lots»). Il était fait référence aux dates «du 26 avril au 9 mai» pour le jeu, période au cours de laquelle la publicité était diffusée à la radio. Il apparaissait que l'offre «10 € de remise» n'était cependant valable qu'à compter du 10 mai et jusqu'au 20 juin 2010.

Après qu'une condamnation a été prononcée par la cour d'appel de Paris le 25 mai 2016, sur renvoi après cassation, la chambre criminelle<sup>2</sup> a été ame-

née à statuer. Elle considère que la publicité diffusée à la radio était constitutive d'une pratique commerciale trompeuse dès lors que l'information substantielle sur la date de l'offre n'était accessible qu'à contretemps, tout en invitant les consommateurs à se rendre en magasin, ce qui influençait nécessairement leur décision commerciale «fût-elle non suivie d'achat».

Il s'agit d'une interprétation sans doute discutable de l'altération substantielle du comportement économique des consommateurs imposée par l'article L.121-1 du Code de la consommation, qui peut difficilement s'appliquer à une décision commerciale non suivie d'achat.

La Cour de cassation donne également raison à la cour d'appel d'avoir sanctionné l'amalgame fait par Marionnaud entre les trois volets de son opération promotionnelle malgré les limites imposées par le support publicitaire radiophonique «alors qu'il lui était loisible sans allonger inconsiderablement le message de préciser «dès 60 € d'achat, à compter du 10 mai et grâce à la carte de fidélité»». Ceci est bien subjectif.

Cependant, la décision est cassée car seule était poursuivie la personne morale sans qu'il soit établi que les manquements relevés résultaient de l'action d'un des organes ou représentants de la société et s'ils avaient été commis pour le compte de celle-ci, ce qui relève en effet des conditions générales de responsabilité pénale des personnes morales telles que prévues à l'article 121-2 du Code pénal.

1. CA Paris, Pôle 5, chambre 2, RG n° 13/21342.

2. Cass. Crim. 19 avril 2017, pourvoi n°16-84.659.



**1.1.3.** – Nous avons commenté un arrêt sanctionnant la société Jurisystem, éditeur du site avocat.net<sup>3</sup>. La Cour de cassation<sup>4</sup> rejette pour l'essentiel les pourvois formés par les deux parties. Elle relève notamment que l'usage de la dénomination «*avocat.net*» sans adjonction d'autre terme était de nature à laisser penser à l'internaute que le site était exploité par des avocats ou que tous les services proposés émanaient d'avocats et caractérisait l'existence d'une pratique commerciale trompeuse. La Cour de cassation ajoute qu'elle était «*de nature à altérer de manière substantielle le comportement de l'internaute moyen par rapport aux prestations offertes*». L'arrêt est cependant cassé dans la mesure où il interdisait à Jurisystem d'établir des comparateurs et notations d'avocat en raison des règles déontologiques prohibant toute mention comparative dans la publicité personnelle des avocats. La Cour de cassation estime en effet que les tiers, et donc le site en question, ne sont pas tenus par les règles déontologiques d'une profession à laquelle ils n'appartiennent pas.

Si cette appréciation est sans doute techniquement exacte, ses conséquences sont difficiles à apprécier puisque la Cour approuve par ailleurs la cour d'appel pour avoir jugé «*que la relation particulière entre le client et son avocat exclut toute comparaison à des fins commerciales*».

**1.1.4.** – La société éditant le site internet musculation.fr était poursuivie pour pratiques commerciales trompeuses du fait de la présentation de produits siglés «*promo*» mentionnant des prix initiaux qui en réalité n'avaient jamais été pratiqués. Elle a été condamnée par le tribunal correctionnel puis relaxée par la cour d'appel de Grenoble pour laquelle cette pratique n'était pas susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un consommateur moyen normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

Elle considérait que le consommateur concerné était intéressé par des produits de ce type, ce qui induisait des achats antérieurs entraînant une certaine connaissance des niveaux de prix pratiqués et aussi que cherchant à les acquérir sur Internet, il pouvait procéder à des comparaisons avec des produits semblables vendus par la concurrence. Par conséquent, pour la cour d'appel, l'acte d'achat étant déclenché par le seul prix effectivement proposé et non par la référence à la promotion, l'infraction n'était pas constituée.

Cette décision est cassée par la Cour de cassation<sup>5</sup> qui, dans une analyse très factuelle, reproche à la cour d'appel de ne pas avoir mieux recherché si les prix de référence avaient bien été appliqués précédemment, tout en estimant que les critères tenant à l'intérêt particulier du client éventuel pour le produit concerné en raison d'achats antérieurs ou sa faculté de comparer instantanément les prix appliqués étaient inopérants.

**1.1.5.** – Le gérant d'une société Palettes de Solderies avait formé un pourvoi contre un arrêt l'ayant condamné pour diverses

pratiques commerciales trompeuses. Son pourvoi est rejeté par la chambre criminelle<sup>6</sup> pour les raisons suivantes :

- Le commerçant présentait sur son site internet une vidéo publicitaire montrant des locaux qui n'étaient pas les siens sous un commentaire faisant état d'une sélection rigoureuse des palettes proposées alors qu'aucun contrôle n'était effectué. Le pourvoi soutenait que la condamnation avait été prononcée à tort faute de démonstration du caractère intentionnel de l'infraction et en ce que la réglementation ne serait pas applicable aux relations entre professionnels. La chambre criminelle considère au contraire que la cour d'appel a justifié sa décision dès lors que le message diffusé était «*sciemment inexact, ce qui constituait un acte de commission et non d'omission*», les pratiques commerciales trompeuses étant de surcroît applicables aux relations entre professionnels.

- Le même site internet proposait un jeu permettant de gagner par tirage au sort sous contrôle d'huissier un véhicule d'une valeur de 13 000 €, véhicule n'ayant jamais été commandé par le commerçant ni attribué, aucun tirage au sort n'ayant eu lieu. L'auteur du pourvoi faisait état de sa bonne foi au motif que le jeu n'était pas visible à l'ouverture du site et qu'il n'y avait pas eu de participants. S'il est vrai que les circonstances de l'affaire semblent peu favorables à la personne poursuivie, il semble difficile de lui reprocher de n'avoir pas organisé de tirage au sort pour un jeu auquel personne n'avait participé.

- Le prévenu avait encore été condamné du fait de l'emploi abusif du mot «*soldes*» dans le nom commercial «*Palettes de Solderies*» pour désigner une activité ne se rapportant pas à une opération de soldes. Là encore, le pourvoi est rejeté, la chambre criminelle considérant que l'article L.310-5 du Code de commerce prohibe l'utilisation du mot «*soldes*» ou de ses dérivés pour des opérations qui ne correspondent pas à la définition légale, et ce que l'opération s'adresse ou non à des professionnels.

**1.1.6.** – UFC Que Choisir ayant publié sur son site Internet un comparateur de devis d'opticiens qu'il estimait dénigrant et trompeur, le Rassemblement des Opticiens de France a saisi le juge des référés qui a rejeté ses demandes<sup>7</sup>.

Pour l'essentiel, le juge retient que le comparateur a pour vocation de renseigner sur une fourchette de prix, sachant que l'Association a informé les consommateurs de la relativité de sa fiabilité, ce qui est exclusif d'un dénigrement, de même que l'absence de citation d'un nom d'un lunettier.

Pour ce qui concerne les pratiques commerciales trompeuses soutenues par le demandeur dans la mesure où le comparateur ne permettait pas d'établir une véritable comparaison des verres optiques, le juge constate que l'article L.121-2 du Code de la consommation relève de la protection des consommateurs qui n'entre pas dans la mission du Rassemblement des Opticiens de France, ce qui empêche ce dernier de se prévaloir d'un trouble manifestement illicite.

3. Voir notre Synthèse «*Droit de la publicité – mai 2015-mai 2016* » – LP n° 338, p. 307.

4. Cass. Civ. 1, 11 mai 2017, pourvoi n° 16-13669

5. Cass. Crim. 11 juillet 2017, pourvoi n°16-84902.

6. Cass. Crim. 17 janvier 2018, pourvoi n°16-87753.

7. Réf. TGI Paris, 6 mars 2018.



## 1.2 Droits d'auteur

**1.2.1.** – Une société Expertima reprochait à une société Aquabion des agissements constitutifs de contrefaçon et de parasitisme du fait de la diffusion d'un visuel publicitaire sur lequel elle déclarait détenir des droits d'auteur. Ayant été déboutée par la cour d'appel de Metz, elle forme un pourvoi et la cassation est prononcée<sup>8</sup> au vu de plusieurs attendus de principe :

- une personne morale est susceptible d'être l'auteur d'une œuvre protégée par le droit de la propriété littéraire et artistique, notamment dans le cas d'une œuvre collective,
- l'action en parasitisme est ouverte à une personne ne pouvant se prévaloir de droits privatifs et n'implique pas nécessairement l'existence d'un risque de confusion.

**1.2.2.** – Une société avait sollicité d'un auteur la rédaction de divers documents publicitaires pour la promotion de chocolats. Un devis était présenté par l'auteur qui était signé par la société avec la mention «*sous réserve de l'appréciation des textes*» commandés, tout en refusant de signer les conditions générales en raison notamment du montant des pénalités prévues dans une clause pénale. La cour d'appel<sup>9</sup> avait rejeté la demande de l'auteur qui se plaignait de l'utilisation de ses textes sur le site Internet de la société et sur des brochures publicitaires en l'absence d'accord sur les conditions générales. Selon la cour, le devis signé par les parties, la remise des travaux et leur facturation permettait d'établir que les droits de l'auteur avaient été cédés à la société.

Cette décision est cassée<sup>10</sup>, la Cour de cassation considérant que l'absence d'accord sur les conditions générales destinées à définir la portée de la cession consentie par l'auteur n'avait pas pu permettre ladite cession quand bien même le travail de l'auteur avait été transmis à la société.

**1.2.3.** – L'association Théâtre Royal de Luxe poursuivait Coca-Cola devant les juridictions françaises du fait de la diffusion sur Internet d'un spot publicitaire qu'elle estimait constituer une contrefaçon de ses créations originales. La cour d'appel<sup>11</sup> déclarait les juridictions françaises incompétentes au motif que les vidéos n'étaient pas à destination du public français «*soit parce qu'elles sont (étaient) destinées à un public étranger, soit parce qu'elles sont (étaient) destinées à des professionnels de la publicité et de la communication dans un but d'information*», ce qui ne permettait pas de créer de lien de rattachement suffisant ou significatif entre les sites Internet, les vidéos postées et le public français. Cette décision est cassée<sup>12</sup> au motif que «*l'accessibilité, dans le ressort de la juridiction saisie, d'un site internet diffusant le spot publicitaire litigieux suffit à retenir la compétence de cette juridiction, prise comme celle du lieu de la matérialisation du dommage allégué pour connaître de l'atteinte prétendument portée aux droits d'auteur revendiqués*».

8. Cass. Civ. 1<sup>re</sup> 22 juin 2017, pourvoi n°16-16799.

9. CA Nancy, 14 septembre 2015.

10. Cass.Civ. 1, 4 octobre 2017, RG n°16/10411.

11. CA Paris, 22 octobre 2015.

12. Cass.Civ.1, 18 octobre 2017, RG n°16-10428, commentaire T. Douville, *Légipresse* n° 356, p. 42.

## 1.3 Droits à l'image

**1.3.1.** – Des associations ont saisi le Conseil constitutionnel d'une QPC visant la conformité de l'article L. 621-42 du Code du patrimoine dans sa rédaction issue de la loi du 7 juillet 2016 : «*L'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent les domaines nationaux, sur tous supports, est soumise à l'autorisation préalable du gestionnaire de la partie concernée du Domaine National. Cette autorisation peut prendre la forme d'un acte unilatéral ou d'un contrat, assorti ou non de conditions financières. La redevance tient compte des avantages de toute nature procurés aux titulaires de l'autorisation.*»

Le Conseil constitutionnel<sup>13</sup> rejette la QPC en tenant compte de la nature exceptionnelle des biens concernés et de leur lien avec l'histoire de la Nation. Il constate que la loi évite qu'il soit porté atteinte à leur caractère et permet la valorisation économique du patrimoine considéré. Le Conseil rappelle que l'autorisation ne peut être refusée que si l'exploitation commerciale envisagée porte atteinte à l'image du bien et qu'en cas d'autorisation, la redevance doit tenir compte des avantages de toute nature procurés aux titulaires de l'autorisation dans le respect des exigences constitutionnelles, et notamment du principe d'égalité.

**1.3.2.** – Le Conseil d'État<sup>14</sup> met un terme à la procédure qui avait été engagée dans le litige opposant Kronenbourg au Domaine national de Chambord<sup>15</sup>. Il s'agissait pour ce dernier d'obtenir le paiement de droits du fait de l'utilisation de l'image du château dans une publicité pour la bière 1664.

Le Conseil d'État rejette le pourvoi formé par le Domaine national de Chambord en constatant que :

- ni les prises de vues du château, ni leur exploitation commerciale ne constituaient un usage privatif du domaine public,
- l'utilisation de l'image du château sans autorisation préalable et sans rémunération ne constituait pas une faute, sauf à ce que soit établi un trouble anormal dans les conditions définies par la Cour de cassation.

Le Conseil d'État relève cependant que la situation serait aujourd'hui différente du fait de la loi du 7 juillet 2016 selon laquelle une autorisation, éventuellement assortie d'une redevance, est devenue nécessaire pour l'utilisation à des fins commerciales des prises de vues d'un immeuble du domaine public (cf 1.3.1).

## 1.4 Marques

**1.4.1.** – Nous avons évoqué l'affaire opposant Maisons du Monde à Gifi et plus précisément la décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation cassant celle de la cour d'appel de Bordeaux dès lors que Maisons du Monde étant une marque de renommée, elle était protégée même à défaut de risque de confusion dès lors

13. Conseil constitutionnel, décision 2017-687QPC du 2 février 2018.

14. Conseil d'Etat, 13 avril 2018, n° 397047.

15. Voir notre Synthèse «*Droit de la publicité – mai 2013-mai 2014 – LP n° 316, p. 314* »

que le degré de similitude était suffisant pour que le public concerné établisse un lien entre le signe et la marque<sup>16</sup>.

La cour d'appel de renvoi<sup>17</sup> va, aux termes d'une longue motivation, dans le sens de la Cour de cassation. La cour relève que Maisons du Monde jouit d'une renommée sur le territoire national auprès du grand public et qu'il suffit par conséquent de constater «un certain degré de similitude entre la marque et le signe en raison duquel le public concerné établit un lien entre ceux-ci alors même qu'il ne les confond pas».

Puis elle retient que :

- les signes en présence ont en commun le terme «Maisons» (en majuscules de couleur bleue et à l'horizontale pour Maisons du Monde et en majuscules de couleur noire et à la verticale pour Tout pour la Maison de Gifi),
- le fond de couleur orangé de Gifi se rapproche de celui de Maisons du Monde,
- certes l'élément figuratif de Maisons du Monde reproduit schématiquement 4 habitats (tente, igloo, maison, case) tandis que celui de Gifi est simplement une maison au graphisme différent mais que Maisons du Monde a souvent utilisé la seule représentation schématique d'une maison sur ses produits ou ses étiquettes.

Elle en déduit qu'ont ainsi été repris «des éléments caractéristiques de l'identité propre à la marque renommée Maisons du Monde tout à fait distincts des éléments caractéristiques de l'identité visuelle» de la marque Gifi.

La cour relève encore que conceptuellement, les deux marques renvoient à l'univers de la maison, de la décoration et de l'ameublement, ce qui au demeurant n'est pas très surprenant pour des sociétés exerçant leur activité dans ces domaines. Elle estime en conséquence que l'appréciation globale de ces facteurs démontre «l'existence d'un certain degré de similitude... conduisant le public concerné... à établir un lien entre ces deux marques alors même qu'il ne les confond pas.»

La cour ajoute que Gifi qui commercialise des produits de moindre qualité que Maisons du Monde tire ainsi profit de l'attractivité et de la renommée de cette dernière qui justifie d'importants investissements créatifs pour l'entretien de l'image et de la notoriété de sa marque. Reprenant les jolies expressions de la Cour de justice dans un arrêt L'Oréal du 18 juin 2009, elle estime que Maisons du Monde subit un préjudice qualifié de «*ternissement*», «*dégradation*», «*dilution*», «*grignotage*» ou «*brouillage*». En un mot, il résulterait de cette situation «une dispersion de l'identité de la marque et de son emprise sur l'esprit du public de telle sorte que la marque renommée n'est plus en mesure de susciter une association immédiate avec les produits ou services pour lesquels elle est enregistrée».

La marque «*Tout pour la maison*» est annulée et Gifi condamnée à payer 500 000 € à Maisons du Monde. On ne peut s'empêcher de trouver cette décision en tous points excessive compte tenu de la très grande banalité des éléments concernés. Il apparaît sur Google

plus d'1 million d'occurrences de l'expression «*Tout pour la maison*» et la reproduction du symbole d'une maison pour désigner des produits d'ameublement n'a qu'une originalité particulièrement relative. Il est parfois regrettable que des analyses purement juridiques perdent le contact avec la réalité d'une situation.

**1.4.2.** – Une société Cache-Cache commercialisant des vêtements et accessoires pour femmes poursuivait une personne ayant déposé la marque «*Cache-Cache*» pour désigner des produits des classes 31, 32 et 33 et particulièrement des bières, boissons alcooliques, vins et spiritueux en soutenant que ce dépôt devait être annulé dans la mesure où il l'empêchait de développer ses propres publicités puisqu'elle pouvait être poursuivie pour publicité indirecte en faveur d'un alcool. L'article L.3323-3 du Code de la santé publique interdit en effet la propagande ou publicité en faveur d'un produit autre qu'une boisson alcoolique qui, par l'emploi d'une marque notamment, «*rappelle une boisson alcoolique*».

La jurisprudence faisait habituellement droit à ces actions. Ce n'est pas le cas ici puisque le tribunal<sup>18</sup> rejette la demande. Il retient qu'il faut procéder à une appréciation globale de l'ensemble des circonstances de l'espèce afin de caractériser l'existence d'un lien entre les deux marques dans l'esprit du consommateur, sans quoi la publicité pour un autre produit ne rappellera pas une boisson alcoolique. Il considère que tel n'est pas le cas dès lors que «*cache-cache*» est un nom commun usuel et qu'à défaut de notoriété particulière des deux marques, une publicité pour les vêtements ne saurait être considérée comme rappelant une boisson alcoolique.

## 1.5 Concurrence déloyale et parasitisme

**1.5.1.** – Nous avons estimé quelque peu surprenante une décision du tribunal de commerce de Paris sanctionnant Nespresso à verser 500 000 € à la société Ethycal Coffee<sup>19</sup>. Cette décision est infirmée par la cour d'appel de Paris<sup>20</sup>. Ethycal Coffee reprochait principalement à Nespresso un dénigrement émanant de téléopérateurs de Nespresso qui auraient indiqué à des consommateurs que les capsules concurrentes «*notamment celles fabriquées par Ethycal Coffee Company*» étaient de nature à endommager les appareils dans lesquels elles seraient utilisées.

La cour rejette le constat d'huissier dans la mesure où les enregistrements des communications téléphoniques avaient été réalisés à l'insu des téléopérateurs, procédé considéré comme déloyal, de même que les questions orientées posées par les consommateurs fictifs les ayant appelés. La cour rejette pour les mêmes raisons des reportages radiophoniques ou téléphoniques qui étaient également versés aux débats. Elle retient quatre attestations tout en constatant que les téléopérateurs «*n'ont fait que relater un fait objectif selon lequel l'usage de capsules concurrentes a pour effet potentiel d'endommager la machine Nespresso et exclut la garantie*», ce qu'elle estime ne pas être dénigrant.

<sup>16</sup>. Voir notre Synthèse «*Droit de la publicité – mai 2016-mai 2017 – LP n°349, page 282*»

<sup>17</sup>. CA Paris, Pôle 5, Chambre 1, 25 avril 2017, RG n°16/08758

<sup>18</sup>. TGI Paris, 3<sup>e</sup> Ch., 2<sup>e</sup> Sect., 3 novembre 2017, RG n°16/07711, LP n° 356, p. 37, com. C. Le Goffic.

<sup>19</sup>. Voir notre Synthèse «*Droit de la publicité – mai 2014-mai 2015*» – LP n° 327, page 311.

<sup>20</sup>. CA Paris, Pôle 5, Ch. 4, 10 mai 2017, RG n°14/13330.

**1.5.2.** – Un auteur avait créé des dessins stylisés apposés sur des bouteilles de vin identifiant des mets par référence aux vins auxquels ils pouvaient être associés. Il avait par ailleurs déposé des marques semi-figuratives reprenant ses dessins avec des expressions telles que « Poulet Chicken Pollo » ou « Poisson Fish Pesce ». Il a assigné en contrefaçon de droits d'auteur et de marques ainsi qu'en parasitisme une société commercialisant des bouteilles de vin et utilisant des visuels de même nature (après avoir bénéficié d'une licence d'exploitation exclusive des marques et des dessins de l'auteur).

La cour d'appel<sup>21</sup> avait fait droit aux demandes de contrefaçon de marques et de parasitisme. La 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation<sup>22</sup>, dans un arrêt principalement délibéré par la chambre commerciale, confirme la décision en ce qu'elle a retenu la contrefaçon de marques du fait d'une impression d'ensemble très similaire et rejeté la contrefaçon de droits d'auteur à défaut d'identification d'une combinaison d'éléments caractéristiques.

En revanche, la Cour de cassation casse l'arrêt attaqué sur la question du parasitisme. Tout en retenant que l'arrêt avait relevé que la société avait poursuivi le concept de l'auteur avec les dessins d'autres produits, déposé une marque dans le style propre de l'auteur et qu'elle s'était approprié une façon innovante de représenter sur une bouteille de vin des dessins décoratifs suggérant de façon ludique l'association du breuvage à un plat, elle considère que ce comportement n'est pas fautif et « *qu'en statuant ainsi alors que les idées étant de libre parcours, le seul fait de reprendre, en le déclinant, un concept mis en œuvre par un concurrent, ne constitue pas un acte de parasitisme* ». Il s'agit d'une interprétation très minimale du parasitisme.

**1.5.3.** – Claude Lelouch et sa société Les Films 13 poursuivaient Citroën et son agence de communication pour la réalisation d'un film destiné à la promotion de la DS 5LS en Chine qu'ils estimaient constitutif d'agissements parasitaires au regard du film *C'était un rendez-vous* réalisé par Claude Lelouch en 1976. Dans les deux cas était présentée une traversée de Paris par une automobile se terminant sur la Butte Montmartre où le conducteur retrouvait une femme. La présidente de l'agence de communication avait déclaré dans un bonus « *On est reparti d'un scénario qui était le fameux scénario de Claude Lelouch quand il avait fait son court-métrage C'était un rendez-vous...* ».

Comme l'avait fait le tribunal de commerce de Paris, la cour d'appel<sup>23</sup> rejette la demande. Elle donne en deux attendus de principe les définitions de la concurrence déloyale et du parasitisme : « *Que ces deux notions requièrent l'application de critères distincts. La concurrence déloyale s'apprécie au regard du risque de confusion, considération étrangère au parasitisme qui suppose la circonstance selon laquelle, à titre lucratif et de façon injustifiée, une personne morale ou physique copie une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements ;*

*que ces deux notions devant être appréciées à l'aune du principe de la liberté du commerce, ne sont sanctionnés au titre de la concurrence déloyale que des comportements fautifs tels que ceux visant à créer un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle sur l'origine du produit, où ceux, parasitaires, qui consistent à s'immiscer dans le sillage d'autrui afin de profiter, sans bourse délier, de ses efforts, de ses investissements et de son savoir-faire.* »

Après avoir constaté que le court-métrage de Claude Lelouch avait nécessité certains investissements humains et financiers et que le film publicitaire trouvait son inspiration dans ce court-métrage, la cour rejette cependant la demande dans la mesure où le fait de s'inspirer d'une œuvre préexistante n'est pas condamnable en soi et qu'en l'occurrence l'inspiration se limite à une thématique ou une idée non appropriable. Elle insiste sur les importantes différences entre les deux films (mise en avant du véhicule dans un cas, de la vitesse et du paysage urbain dans l'autre, plans, structures et bandes sonores différents). Elle estime que le risque de confusion ou d'assimilation pour le public concerné, principalement chinois, n'est pas démontré.

**1.5.4.** – Un maire ayant adressé à ses administrés un courrier dans le cadre d'élections locales se plaignait de la reprise de passages entiers dans un courrier adressé le lendemain aux mêmes destinataires par un conseiller municipal d'opposition. Le tribunal<sup>24</sup> rejette la demande sur le fondement de la contrefaçon considérant l'absence d'originalité du document s'agissant d'une « *suite de phrases ressortant du langage courant sans apport littéraire ou réellement personnel du talent créateur de son auteur.* » En revanche, l'action est admise sur le terrain du parasitisme, la reprise à l'identique de certains paragraphes témoignant d'une volonté parasitaire afin de créer la confusion dans l'esprit des destinataires. Une condamnation à 1 € de dommages et intérêts et à des publications est prononcée.

**1.5.5.** – Une société Mc Eron commercialise une gamme de doudous baptisée « *Les Déglingos* » vendus dans un circuit haut de gamme. Elle produit également d'autres doudous baptisés « *Maboul* » qui sont quant à eux vendus en grandes surfaces via un accord de distribution passé avec Cora. Mc Eron a pris connaissance, dans un catalogue Cora, d'une publicité en faveur des « *Maboul* » reprenant le nom des « *Déglingos* » ainsi que le texte publicitaire utilisé pour ces derniers. Une action a été engagée sur la base de la contrefaçon de marque et de droits d'auteur et en parasitisme.

Comme le tribunal, la cour accueille cette demande<sup>25</sup>. Le texte litigieux est jugé suffisamment original pour que sa reprise constitue une contrefaçon sur le terrain du droit d'auteur. Quant au parasitisme il est admis, la cour estimant qu'en reprenant le texte promotionnel des « *Déglingos* » pour présenter les « *Maboul* », Cora a créé un risque certain de confusion dans l'esprit du consommateur et a profité de l'image connue des « *Déglingos* » pour promouvoir ses propres produits.

**1.5.6.** – La SPA a diffusé une campagne utilisant trois affiches avec les hashtags « *#abattoir* » ou « *#lexperimentationanimale* »

21. CA Paris, 12 mars 2014.

22. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2017, RG n° 14-20310 LP n° 351 juillet-août 2017, page 366.

23. CA Paris, Pôle 5, Chambre 1, 12 septembre 2017, RG n° 16/04469.

24. TGI Marseille, 1<sup>re</sup> Ch. Civ. 23 mars 2017, RG n° 16/04455.

25. CA Paris, Pôle 5, Chambre 1, 16 mai 2017, RG n° 16/03085.



ou «#*corrida*», les trois affiches mentionnant la question : «*La torture... c'est légal ?*» ainsi qu'un encadré comportant les termes «*Monsieur le Président, #JeVousFaisUneLettre*». Quelques jours plus tard, La manif pour tous a repris à l'identique la composition des affiches de la SPA en changeant uniquement les mots et les visuels pour viser «#*GPA*» et «*L'exploitation des femmes... c'est légal ?*». Le tribunal<sup>26</sup> sanctionne La manif pour tous (et une autre association ayant procédé à des faits de même nature) en considérant que le parasitisme est avéré, le message de la SPA se trouvant «*brouillé*» par celui de La manif pour tous. Il faut noter que cette dernière évoquait la liberté d'expression au visa de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ainsi que l'exception de parodie.

Ces deux arguments sont rejetés par le tribunal qui retient que :

- s'il s'agit de sujets éthiques cruciaux, La Manif Pour Tous n'explique pas en quoi il lui était nécessaire pour véhiculer son discours de copier les affiches de la SPA en les détournant à son profit,
- l'objectif était de détourner la cible de la campagne de la SPA et non de provoquer le rire.

## 1.6 Publicité comparative

1.6.1. – Le Galec avait été condamné par la cour d'appel de Colmar le 12 juin 2012 pour une publicité comparative dans laquelle était faussement indiqué «*Les pharmacies Univers Pharmacie 32,5 % plus chères que les parapharmacies E.Leclerc*». L'une des pharmacies de ce réseau a ensuite attaqué le Galec pour solliciter des dommages et intérêts qui lui ont été attribués par la cour d'appel à hauteur de 10 000 €. L'arrêt est cassé<sup>27</sup> pour les deux raisons suivantes :

- La cour d'appel s'est contentée de constater l'existence du précédent arrêt pour y voir la preuve de la faute de Leclerc sans se déterminer d'après les circonstances particulières de cette nouvelle affaire.
- La cour d'appel avait également estimé que la publicité était constitutive d'agissements déloyaux et dénigrants puisqu'elle donnait à penser que les pharmacies du réseau Univers Pharmacie pratiquaient systématiquement des prix largement plus élevés que les parapharmacies Leclerc. La Cour de cassation relève à juste titre que «*le seul fait de comparer des prix, qui relèvent de la nature même de la publicité comparative, ne caractérise pas un dénigrement.*»

## 1.7 Divers

1.7.1. – Une société de confection lituanienne avait diffusé une publicité présentant un mannequin masculin et un mannequin féminin chacun avec une auréole sous les accroches «*Jésus, quels pantalons !*», «*Chère Marie, quelle robe !*» et «*Jésus Marie, ce que vous portez !*». La société ayant été sanctionnée par les juges lituaniens a saisi la CEDH<sup>28</sup> qui a condamné la Lituanie pour avoir méconnu la liberté d'expression. La Cour reconnaît que la protection de la morale découlant de la foi chrétienne et la protec-

tion du droit des personnes religieuses ne pas être insultées pour leurs convictions sont des buts légitimes. Constatant cependant que les publicités en question n'étaient pas gratuitement offensantes ou blasphématoires et qu'elles n'incitaient pas à la haine fondée sur la religion, elle reproche aux juridictions nationales d'avoir prononcé une sanction sur la base de déclarations «*vagues*» ne constituant pas des motifs pertinents et suffisants à expliquer pourquoi le message exprimé par ces publicités serait quand même contraire à la morale publique.

En rappelant le principe bien établi selon lequel la liberté d'expression s'étend aux idées qui heurtent, choquent ou inquiètent, la Cour note que le fait qu'environ 100 personnes se soient plaintes auprès des autorités nationales ne peut justifier en soi l'amende infligée à l'annonceur et que les droits détenus en vertu de la Convention par une minorité ne peuvent pas dépendre du consentement de la majorité. Finalement pour la Cour, les autorités lituaniennes n'ont pas ménagé un juste équilibre entre d'une part la protection de la morale publique et les droits des personnes religieuses et d'autre part, le droit de la société requérante à la liberté d'expression.

## II. LES RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES

### 2.1 Alcool

2.1.1. - C'est peu dire que l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire concernant l'interdiction de diffusion des packs et cannettes Carlsberg reproduisant des joueurs et des logos de la Premier League était attendu avec impatience. Il s'agissait de la première occasion pour la Cour de cassation de se prononcer sur le statut des conditionnements au regard de la loi Évén. La déception est à la mesure de l'attente. Par un arrêt du 5 juillet 2017, la première chambre civile<sup>29</sup>, se fondant sur l'article 1014 du Code de procédure civile, estime que «*Les moyens de cassation du pourvoi principal et celui du pourvoi incident qui sont invoqués à l'encontre de la décision attaquée ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation. Qu'il n'y a donc pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée.*»

Le dossier soulevait pourtant une véritable question de principe : celle de l'interprétation *a contrario* du 3<sup>e</sup> alinéa de l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique selon lequel «*Le conditionnement ne peut être reproduit que s'il est conforme aux dispositions précédentes*», ce qui amène généralement à considérer que lorsque le conditionnement n'est pas reproduit, il n'est pas nécessaire qu'il soit conforme auxdites dispositions. Il est regrettable que les juges n'aient pas voulu statuer sur ce point.

2.1.2. – L'ANPAA a engagé une procédure de référé devant le président du tribunal de grande instance de Paris à l'encontre de Bavaria du fait de l'organisation d'un concours «*Découvrez le visage caché d'Amsterdam*». Par ordonnance de référé du 18 mai 2017, le Président du tribunal de grande instance de Paris annule les deux constats versés aux débats par l'ANPAA, le premier en raison de la participation personnelle de l'huissier au jeu et le second en raison de l'intervention d'un collaborateur

26. TGI Paris, 3<sup>e</sup> Ch., 4<sup>e</sup> Sect., 23 novembre 2017.

27. Cass. Com. 8 novembre 2017, pourvoi n° 16-15162.

28. CEDH, *Sekmadienis Ltd /Lituanie*, 4<sup>e</sup> Ch. 30 janvier 2018, Requête n° 69317/14, LP n° 359, commentaire, p. 208.

29. C. Cass. Civ., 5 juillet 2017, RG n° 10489.



de l'ANPAA dans l'achat de produits Bavaria, ce qui mettait en cause le caractère équitable du procès-verbal. Cependant, il ordonne le retrait des cannettes et des packs véhiculant l'opération en retenant leur caractère manifestement illicite au motif qu'il ne serait pas uniquement fait référence «à l'origine géographique purement objective du produit, à savoir Amsterdam» et qu'«en proposant d'en découvrir le visage caché et en incitant le consommateur à participer à un concours sur le site Internet, les mentions litigieuses associent la consommation de la bière Bavaria 8.6 au jeu, à la chance, au voyage, à la découverte d'aspects méconnus du grand public d'une destination puisque «cachés»».

Cette motivation appelle certaines observations :

- L'origine géographique n'a pas à être «purement objective» (cf. le texte de l'article L. 3323-4 et la jurisprudence «1664», «Arc de Triomphe», «Tour Eiffel»).
- La sanction, par référence «au jeu, à la chance, au voyage, à la découverte d'aspects méconnus d'une destination», est sévère dès lors que l'ensemble se rattachait à l'origine du produit.
- Il n'y a pas de réponse à l'argument sur l'interprétation *contrario* de l'article L.3323-4, le juge se contentant d'écrire : «Le conditionnement est un support de communication destiné à attirer le choix du consommateur par rapport aux produits concurrents à proximité immédiate sur le même rayon. En cela il n'échappe nullement aux prévisions des dispositions précitées du Code de la santé publique».

**2.1.3.** – L'ANPAA poursuivait le Rugby Club Toulonnais (RCT) et la société distribuant la «Bière officielle du RCT». Le site internet [www.labieredurct.com](http://www.labieredurct.com) utilisait des formules telles que «La 3<sup>e</sup> mi-temps du RCT», «Ici la bière aussi est différente» ou encore «Vous êtes un vrai supporter du RCT ? Alors complétez votre pack du parfait supporter en ajoutant la bière du RCT ! En vente dans toutes les grandes surfaces, cafés et restaurants.» Ces mentions figuraient également sur les cannettes de la marque. Le président du tribunal constate que les mentions ayant été retirées du site internet du RCT, les demandes correspondantes sont devenues sans objet. Il en va de même pour ce qui concerne le site [www.labieredurct.com](http://www.labieredurct.com). Ces mentions apparaissent en revanche sur la page Facebook de la marque ainsi que sur son compte Twitter et l'éditeur se voit ordonner le retrait des mentions qui sont considérées comme constitutives d'une publicité illicite pour l'alcool «dès lors qu'elles tendent très manifestement à associer un club sportif à une boisson alcoolisée et ne figurent pas parmi les mentions autorisées par les textes cités». Le président condamne également le distributeur à retirer de la vente l'ensemble des cannettes et des packs portant la mention «La 3<sup>e</sup> mi-temps du RCT».

**2.1.4.** – L'ANPAA poursuivait Kronenbourg et l'organisateur du festival Rock en Seine devant le tribunal de grande instance de Paris en reprochant un parrainage illicite et la présence de la marque ou de logos alibis sur différents supports. Le tribunal de grande instance de Paris rejette l'ensemble des demandes de l'ANPAA<sup>30</sup>. Sa motivation, très détaillée, peut être résumée de la manière suivante :

30. TGI de Paris (5<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect.), 24 mai 2017.

● Brasserie Kronenbourg est intervenue dans le festival en qualité de partenaire commercial et non en qualité de mécène.

● Le logo «Brasserie Kronenbourg» entouré de deux lions encadrant un écusson tel qu'il figure sur chaque page du site du Festival est un logo «corporate» qui n'est pas la marque commerciale de l'entreprise. De même, le lien hypertexte présent lui aussi sur le site du Festival renvoie à la présentation de l'entreprise et non à un site de vente. Il ne s'agit donc pas de publicités en faveur d'un alcool.

● La présence sur le site de la dénomination et du logo «Pression Live» ne constitue pas une publicité indirecte pour Brasserie Kronenbourg du fait des différences entre les deux logos (forme, typographie, absence des lions...). Quant au mot «Pression», il ne peut renvoyer à la seule bière mais, compte tenu de la forme de mediator du logo, à un instrument de musique et à la notion de volume sonore ou de l'intensité d'émotion ressentie lors d'une prestation musicale.

● La présence d'une publicité en faveur de Kronenbourg sur le programme du Festival n'est pas critiquable, cette publicité étant conforme à ce qu'autorise l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique, la référence «Actuellement en tournée dans toute la France\* - \*Kronenbourg est vendue dans plus de 14 000 points de vente hors domicile à travers toute la France» visant les modalités de vente du produit.

● Le terme «Kronenbourg» sur la pelouse de l'espace «Pression Live» est autorisé par l'article R.3323-4 du Code de la santé publique qui autorise les objets de toute nature strictement réservés au fonctionnement de l'établissement. De même pour les parasols portant la mention «Kronenbourg. Gardez votre blé au frais».

● Le ballon aérien à l'effigie de Kronenbourg n'a pas été photographié par l'huissier ayant constaté sa présence et le cliché versé aux débats par l'ANPAA est dénué de force probatoire à défaut de tout élément sur sa date ou le lieu de sa réalisation.

● Les lunettes distribuées lors de la distribution de goodies ne font pas apparaître le mot «Kronenbourg».

● La proposition de teindre des mèches de cheveux en rouge et blanc n'est pas une publicité en faveur de Kronenbourg, l'ANPAA ne démontrant pas que la marque aurait le monopole de l'usage de ces couleurs.

● La présence de la mention «Brasserie Kronenbourg» (qui n'est pas la marque d'alcool) au pied d'une publicité pour le Festival n'est pas illicite, étant observé de surcroît que l'ANPAA ne démontre pas que Kronenbourg serait à l'origine de cette parution.

● Enfin, le tribunal estime que l'opération ne constitue pas un parrainage illicite au seul motif de la présence d'une scène «Pression Live», «Les effets publicitaires étant par ailleurs induits du seul partenariat commercial», consistant à être le fournisseur exclusif de bière du Festival, ce qui n'est pas un parrainage. C'est du moins sans le dire expressément ce que semble retenir le tribunal.



2.1.5. - Heineken était poursuivie pour des bâches mises en place sur les échafaudages permettant les travaux de la Monnaie de Paris sur lesquelles étaient reproduits les visuels de la campagne habituelle de la marque, évoquant, sous l'accroche «*Open your world*», un pont d'Amsterdam et le Port de Rotterdam. Le tribunal de grande instance de Paris<sup>31</sup> a sanctionné cette campagne en se livrant à une application très sévère des règles juridiques concernant la publicité des alcools.

Le tribunal estime tout d'abord que les bâches de chantier n'étant pas expressément visées à l'article L. 3323-2 parmi les supports autorisés pour la publicité des alcools, elles sont interdites. Il considère qu'une bâche d'échafaudage et une affiche sont différentes du fait de leur dimension mais également de la matière utilisée (papier/toile) ainsi que de la réglementation applicable. Par ailleurs, le tribunal, après avoir rappelé qu'il n'était pas lié par les décisions de l'ARPP, sanctionne le slogan «*Open your world*» en considérant qu'il doit se traduire par «*Ouvrez votre monde*» et non par la formule à laquelle renvoyait un astérisque «*Ouvrir une Heineken, c'est consommer une bière vendue dans le monde entier*». Le tribunal juge qu'il s'agit d'une incitation à consommer de l'alcool afin d'ouvrir son monde, voire de s'ouvrir au monde grâce à l'effet supposé désinhibiteur de la consommation d'une Heineken. Le tribunal rejette enfin les visuels représentant un pont d'Amsterdam et le Port de Rotterdam, quand bien même ils seraient à l'origine de la bière Heineken et ce du fait qu'il s'agirait, compte tenu de la forme utilisée, d'un lien entre la consommation d'alcool et l'univers festif de la nuit, le tout constituant une incitation excessive à la consommation d'alcool.

2.1.6. - Le tribunal de grande instance de Paris<sup>32</sup> a rendu son jugement dans l'affaire engagée par l'ANPAA contre une campagne mise en œuvre pour le whisky Monkey Shoulder et qui consistait à habiller le hall des colonnes de la Gare Saint-Lazare de visuels publicitaires en faveur de cette marque présentant des singes écartant les barreaux de leur cage et utilisant la signature : «*Out of the cage*». Ces visuels et ce slogan faisaient référence à un conditionnement utilisé par Monkey Shoulder qui consistait à placer la bouteille dans une cage dont certains barreaux étaient écartés. Le tribunal considère que le slogan «*Out of the cage*» n'est pas conforme à ce que permet la loi Evin. Il estime qu'il ne s'apparente pas à un mode de consommation du produit «*mais au mieux à une notice d'utilisation*» puisqu'il évoque les effets supposés du produit «*afin de s'affranchir des contraintes et du carcan social*».

Le tribunal juge ensuite que ce slogan constituerait une incitation directe à l'attention d'un jeune public à la consommation de l'alcool afin de pouvoir oser dépasser ses limites, ce qui excéderait «*par son caractère incitatif*» les règles de l'article L. 3323-4. Cette appréciation est critiquable car d'une part rien ne permet d'établir que ce slogan était particulièrement destiné à un public de jeunes consommateurs et d'autre part, son caractère incitatif ne devrait pas pouvoir être reproché.

- Les visuels comportant le slogan «*Out of the cage*» sont par là même illicites.

- Les autres visuels le sont également du fait de la présence des barreaux d'une cage, ce qui est sans lien avec l'article L. 3323-4, même s'ils figurent sur le conditionnement des produits puisque ce dernier ne peut être reproduit que s'il est conforme aux autres éléments du texte (origine, composition, élaboration...).

En revanche, le tribunal admet l'utilisation des visuels utilisant les singes dès lors qu'ils font référence à l'origine historique, au terroir de production, à l'histoire et au patrimoine culturel du produit puisqu'il s'agit d'une référence à la pathologie spécifique (impliquant une blessure à l'épaule appelée «*Monkey Shoulder*») dont les malteurs étaient atteints.

2.1.7. – La cour d'appel de Paris<sup>33</sup> a confirmé le jugement<sup>34</sup> rendu en faveur de Pommery du fait de la diffusion d'une publicité reproduisant l'œuvre d'art *Vertigo* de Jacqueline Dauriac installée dans ses crayères à l'occasion d'une exposition d'art contemporain intitulée «*Expérience Pommery #10*».

Comme le tribunal, la cour retient qu'il ne s'agit pas de mécénat dès lors qu'est visée la marque commerciale Pommery et non l'identité de l'organisateur de l'opération et que l'annonce fait référence au produit lui-même. Selon la cour, la loi Evin «*visé à restreindre l'effet attractif du message publicitaire en le cantonnant à des indications informatives et à des références objectives*», ce qui est contestable, la publicité n'ayant pas à être informative et les références objectives étant limitées par l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit.

Cependant, la cour constate que le couloir des caves évoque l'origine et le mode d'élaboration du produit ainsi que son terroir. Elle rappelle que la loi n'interdit pas une indication imagée des éléments qu'elle énonce, ni la possibilité d'une expression artistique. Elle constate que la mention «*Expérience Pommery #10*» situe le cadre de l'exposition de l'œuvre «*Vertigo*» dont le titre ne suggère que l'effet de profondeur infinie de la galerie qu'elle représente. Elle considère que ce visuel est «*la représentation fidèle des crayères mises en valeur par la création de l'artiste sans aucune indication qui dépasse les limites autorisées par la loi*». Elle admet la représentation de la bouteille de champagne ainsi que celle de «*MasterPiece by Pommery*» qu'elle considère comme une référence objective aux qualités gustatives du produit. Le débouté de l'ANPAA est donc confirmé.

## 2.2 Tabac

2.2.1. – Nous avons évoqué la procédure engagée par l'Association Droits des Non-Fumeurs (DNF) à l'encontre du magazine *Voici* à l'occasion de la diffusion d'un article consacré au «*nouvel homme de (la) vie*» de Sophie Davant qui avait donné lieu à un

31. TGI Paris, 5<sup>e</sup> Ch. 2<sup>e</sup> Section, 14 septembre 2017, RG n° 14/16592, LP n° 354, com. p. 556.

32. TGI Paris, 5<sup>e</sup> Ch. 2<sup>e</sup> Section, 7 décembre 2017, RG n° 15/12862.

33. CA Paris, Pôle 2, Chambre 2, 21 décembre 2017 – RG n°16/00155

34. TGI Paris, 19 novembre 2015 (Voir notre Synthèse «Droit de la publicité – mai 2015-mai 2016» – LP n°327, p. 311.



jugement de relaxe<sup>35</sup>. DNF a interjeté appel de la décision qui a été infirmée<sup>36</sup>.

Pour la Cour :

- Il n'y a pas lieu de distinguer entre article journalistique et publicité commerciale, faute de distinction dans la loi, et l'image du couple photographié en train de fumer et le texte «*Elle est comme ça Sophie Davant : entière et passionnée. Elle aime les mecs, les vrais. Pas ceux qui vapotent...*» sont considérés comme constituant une propagande en faveur du tabac.

- Il s'agit de valoriser le fait de fumer une cigarette en l'associant à la virilité par opposition au vapotage.

C'est l'exact contraire de l'avis du tribunal qui estimait que dans le contexte de l'article, il s'agissait non de vanter le tabac mais de dévaloriser le vapotage qui ne représente qu'un «*demi engagement*».

Quant à l'absence de distinction dans la loi entre article journalistique et publicité commerciale, elle semblait relever de l'évidence, le législateur n'ayant pas à distinguer dans un texte ne visant que la publicité.

**2.2.2.** – Une précédente synthèse faisait état des décisions de la cour d'appel de Paris ayant admis la possibilité de diffusion de publicités en faveur du tabac sur des écrans d'ordinateur «*version dématérialisée de la feuille comprise dans la définition de l'affiche*»<sup>37</sup>. D'autres arrêts ont été rendus dans le même sens par la cour d'appel de Paris<sup>38</sup>.

Cependant, la chambre criminelle de la Cour de cassation statuant sur un dossier de même nature casse la décision de la cour d'appel de Paris aux termes d'une motivation qui a le charme de la brièveté à défaut d'avoir celui de la clarté : «*Mais attendu qu'en prononçant ainsi alors que l'exception prévue par l'article L.3511-3, alinéa 2 du Code de la santé publique, applicable au moment des faits, en faveur des affichettes présentées à l'intérieur des débits de tabac, non visibles de l'intérieur, et conformes aux caractéristiques décrites par l'arrêté du 31 décembre 1992, ne s'applique pas aux images diffusées sur un terminal d'ordinateur, la Cour d'appel a méconnu le sens et la portée du texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé*». (Celui de la prohibition de toute forme de communication commerciale en faveur du tabac)

**2.2.3.** – Des fabricants de tabac ainsi que la Fédération française de Tennis avaient été poursuivis par le CNCT pour des faits de propagande, de publicité et de parrainage illicites en faveur du tabac du fait de la mise à disposition de loges ou d'espaces de réception dans l'enceinte des stades de Roland-Garros et de Bercy. Le tribunal correctionnel de Paris<sup>39</sup> avait relaxé les prévenus. La cour d'appel de Paris<sup>40</sup> a au contraire condamné les entre-

prises poursuivies au titre des intérêts civils aux motifs que les espaces privatifs mis à la disposition des industriels leur permettaient de mener des opérations de propagande et que la présence du nom de la société Philip Morris sur le panneau placé à l'entrée de la loge qu'elle louait constituait un acte de publicité.

La chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>41</sup> casse sans renvoi l'arrêt de la Cour d'appel en retenant «*que l'exécution d'un contrat de prestations de services de relations publiques portant sur la location, pendant la durée d'une compétition sportive, d'une loge sur laquelle est apposé un panneau portant le nom de la société selon une signalétique commune à toutes les loges et ne comportant pas de signes distinctifs liés à l'identité des locataires, ainsi qu'un accès privilégié à certains services, ne constitue pas une opération de parrainage ayant pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité directe ou indirecte en faveur du tabac ou des produits du tabac*».

## 2.3 Stimulation

**2.3.1.** – La société Parfums Christian Dior avait mis en place une opération de stimulation des démonstratrices employées par les entreprises partenaires de son réseau de distribution. Il s'agissait de challenges de vente co-organisés par l'annonceur ainsi que par ses distributeurs. Parfums Christian Dior remettait à ces derniers des séries de chèques cadeaux d'un montant prédéterminé qui devaient être ensuite directement attribués aux salariées par leur employeur. L'URSSAF avait réintégré les avantages financiers ainsi versés aux démonstratrices de beauté dans l'assiette des cotisations de Sécurité Sociale de Parfums Christian Dior qui le contestait.

La cour d'appel de Paris<sup>42</sup> rejette l'argumentation de l'annonceur qui soutenait avoir remis les chèques aux employeurs des salariées concernées qui pouvaient choisir leurs bénéficiaires ainsi que les montants alloués conformément à une circulaire du 5 mars 2012 aux termes de laquelle «*les opérations donnant lieu au versement global d'une somme ou avantage global à l'employeur aux fins exclusives de le reverser aux salariés, celui-ci étant libre de déterminer l'identité des bénéficiaires et/ou le niveau de rétribution relèvent du droit commun des rémunérations entre l'employeur et le salarié*». La cour considère cependant qu'en l'espèce, il ne s'agissait pas de la remise d'une somme globale dont la répartition était laissée à la libre appréciation du partenaire mais de la distribution d'avantages clairement individualisables dont le montant était fixé à l'avance par Parfums Christian Dior qui, en sa qualité de co-organisatrice des challenges de vente, avait nécessairement contribué à la définition des conditions d'attribution des cadeaux. Par ailleurs, l'assujettissement des sommes attribuées dans ce type d'opération est limité par l'article L. 242-1-4 du Code de la sécurité sociale aux rémunérations excédant pour une année donnée un montant égal à 15 % du Smic mensuel, ce dont se prévalait Parfums Christian Dior dont l'argumentation est là aussi rejetée dès lors qu'à défaut d'éléments permettant de déterminer individuellement les limites applicables au montant des chèques cadeaux perçus par les employés, il n'est pas justifié que l'exonération pouvait être applicable.

**E. A.**

**35.** TGI Versailles, 8<sup>e</sup> Ch., Sect. 3, 18 janvier 2016, RG n° 15/106000169 (Voir notre Synthèse «Droit de la publicité – mai 2016-mai 2017» – LP n° 349, page 282.

**36.** CA Versailles, 9<sup>e</sup> Chambre, 28 avril 2017, RG n°16/01815 et notre chronique «Se moquer du vapotage, c'est faire la publicité du tabac ?», LP n°350, page 326.

**37.** Voir notre Synthèse «Droit de la publicité – mai 2016-mai 2017» – LP n°349, page 287.

**38.** CA Paris, Pôle 4, Chambre 11, 25 avril 2017 (deux arrêts).

**39.** TGI Paris, 31<sup>e</sup> Chambre, 2<sup>e</sup> Section, 12 septembre 2014 (4 jugements).

**40.** CA Paris, Pôle 4, Chambre 10, 1<sup>er</sup> juin 2016 (3 arrêts, le CNCT s'étant désisté de son appel à l'encontre de la FFT).

**41.** Cass. Crim. 11 juillet 2017, pourvoi n° 16-84647, 16-84648 et 16-84655.

**42.** CA Paris, Pôle 6, Chambre 12, 11 janvier 2018, RG n° 15/12844.