

SOMMAIRE : La publicité

La publicité, une œuvre comme les autres	3
Un enjeu économique	4
Un enjeu juridique.....	4
Les conditions de protection	4
La condition de la forme réalisée	4
La condition d'originalité.....	6
Etendue de la protection.....	7
Titularisation du droit d'auteur.....	7
Les publicités interdites.....	8
Publicité mensongère et trompeuse.....	8
Les allégations fausses.....	8
Les indications fausses	8
Les présentations fausses.....	8
Les sanctions.....	9
Sanctions pénales	9
Sanctions civiles.....	9
Publicité en langue étrangère	9
Publicités portant atteinte aux droits des personnes	9
Les sanctions.....	10
Sanctions pénales	10
Sanctions civiles.....	10
Publicité déloyale et parasitaire.....	10
Le dénigrement	10
Les formes du dénigrement	11
Les supports du dénigrement.....	11
Le parasitisme.....	11
Les sanctions.....	12
Sanctions civiles.....	12
Sanctions pénales.....	12
Publicités portant atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs.....	12
Les publicités réglementées	12
Les publicités comparatives	12

Les conditions « d'autorisation »	12
Les sanctions pour publicité trompeuse	13
Les sanctions pénales	13
Les sanctions civiles	13
Publicités et Tabac.....	14
Les sanctions.....	15
Publicités et Alcool	15
Les sanctions.....	15

La publicité

La publicité est un moyen d'information, voire de promotion, à destination du client potentiel lui permettant de connaître les caractéristiques du produit ou service en cause.

- *C'est l'ensemble des moyens employés pour promouvoir un produit.*
- **Communication commerciale.**

Elle est soumise à des normes étatiques mais aussi professionnelles (l'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité).

Elle se distingue du marketing direct:

- ✓ par son caractère non personnalisé,
- ✓ par le fait que les effets recherchés ne sont pas liés à une action immédiate.

Traditionnellement, la publicité est définie comme une démarche d'achat d'espace utilisé pour promouvoir un produit, service ou marque sur un des grands médias publicitaires.

Une directive européenne de 1984 définit la publicité comme « *toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations* ».

Ex.: un publipostage ou un spot TV.

- Publicité au «Sens large».

Si la notion de publicité au sens large est admise, la distinction entre publicité médias ou hors médias reste pratiquée.

La publicité, une œuvre comme les autres

Une publicité laisse rarement indifférent : elle peut interpeler, choquer, interroger, émouvoir, surprendre, gêner, extasier comme une œuvre d'art classique.

Chacun d'entre nous se souvient de publicités célèbres à partir du personnage mis en scène (Mr Propre), du slogan (Just do it), d'un style graphique ou encore d'un support.

- Une publicité est donc une œuvre comme les autres, à la différence près qu'elle porte le message du produit.

Un enjeu économique

La publicité est inhérente à l'activité économique, elle permet de « rendre publiques » les informations d'une entreprise relatives aux produits ou services qu'elle propose.

En 2013, l'ensemble des dépenses publicitaires en France dépassait 13 milliards €.

- Sans publicité, les produits ou services, quelle que soit leur attractivité, n'atteindraient pas leur clientèle.

Elle constitue un vecteur de communication conférant une identité aux produits ou services et permet de construire la réputation et la renommée de l'entreprise.

- La publicité attire la clientèle, élément essentiel de l'entreprise.

Un enjeu juridique

Le législateur français et européen ont encadré son utilisation pour s'assurer d'une certaine loyauté dans les relations de concurrence et protéger les consommateurs des publicités trompeuses.

- Le droit d'auteur constitue une protection non négligeable pour limiter la reproduction ou l'imitation par les concurrents.

Les conditions de protection

Une bonne publicité marque l'esprit du client et se démarque de la communication commerciale des concurrents.

Les annonceurs et les agences de publicité redoublent d'imagination quant au message à transmettre et quant à la manière de l'exprimer.

- Grande diversité des œuvres publicitaires.

La condition de la forme réalisée

Le droit d'auteur protège une « œuvre de l'esprit »,

- Notion difficile à cerner car il n'y a pas de définition légale ou conventionnelle,

- ✓ Pour doctrine, c'est la « réalisation d'une forme »,
 - ✓ Pour la jurisprudence « le droit d'auteur ne protège les créations dans leur forme sensible, qu'autant que celle-ci est identifiable avec une précision suffisante pour permettre sa communication ».
- **Exclusion des idées publicitaires** tant qu'elles ne sont pas formalisées (libres de parcours et pas d'atteinte à la liberté de commerce et d'industrie: on ne peut pas réserver une idée).

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer « qu'une simple idée publicitaire, fût-elle originale, ne saurait être susceptible d'appropriation en elle-même ».

Exemple

Le tribunal civil de la Seine a ainsi refusé de protéger l'idée d'une affiche représentant un globe terrestre dans deux verres de lunette pour promouvoir un quotidien.

A noter : l'idée publicitaire est protégée par l'action en concurrence déloyale et parasitaire.

➤ **Exclusion des procédés publicitaires**

Le droit d'auteur ne protège pas les méthodes qu'elles soient scientifiques, techniques, culinaires, pédagogiques ou publicitaires.

Exemples

- ✓ L'idée d'introduire des cartes à jouer dans des emballages de biscottes,
- ✓ Comparer la blancheur résultant d'un produit de lavage par rapport aux produits concurrents,
- ✓ Commercialiser des chèques-cadeaux dans un coffret,

Une société souhaitait voir reconnaître la protection de l'idée de faire porter par des spectateurs dans une tribune des vêtements de couleur spécifique pour communiquer un message ou une image.

Les juges ont considéré que le procédé ne différait guère de la pratique du « tifo » (faire porter par le spectateur un carton, un drapeau, un étendard ou tout autre objet coloré dans un même but).

- Le procédé « met en application une simple idée qui n'est pas susceptible d'appropriation».

➤ Recours à la concurrence déloyale, fondement de droit commun de la responsabilité civile délictuelle (1240 Code civil).

Peu importe l'existence d'une forme, toute imitation d'une publicité peut être sanctionnée en cas de risque de confusion entre les publicités.

La condition d'originalité

Une appréciation classique de la condition d'originalité selon le droit français est l'empreinte de la personnalité de l'auteur.

Les pubs trouvent leur place dans la liste non exhaustive des œuvres protégeables de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle :

- ✓ œuvre littéraire (slogan ; brochure),
- ✓ une composition musicale (jingle),
- ✓ une œuvre radiophonique ou cinématographique (spot publicitaire),
- ✓ une œuvre de dessin (affiche),
- ✓ une œuvre photographique (catalogue), ou
- ✓ une œuvre d'art appliqué (conditionnement; vitrine).

Slogan publicitaire

La protection a été obtenue pour le slogan « *Temporaire, mais pas précaire* » au bénéfice d'une société de travail par intérim au motif « que, si cette idée est en effet communément répandue dans ce secteur d'activité (...), il n'en demeure pas moins que sa formulation dans une expression frappante et ramassée destinée à frapper les esprits, dont il n'existe pas d'équivalent antérieur, doit être regardée comme originale ».

La protection a été refusée à une société qui entend aider les étudiants à la location de logement **pour le slogan « *Le N°1 du logement étudiant* »** « dès lors qu'il n'est que la reprise de termes banals, décrivant une activité et insistant sur la position première de l'annonceur, ce qui est plus qu'habituel, les annonceurs utilisant la publicité faisant rarement accroire qu'ils sont les plus mauvais ou même seulement les seconds dans leur domaine ».

En l'absence d'originalité,

- Le recours au **Droit des marques** (le slogan permet d'identifier la provenance du bien ou du service) ou à la **Concurrence déloyale** peut toujours être envisagé sous certaines conditions.

Photo publicitaire

Il résulte en effet de la jurisprudence que les photographies qui reproduisent des objets de consommation courante ne sont pas protégées lorsqu'elles se limitent à une reproduction fidèle de l'objet,

- ✓ L'absence de décor,
- ✓ L'absence de retouches postérieures,
- Exclusion de la protection.

Une photographie de chaussures mocassins posées sur des rondins de bois est protégée lorsque le choix de la mise en scène et l'éclairage « résulte d'une recherche d'ordre esthétique qui magnifie le lustrage et la couleur fauve du cuir et que le cadrage est le fruit d'un parti pris destiné à faire ressortir la ligne élancée des chaussures ».

- Rôle déterminant du décor sinon exclusif dans la série des actes préparatoires à la prise du cliché.

Etendue de la protection

En matière publicitaire, seule la reproduction servile sera constitutive de contrefaçon, renvoyant l'imitation dans le champ de la liberté d'exploitation.

Titularisation du droit d'auteur

- Différence entre l'annonceur et l'agence de publicité.

Qui bénéficie de la protection?

- Le créateur, salarié d'une agence de publicité.

Quid du travail en collaboration?

- L'importance du contrat de cession est parfois relativisée par la jurisprudence.

Manifestation de la liberté d'expression commerciale, la publicité bénéficie d'un régime bienveillant préférant encadrer plutôt que d'interdire pour des raisons tenant au respect de la vie privée, à la protection des consommateurs, de la santé publique ou encore de l'environnement,

- nombreuses restrictions à cette liberté d'expression commerciale.

Les publicités interdites

Publicité mensongère et trompeuse

« Est interdite toute publicité qui comporte sous quelque forme que ce soit des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur ».

- Interdiction au titre des pratiques déloyales.

Les allégations fausses

Certaines allégations ont été réglementées.

Ex.: « yaourts aux fruits » tandis qu'il ne s'agit que d'arôme, « nouveau » que lorsqu'une innovation est sur le marché depuis moins d'1 an.

Les indications fausses

Ex.: composition, indications qu'il est obligatoire de mettre sur les produits, ordre d'importance dans la recette...

Reconnaissance par la loi du bon dol : argument de vente comme la présentation extrêmement flatteuse du produit, par ex.: « *le produit le plus extraordinaire* ».

- Présentations certes très avantageuses, mais pas mensongères.
Ex : *les vendeurs de voiture.*

Les présentations fausses

Ex : *représentation d'oranges sur un produit qui n'est pas à base de fruit, recettes et ingrédients...*

Ex : *une présentation du plat juste « améliorée » comme mise dans une belle vaisselle n'est pas mensongère.*

En matière de publicité mensongère, la bonne foi est inopérante.

La publicité émane nécessairement d'un professionnel qui vend à un consommateur.

- Le professionnel est censé être avisé il ne peut pas se faire pardonner parce qu'il s'est trompé.

Le consommateur protégé

En droit un adage dit que « le droit ne protège pas les imbéciles » .

- Le Consommateur doit être avisé : ce que les gens peuvent croire dans leur capacité de connaissance, d'ouverture d'esprit.

Ex : Arnaque au gain : « vous avez gagné ça ».

Le responsable

En principe c'est l'annonceur, celui qui fait la publicité, celui pour le compte duquel la publicité est faite.

En pratique, toute entreprise qui a un intérêt à la publicité.

Il existe des actions récursoires pour déterminer d'où vient la faute qui a mené à cette tromperie : agence de pub, l'entreprise...

➤ La plupart du temps, les dénonciations sont faites par les concurrents.

Les sanctions

Sanctions pénales

La publicité mensongère est un délit : emprisonnement de 2 ans et une amende max de 37.500€, (187.500€ max pour une personne morale).

L'amende peut être portée à 50% des dépenses de publicité.

Le Tribunal correctionnel peut imposer la publication du jugement.

Sanctions civiles

Obligation de réparer le préjudice qu'on a fait subir à la victime.

➤ Dommages-intérêts.

En matière de publicité mensongère, les dommages et intérêts ne sont pas très importants.

Publicité en langue étrangère

LOI TOUBON du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française rend obligatoire l'utilisation de la langue française pour les publicités diffusées sur le territoire.

Publicités portant atteinte aux droits des personnes

Les personnes ont **des droits patrimoniaux susceptibles de commerce** (ex.: droit de propriété) et **des droits extrapatrimoniaux** qui sont **hors commerce** (Ex.: le droit à l'image).

Dans un lieu public, ou pour les besoins de l'information, les personnes peuvent être prises en photo SANS LEUR CONSENTEMENT.

Ex.: les personnes célèbres comme le Président.

Ces photos peuvent-elles être utilisées pour des publicités?

- **Les photos peuvent être diffusées à des fins d'actualité ou de travail.**

On peut utiliser l'image d'une personne dans la publicité dès lors qu'elle donne son consentement.

Ex.: les professionnels font signer un contrat reprenant l'étendue des droits conférés (Ex.: limitation territoriale).

Quid des personnes décédées?

- Il faut l'autorisation des héritiers.

Polémique récente sur certains lieux qui ont été bâtis par des architectes ou certaines maisons appartenant à des gens.

A-t-on le droit d'utiliser ces lieux pour une publicité ?

Ex.: la place centrale de Montpellier, un architecte prétendait qu'il devait toucher de l'argent pour chaque carte postale vendue de cette place. La Jurisprudence a tranché en disant qu'on ne peut pas calquer les droits de la personne sur les droits patrimoniaux.

- **L'extérieur appartient à tout le monde.**

Les sanctions

Sanctions pénales

L'utilisation de l'image sans consentement,

- **Emprisonnement maximum d'1 an et amende de 45.000€.**

Sanctions civiles

Domages et intérêts pour réparer le préjudice (moral) subi par la personne dont l'image a été utilisée.

- Appréciation souveraine des juges, souvent économique.

Publicité déloyale et parasitaire

Principe : Libre concurrence.

Toutefois les comportements représentant une concurrence déloyale sont interdits.

Le dénigrement

Il consiste à jeter le discrédit sur un concurrent en répandant à son propos ou à propos de ses produits ou services des informations malveillantes.

Le dénigrement peut porter sur:

- ✓ Le prix : Ex : « achetez moins cher un produit de qualité » ou un supermarché qui avait mis devant un autre « à peine plus loin mais tellement moins cher ».
- ✓ Le produit.
- ✓ Les méthodes commerciales de l'entreprise concurrente.

Les formes du dénigrement

- ✓ La divulgation de renseignements inexacts

Ex : cas du producteur qui dit qu'il est « le seul français » alors que c'est faux.

- ✓ La divulgation de renseignements exacts :

Ex. : « n'achetez pas chez notre concurrent, il est en procédure de faillite, il ne pourra pas assurer vos produits... ».

Le dénigrement peut aussi porter sur un concurrent même s'il pas nommément désigné.

- Ce qui suffit, c'est que le ou les concurrents dénigrés soient facilement identifiables.

Le dénigrement peut également être collectif

Ex : en 2000, jurisprudence sur une marque dentifrice qui a fait une publicité et écrit sur ses packagings que ce dentifrice éliminait les tâches de café. Syndicat professionnel des vendeurs de café a estimé qu'il s'agissait là d'un dénigrement.

Les supports du dénigrement

- ✓ Imprimé, prospectus, affiche... tout document diffusé,
- ✓ Les média : journal, interview, revue, film publicitaire...
- ✓ Lettres missives : envoi de lettres même si ce n'est qu'à un client potentiel,
- ✓ Document à usage interne : même si pas destiné à capter clientèle.

Le parasitisme

Les agissements parasitaires interviennent entre concurrents mais également entre non concurrents.

- Utilisation de la réputation d'un concurrent, de ses efforts publicitaires ou de recherche-développement.

Exemple

Imitation de la publicité :

- À travers le slogan, But « *les jours les moins chers de France* » imitation d'une publicité d'Auchan « *les 25 jours les moins chers de France* »,

- A travers, l'utilisation des couleurs distinctives des sociétés (chartes graphiques).

Les sanctions

Sanctions civiles

La responsabilité civile

- **Tribunal de commerce.**

Réparation régie par la réparation « in integrum » : indemnisation complète.

- **Réparation du préjudice subi,**
- Eviter le préjudice : agissement en référé pour demander la cessation d'un trouble imminent manifestement illicite à la concurrence.

Sanctions pénales

La responsabilité pénale

- **Tribunal correctionnel.**
- **La contrefaçon : 2 ans d'emprisonnement et 150.000€ d'amende.**
- Voir action publicité mensongère.
(Mal vue)

Publicités portant atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs

Publicité contraire à l'ensemble des règles obligatoires que nous devons tous respecter : l'Etat comme le citoyen.

Les publicités réglementées

Les publicités comparatives

Longtemps interdites car considérées comme déloyales (sauf avec le concours du concurrent).

Sous l'impulsion du droit communautaire, elles ont été autorisées sous certaines conditions.

La communauté européenne a estimé que les disparités sur la publicité entravaient la libre circulation des marchandises d'un pays à l'autre.

Les conditions « d'autorisation »

- ✓ La pub n'est pas trompeuse,
- ✓ La pub porte sur des biens ou services qui ont le même objectif (même besoin);
- ✓ La pub compare objectivement des caractéristiques essentielles et vérifiables de ces biens ou services (Ex.: le prix).

Article L122-1 Code de la consommation

Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent n'est licite que si :

1° Elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur;

2° Elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;

3° Elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie.

« Qui mieux que Renault peut entretenir votre Renault ? »

Slogan jugé licite car n'induisant pas que seules les prestations de réparation et d'entretien des véhicules par le réseau Renault assuraient la fiabilité et la sécurité du véhicule, à l'exclusion des mécaniciens et réparateurs indépendants. En outre, il n'impliquait pas que seul le réseau Renault pouvait procéder à la monte de pièces d'origine ou de pièces de qualité équivalente (Cass. com. 10-5-2011).

Les sanctions pour publicité trompeuse

Les sanctions pénales

La publicité mensongère est un délit : **emprisonnement de 2 ans et une amende maximum de 37 500€** (multipliée par 5 si personne morale).

L'amende peut être portée à 50% des dépenses de publicité et Publication du jugement.

Les sanctions civiles

Dommmages-intérêts.

Ex.: Publicité trompeuse

Une plaquette publicitaire éditée par un établissement de formation dans laquelle était inséré un tableau comparatif des taux de réussite à un examen obtenus par différentes écoles ; en effet, ce tableau excluait certaines écoles lorsque leur taux de réussite était meilleur que celui de l'établissement de formation (CA Paris 23-5-2003).

- ✓ Les sanctions pour utilisation déloyale des marques du concurrent : action en contrefaçon (sanctions pénales et civiles),
- ✓ Les sanctions pour concurrence déloyale : dénigrement du concurrent sur une base non objective (sanctions civiles).

➤ Triple peine!

A été jugé illicite l'affichage par un distributeur d'un tableau comparatif des prix pratiqués par lui-même et une enseigne concurrente sur un certain nombre de produits génériques (huile d'olive, maïs etc.) dès lors que la publicité ne contenait pas d'indications objectives permettant de connaître les raisons des différences des prix pratiqués alors que l'exigence d'objectivité suppose que le consommateur puisse avoir connaissance des caractéristiques propres à justifier les différences de prix (Cass. com. 31-10-2006).

L'alcool et le tabac sont des produits dangereux pour la santé, leur publicité est limitée.

La Loi Evin du 10 Janvier 1991 vient réglementer la publicité.

Publicités et Tabac

Toute propagande ou publicité en faveur du tabac ou des produits du tabac, qu'elle soit directe ou indirecte est interdite¹.

Exception : le produit en cause n'est pas le tabac ou un produit du tabac et a été mis en circulation avant le 1er Janvier 1990 par une entreprise juridiquement et financièrement distincte de toute entreprise liée au tabac².

Ex.: Marlboro leisure wear, Peter Stuyvesant travel

- **Toute distribution gratuite est interdite³.**
- **Toute opération de parrainage qui a pour objet ou effet la propagande ou la publicité directe ou indirecte.**
- **Un message à caractère sanitaire doit apparaître au moins sur au moins 30% du produit.**

Possibilités de publicité pour le tabac réduites au strict minimum :

- ✓ Communications sur internet entre professionnels.
- ✓ Publications et communications hors UE.

Tabac : les soirées de promotion illégales de Philip Morris à Paris

Source: Le parisien 12 mars 2018

¹ Art. 3 Loi EVIN de 1991

² Art. 3511-4 Code de la Santé publique

³ Art. L3511-2-1 Code de la santé publique

Les serveurs indiquent aux clients attablés que des représentants de la marque souhaitent leur faire découvrir ce produit. En échange, les gérants des bars et restaurants branchés de la capitale sont payés avec des chèques cadeaux. Philip Morris organise aussi des événements réservés aux nouveaux adeptes d'Iqos, tous les mois, avec alcool offert.

Les sanctions

- ✓ **75 000€ d'amende, son maximum pouvant être porté à 50% du montant des dépenses consacrées à l'opération publicitaire illégale,**
- ✓ **Suppression ou cessation de la publicité.**

Publicités et Alcool

Même esprit que pour le tabac mais un peu plus de souplesse.

L'article 3323-4 du Code de la santé publique énonce les supports autorisés pour la propagande ou la publicité en faveur des boissons alcooliques:

- Presse écrite (sauf publication pour la jeunesse), radio, lieu de vente à caractère spécialisé.

Limitée à l'indication du degré volumique d'alcool, de l'origine, de la dénomination, de la composition du produit, du nom et de l'adresse du fabricant, des agents et des dépositaires ainsi que du mode d'élaboration, des modalités de vente et du mode de consommation du produit.

Elle peut comporter des références objectives relatives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit.

Les initiateurs d'une opération de mécénat peuvent faire connaître leur participation par des mentions écrites par exemple⁴.

Un message de caractère sanitaire précisant que « **l'abus d'alcool est dangereux pour la santé est obligatoire** » (sauf entre professionnels ou dans un établissement spécialisé) est obligatoire.

Les sanctions

- ✓ **75 000€ d'amende, son maximum pouvant être porté à 50% du montant des dépenses consacrées à l'opération publicitaire illégale,**
- ✓ **Suppression ou cessation de la publicité.**

Les associations de lutte contre le tabagisme ou l'alcoolisme peuvent sous conditions se porter partie civile.

⁴ Art. L3323-6 Code de la santé publique

Traditionnellement, la publicité est définie comme **une démarche d'achat d'espace utilisé pour promouvoir un produit, service ou marque sur un des grands médias publicitaires.**

Elle se distingue du **marketing direct**:

- ✓ par son caractère non personnalisé,
- ✓ par le fait que les effets recherchés ne sont pas liés à une action immédiate.

Une directive européenne de 1984 la définit comme « ***toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations*** ».

Ex.: un publipostage ou un spot TV.

- Publicité au «Sens large».

Si la notion de publicité au sens large est admise, la distinction entre **publicité médias ou hors médias reste pratiquée.**

Le tout peut alors être regroupé sous le terme de **communication marketing.**

Cette distinction est utilisée pour ventiler les investissements de communication marketing, mais elle devient de plus en plus floue avec la montée en puissance des investissements publicitaires Internet.