

LEGIPRESSE

L'actualité du droit des médias et de la communication

■ Chroniques et opinions

Les contrats de production

phonographique à l'aune de la loi

« Création et patrimoine » du 7 juillet 2016

Vincent Varet, professeur Associé à l'Université

Panthéon Assas, avocat au Barreau de Paris

Stéphanie Maury, chargée d'enseignement à

l'Université de Poitiers, avocat au Barreau de Paris

■ Cours et tribunaux

Diffamation sur internet et compétence

de la loi pénale française : de la nécessité

d'un rattachement des propos au territoire

de la République

Cour de cassation (ch. crim.), 12 juillet 2016

Stéphane Detraz, maître de conférences

Université Paris Sud-XI, faculté Jean Monnet

Protection des lanceurs d'alertes :

coup de théâtre à la chambre sociale ?

Cour de cassation (ch. soc.), 30 juin 2016

William Bourdon, Bertrand Repolt,

Apolline Cagnat, avocats au Barreau de Paris

■ Décryptage

Réforme du fonds stratégique pour le dévelop-

pement de la presse et création d'un fonds de

soutien à l'émergence et à l'innovation

Morgane Gaulon-Brain, chargée du numérique

à la FNPS



Publicité en faveur du tabac : nouvelle illustration de la rigueur de la chambre criminelle

La Cour de cassation qualifie une publication spécialisée de communication commerciale

Commentaires croisés de Cass. crim. 18 mai 2016 par Lyn François, maître de conférences à l'Université de Limoges et Jean-Louis Fourgoux, avocat aux Barreaux de Paris et de Bruxelles

Synthèse

STATUT DES JOURNALISTES

1^{er} JUILLET 2015 – 30 JUIN 2016

Emmanuel Derieux et Frédéric Gras

L'autorisation mentionnée au premier alinéa n'est pas requise lorsque l'image est utilisée dans le cadre de l'exercice de missions de service public ou à des fins culturelles, artistiques, pédagogiques, d'enseignement, de recherche, d'information et d'illustration de l'actualité. Un décret en Conseil d'État définit les modalités d'application du présent article. »

Cette disposition législative ne pourra certes pas s'appliquer au litige entre la Société Kronenbourg et l'établissement public du domaine national de Chambord pour la publicité déjà réalisée. Mais, si d'aventure cette société - ou une autre - souhaitait réitérer sa campagne publicitaire, la loi nouvelle pourra régir leurs relations et ce, dans les termes exacts voulus par la cour administrative d'appel de Nantes.

Si le raisonnement de la cour est ainsi « *sauvé* » par la loi, on peut quand même regretter que la loi introduise une limitation de la solution aux seuls domaines nationaux c'est-à-dire aux ensembles immobiliers « *présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation et dont l'État est, au moins pour partie, propriétaire* »¹⁵ car le problème se posera fatalement pour des monuments propriétés de collectivités territoriales. Et ce jour-là, quelle solution faudra-t-il appliquer ? Le même raisonnement que la Cour de cassation, estimant que la collectivité n'a pas un droit exclusif sur l'image de son bien mais qu'elle peut agir en responsabilité pour trouble anormal ? La solution de l'arrêt *Commune de Tours*, étendue aux biens immobiliers et appliquée aux seuls cas nécessitant un usage strictement privatif ou entendue plus largement ? Ou enfin, la solution prétorienne de la cour administrative de Nantes, laquelle n'est pas limitée à la seule prise de vue des domaines nationaux mais de tout immeuble du domaine public d'une personne publique à des fins de commercialisation ? Ainsi, malgré l'inventivité de la cour de Nantes, il reste autant de questions après son intervention qu'avant... **M.D.**

15. Art. L. 621-34 du Code du patrimoine, issu de la loi du 7 juillet 2016, préc.

La Cour de cassation qualifie une publication spécialisée de communication commerciale

MOTS-CLÉS : Publicité, tabac, article L. 3511-3 du Code de la santé publique, communication commerciale

Cour de cassation (ch. crim.)

18 mai 2016

L'Association Les droits des non-fumeurs

339-20

La Cour de cassation estime que la cour d'appel a méconnu les dispositions des articles L. 3511-3 du Code de la santé publique et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors que les photographies, pictogrammes et interviews ayant pour effet de promouvoir le tabac ou ses produits justifiaient, compte tenu de la diffusion de la revue en kiosque, une restriction à la liberté d'expression.

[...]

Vu l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique, ensemble l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme;

Attendu que sont prohibées toutes formes de communication commerciale, quel qu'en soit le support, et toute diffusion d'objets ayant pour but ou pour effet de promouvoir le tabac ou un produit du tabac;

Attendu que, la protection de la santé publique autorise que des restrictions soient apportées à la liberté d'expression sous réserve qu'elles soient nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure que l'association Les droits des non-fumeurs, partie civile, a fait directement citer devant le tribunal correctionnel M. Martinez, directeur de publication de la revue *L'amateur de cigare*, M. Mesple, gérant de la société L'amateur de cigare ainsi que cette société pour les voir déclarer coupables du délit de publicité illicite en faveur du tabac commis à l'occasion de la vente sur le territoire français d'un numéro de la revue comportant notamment des mentions, photographies, pictogrammes, interviews considérés par elle comme constituant des publicités en faveur du tabac; que le tribunal a relaxé les prévenus et débouté la partie civile de ses demandes; que seule cette dernière a interjeté appel du jugement;

Attendu que, pour débouter la partie civile de ses demandes, l'arrêt énonce que la revue bimensuelle *L'amateur de cigare*, qui ne pratique aucune publicité pour attirer de nouveaux lecteurs, a un tirage limité et est diffusée principalement sur abonnement auprès des amateurs de cigare déjà convaincus, n'étant *de facto* accessible en kiosque qu'à ceux qui la recherchent expressément; que les juges ajoutent qu'il est constant que la société gérant cette publication, souvent déficitaire, ne tire aucun bénéfice de son activité; qu'ils retiennent en outre que la revue s'adresse,

également par son contenu, à des amateurs fidélisés et éclairés et a pour finalité le partage d'expériences entre eux et leur information autour de la culture du cigare ; qu'ils précisent que les photographies d'accessoires ou de cigares havanes avec leur descriptif et leur évaluation, les pictogrammes évoquant ceux devant figurer sur les paquets de tabac, la description de méthodes de conservation, les interviews de peintre ou de chanteur évoquant leur goût pour le cigare s'inscrivent dans ce contexte d'expériences personnelles partagées et de conseils techniques échangés entre initiés, n'excluant pas des touches humoristiques qui, relevant de la liberté d'expression et de la liberté de chacun d'en apprécier la teneur, ne peuvent raisonnablement être assimilées à des agissements de prosélytisme en faveur de la consommation de tabac ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors qu'elle avait relevé des éléments ayant pour effet de promouvoir le tabac ou ses produits qui, compte tenu de la diffusion de la revue en kiosque, justifiaient une restriction à la liberté d'expression, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des textes susvisés et des principes ci-dessus rappelés ; D'où il suit que la cassation est encourue ;

Par ces motifs :

CASSE et ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt susvisé de la cour d'appel de Paris, en date du 16 janvier 2015, et pour qu'il soit à nouveau jugé, conformément à la loi, RENVOIE la cause et les parties devant la cour d'appel de VERSAILLES, à ce désignée par délibération spéciale prise en chambre du conseil ;

Prés. : M. Guérin, SCP Piwnica et Molinié, SCP Yves et Blaise Capron

COMMENTAIRE



Jean-Louis Fourgoux

Avocat aux Barreaux de Paris et de Bruxelles,
Réseau GESICA

La Cour de cassation brûle le magazine *L'amateur de cigare* car la diffusion en kiosque de ce bimensuel spécialisé constitue une communication commerciale ayant pour but ou pour effet de promouvoir le tabac. L'arrêt commenté, qui est annoncé comme un arrêt de principe car il aura les honneurs du *bulletin* et des publications, marque une évolution dangereuse de la Haute Juridiction en matière de publicité et liberté d'expression¹.

I. QUELS ÉTAIENT LES FAITS ?

L'amateur de cigare est une revue créée il y a plus de vingt ans, qui publie une sélection des meilleurs cigares et des articles centrés autour du cigare, mais aussi des chroniques sur les voitures de sport, les montres de luxe et les beaux voyages. Ce bimestriel

est commercialisé aussi bien sous forme d'abonnements que de ventes en kiosque. L'association de lutte contre le tabagisme Les droits des non-fumeurs a considéré que cette revue constituait une publicité illicite en faveur du tabac, dès lors qu'elle comporte des mentions, des photographies, des pictogrammes, des interviews qui seraient des promotions du tabac.

Le choix procédural a consisté à citer directement devant le tribunal correctionnel le directeur de publication de la revue, puis devant la cour d'appel de Paris, à la suite d'une relaxe. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 16 janvier 2015², avait considéré que le contenu de cette revue relève de la liberté d'expression d'amateurs de cigares, fidélisés et éclairés et ne peut raisonnablement être assimilé à du prosélytisme en faveur du tabac. Les droits des non-fumeurs ont formé un pourvoi en cassation estimant que la cour d'appel aurait violé l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique.

La Cour de cassation accueille cette argumentation et, au visa de l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique et de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, rappelle que sont prohibées « toutes formes de communications commerciales, quel qu'en soit le support, et toutes diffusions d'objet ayant pour but ou pour effet de promouvoir le tabac ou un produit du tabac ; que la protection de la santé publique autorise que des restrictions soient apportées à la liberté d'expression, sous réserve qu'elles soient nécessaires et proportionnées ou but légitime », au motif que la cour « avait relevé des éléments ayant pour effet de promouvoir le tabac ou ses produits qui, compte tenu de la diffusion de la revue en kiosque, justifiaient une restriction à la liberté d'expression ».

La cassation est prononcée et l'affaire renvoyée devant la cour d'appel de Versailles et non pas la cour d'appel de Paris autrement composée, et il faut espérer que le débat n'est pas clos.

II. UNE INTERPRÉTATION EXPLOSIVE DE LA NOTION DE COMMUNICATION COMMERCIALE

Soyons clairs, cet arrêt, s'il ravit certains opposants au tabagisme³, est une menace très sérieuse pour la liberté d'expression. L'article L. 3511-3 interdisant la publicité fait suite aux lois Veil du 9 juillet 1976 et Évin du 10 janvier 1991, alors que la directive du 26 mai 2003 interdit la publicité pour le tabac dans la presse écrite, la radio et sur internet.

La Cour européenne des droits de l'homme s'est déjà prononcée sur la possibilité de restreindre la liberté d'expression s'agissant de publicité en faveur du tabac par deux arrêts rendus le 5 mars 2009 dans lesquels la publication dans des revues de photographies du pilote Michael Schumacher, avec les logos de marque de cigarettes, pouvait être condamnée comme une publicité illicite, dès lors que « compte tenu de l'importance de la protection de la santé publique, de la nécessité de lutter contre le fléau social que constitue dans nos sociétés le tabagisme, du besoin social

1. Dalloz 2016, p. 1141 ; Droit de la presse n° 78, juillet 2016. Comm 113 JH Robert – RLC 2016, 56 Droit de la publicité - Linda Arcelin, mai 2015, mai 2016, *Gaz Pal* 2016, n° 22, p. 37 ; *Semaine Juridique E.A.* n° 26 - « Pas de fatwa contre l'amateur de cigares », 30 juin 2016.1397, éd. G n° 25, 20 juin 2016.714

2. CA Paris, Pôle 4, Chambre 11, 16 janvier 2015, RG 13/00423, *Légipresse* n° 324, p. 83

3. Zéro tabac.net, 23 mai 2016 ; CA Paris, Pôle 4, Chambre 11, 16 janvier 2015, RG 13/00423, *Légipresse* n° 324, p. 83

L'auteur du présent commentaire est non fumeur, mais opposé à cet arrêt !

impérieux d'agir dans ce domaine et de l'existence d'un consensus européen sur la question de l'interdiction de la publicité en faveur du tabac, la Cour considère que les restrictions apportées en l'espèce à la liberté d'expression des requérants, répondaient à un tel besoin et n'étaient pas disproportionnées au but légitime poursuivi»⁴.

Un auteur autorisé avait annoncé que les juges « bien outillés pour apporter quelque proportionnalité dans les affaires » n'avaient pas besoin de textes pour les guider et qu'ils sauraient empêcher une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression⁵. Cette espérance de bon sens a été déçue. Cependant la situation, en l'espèce, était radicalement différente des faits soumis à la CEDH, puisque les publications des photos montages étaient consécutives à un par-rainage initial et mettaient en scène la marque de cigarette.

La chambre criminelle avait déjà jugé, au visa de l'article 3511-3, que « sont prohibées toutes formes de communication commerciale, quel qu'en soit le support, et toute diffusion d'objets ayant pour but ou pour effet de promouvoir le tabac ou un produit du tabac », mais dans une espèce où c'est le producteur de tabac à rouler qui avait inséré à l'intérieur de l'étiquetage des mentions laudatives selon lesquelles le tabac à rouler *Crossroad*, mélange typiquement américain, torréfié selon un procédé traditionnel, offrait une « expérience inoubliable » et le tabac à rouler *Rasta Chill Tobacco* avait pour « philosophie de se détendre entre amis et passer du bon temps »⁶.

Ceci tranchait la difficulté de savoir si une mention à l'intérieur du conditionnement devait être considérée comme une publicité. Il en a été de même avec des mentions figurant sur le packaging par un producteur annonçant un « service qualité » et créant un lien avec Éco-emballages⁷.

Or, en l'espèce, il n'est pas contesté que la revue spécialisée est bien une publication de presse, soumise au régime de la loi sur la presse et que n'était pas visée une communication spécifique, mais le principe même de la promotion dans un support spécialisé. Il n'était pas soutenu que les articles de *L'amateur de cigare*, certes flatteurs pour le tabac, étaient financés, supportés, encouragés par un ou plusieurs producteurs qui ainsi devaient supporter la qualité d'annonceur et auraient pu se voir reprocher la communication. Non, dans les faits ayant conduit à la censure de la Cour de cassation, il n'était pas question de publicité alibi mais d'articles rédactionnels délivrant des commentaires indépendants mais élogieux.

III. UNE INTERPRÉTATION INCOMPRÉHENSIBLE DE LA NOTION DE COMMUNICATION COMMERCIALE

L'éloge ne semble être admis par la Cour de cassation qu'en privé pour les abonnés, les membres d'un club, d'un réseau,

d'une association, et non pour les lecteurs occasionnels de la revue. Comment s'y retrouver au regard de la qualification juridique de « communication commerciale » et garantir une relative clarté et prévisibilité de l'incrimination ?

Transformer un journaliste en agence de communication pour le réduire au silence si son article est diffusé dans un kiosque et pas sous le manteau est choquant. Les autres revues spécialisées sur des produits (montres, le golf, l'équitation, les voitures, les arts de la table, les bijoux...) doivent-elles redouter d'être abaissées au rang de support de communication commerciale ? La décision de la Cour vise, en mettant une condition de diffusion dans un kiosque, le besoin de réduire la censure et d'insérer un caractère proportionné à l'interdiction.

Or, le critère retenu ne peut en aucun cas constituer un élément de proportionnalité satisfaisant. En effet, ceci revient à interdire la distribution au public, en dehors d'un abonnement, d'une revue spécialisée. On peut trouver dans un kiosque des revues spécialisées qui pourraient présenter des dangers et qui supportent moins de limitation (pornographiques, de vente d'armes...).

« En l'espèce, il n'est pas contesté que la revue spécialisée est bien une publication de presse [...] et que n'était pas visée une communication spécifique, mais le principe même de la promotion dans un support spécialisé. »

Le critère est au surplus totalement rétrograde et la chambre criminelle ne semble pas être au courant que la presse papier est sérieusement concurrencée par le digital ! Faudra-t-il interdire la vente au numéro par internet ou poursuivre tout auteur de blog qui commentera une dégustation d'un cigare avec un bon verre ? La Cour de cassation

semble avoir cédé à cette demande d'interdiction de vente en kiosque, de façon irréfléchie et en méconnaissant les critères de la proportionnalité, ce qui n'est pas sans conséquences.

IV. ET DEMAIN ?

La liste des conséquences dangereuses si cette décision venait à être confirmée, est inquiétante. En premier lieu, les magazines spécialisés pourraient être réservés aux salles obscures, aux marchés parallèles, et, qui plus est, toute la presse (d'information, d'information générale de loisir et de divertissement) ne pourra plus parler de tabac.

Si la Cour de cassation devait être suivie par la cour d'appel de Versailles, des articles « *Comment fumer un cigare* », « *Comment conserver un cigare* », « *Comment choisir un cigare* » ne pourront peut-être plus être librement accessibles. Si cette décision venait à être entérinée, le recul de la liberté d'expression dans notre pays, déjà bien entamée par une autorégulation stricte, pourrait conduire à une censure démesurée. Faut-il rappeler que La Poste en 1996 a gommé, sur une photographie de Malraux, la cigarette qui avait été gravée par le photographe, que la pipe de Jacques Tati a été remplacée pour pouvoir être collée sur les affiches du métro parisien, que la cigarette d'Audrey Tautou représentant Coco Chanel a de la même façon été supprimée sur l'affiche du film ? Sur tous les plateaux et dans les films, la cigarette est désormais mal vue⁸.

4. CEDH 5 mars 2009 *Hachette Filipacchi c/ France* req.1353/05 et *SCPEP c/ France* req. 26935/05

5. Linda Arcelin « Publicités interdites et Réglementées » *Juris-Classeur Concurrence Consommation*, fasc 795 §11, 2016

6. Cass.crim. 21 Janvier 2014, *Bulletin criminel* 2014, n° 18

7. Cass. crim. 15 Décembre 2015, n° 14-87439 inédit

8. États-Unis : tabac interdit dans les films *Le monde* | 13.05.2007 voir sur le site www.lemonde.fr

Le critère de vente au public d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'elle fait une référence flatteuse au tabac ou à un produit du tabac, pourrait faire ressembler notre pays à une communauté d'extrémistes.

En effet, Serge Gainsbourg ne pourrait plus chanter « *Dieu est un fumeur de havane* » car la Fnac propose encore ce CD. M et Jacques Higelin ne chanteront respectivement plus « *Je suis une cigarette* » et « *Je suis amoureux d'une cigarette* ». Sherlock Holmes qui n'a jamais abandonné la pipe ne pourra plus être dans les rayons des librairies et le héros de Soljenitsyne devrait renoncer au réconfort dans le fait de rouler une cigarette... L'exposition de Magritte au centre Pompidou qui accueille du public peut-elle donner accès au fameux tableau « *Ceci n'est pas une pipe* » car le surréalisme et l'ironie de l'auteur pourraient favoriser les fumeurs ?

Faut-il écraser définitivement le tabac et éteindre toutes les cigarettes ? Peut-être pour des raisons de santé publique, mais encore faudrait-il changer la loi pour tout simplement en interdire la vente.

Or, personne n'y songe, ni l'État qui y trouve une source de profit (le parquet n'a d'ailleurs pas interjeté appel de la relaxe prononcée par le TGI), ni la société civile ; seules les associations anti-tabac militent pour un durcissement de la loi. En cette période où le vivre ensemble est encouragé, il est regrettable que des associations privées puissent faire sortir des kiosques telle ou telle revue.

J-L.F.

Délit de publicité en faveur du tabac : nouvelle illustration jurisprudentielle de la rigueur de la chambre criminelle

MOTS-CLÉS : Publicité, tabac, article L. 3511-3 du Code de la santé publique, communication commerciale

Cour de cassation (ch. crim.)

18 mai 2016

L'association Les droits des non-fumeurs

339-20

COMMENTAIRE



Lyn François

Maître de Conférences à l'Université de Limoges
(CRED*-OMIJ EA 3177)

La question de la publicité illicite en faveur du tabac n'en finit pas de générer un contentieux abondant, les stratégies¹ de contournement de l'interdiction par les producteurs étant devenues quasi permanentes. Face à de telles manœuvres, la chambre criminelle de la Cour de cassation a forgé une jurisprudence particulièrement rigoureuse en admettant notamment que les procédés de publicité soient interprétés de manière large². Le présent arrêt³ constitue une belle illustration de cette interprétation large qui semble néanmoins bénéficier de l'appui de la doctrine majoritaire⁴. En l'espèce, l'association Les droits des non-fumeurs a fait directement citer, devant le tribunal correctionnel de Paris, le directeur de publication de la revue *l'Amateur de cigare*, le gérant de la société de publication du magazine ainsi que cette société afin de les faire condamner solidairement pour délit de publicité illicite en faveur du tabac commis à l'occasion de la vente d'un numéro de la revue comportant notamment des mentions, photographies, pictogrammes, interviews considérés par l'association comme constituant l'infraction visée. À l'instar du tribunal correctionnel, la cour d'appel de Paris avait débouté la partie civile de ses demandes en précisant que la revue bimensuelle qui est diffusée principalement sur abonnement auprès des amateurs de cigare ne tire aucun bénéfice de son activité et que, par son contenu, cette revue relève moins du prosélytisme en faveur de la consommation de tabac que de la

* Centre de recherche sur l'eupéanisation du droit

1. Au nombre de ces stratégies figure notamment le parrainage publicitaire des compétitions sportives. Sur cette question, voir D. Roskis, « *Le parrainage publicitaire* », Thèse, Paris I, 1998 ; F. Gras, « Sport et parrainage par des marques d'alcool et de tabac », *Légicom* 2000, p. 97 ; D. Grillet-Ponton, « Contrat de parrainage publicitaire », *JCP E*, 2001, 1368.

2. V. notamment F. Winckelmuller, « Publicité en faveur du tabac : interprétation large des procédés interdits », *Daloz Actualité* 10 janvier 2013 ; E. Andrieu, « Réflexions sur le statut d'articles rédactionnels publiés sur le thème du tabac », *Légipresse* 2013, n° 301.

3. V. Cass. crim., 18 mai 2016, *Légipresse* 20 mai 2016, n° 339 ; *JCP* 20 juin 2016, p. 714 obs. J.-M. Brigant ; *Daloz Actualité* 7 juin 2016, obs. S. Fucini.

4. V. notamment, A. Lepage, « Publicité en faveur du tabac », *CCE* 2013, p. 42 ; A. Lepage, « Publicité pour le tabac : une lutte sans merci entre le droit et les fabricants de cigarettes », *Légipresse* 2003, p. 105 ; F. Winckelmuller, « Publicité en faveur du tabac : interprétation large des procédés interdits », *Daloz Actualité* 10 janvier 2013 ; F. Gras, « Publicité en faveur du tabac », *JurisClasseur Communication* : Fasc 3460 ; E. Andrieu, « Le point sur la publicité en faveur du tabac », *Légicom* 1996, n° 11, p. 76 ; L. Bihl, « Des procès pour faire respecter la loi » *Tabac et Santé*, n° spécial, juill. 1994, p. 68.