

L'interdiction, en France, de publicité télévisée pour certains secteurs économiques fait l'objet d'un vif débat. Maintien ou fin de l'interdiction ? Conformité ou non au droit communautaire ?

# Secteurs interdits de publicité Évolution ou RÉV



**E**n mai dernier, la Commission européenne a mis la France en demeure de lever cette interdiction qui concerne notamment quatre secteurs mentionnés dans un décret du 27 mars 1992<sup>1</sup> : l'édition littéraire, la presse, le cinéma et la distribution. Le gouvernement français a répondu aux autorités communautaires en précisant les raisons pour lesquelles cette réglementation lui paraît conforme au droit communautaire et a décidé de procéder à une large consultation de l'ensemble des acteurs concernés.

## Maintien ou fin de l'interdiction ?

Dans sa réponse adressée aux autorités communautaires, la France relève que l'interdiction de la publicité télévisée pour la grande distribution, la presse écrite, l'édition et le cinéma,

visé à maintenir la diversité de l'offre culturelle, ainsi que le pluralisme des médias. Il contribue à éviter les mouvements de concentration et à préserver les équilibres concurrentiels ainsi que les ressources publicitaires des médias d'opinion. En outre, cette réglementation protège les sources de financement de la presse écrite et, notamment, de la presse quotidienne et régionale, dont les ressources proviennent en grande partie de la publicité en faveur du secteur de la distribution. Aussi bien, ces interdictions sont-elles proportionnées à l'objectif d'intérêt général. La question de l'ouverture de la publicité télévisée aux secteurs interdits n'est pas nouvelle. Depuis plusieurs années, certains acteurs, et notamment les grands distributeurs, réclament une levée totale de cette



tabac et les médicaments sur prescription médicale. Néanmoins, au cours des dernières années, l'évolution des médias et l'apparition de nouveaux modes de communication audiovisuelle a fait resurgir le débat sur l'évolution de cette réglementation. Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel s'est prononcé à plusieurs reprises en faveur d'une ouverture progressive et concertée des secteurs interdits. Ainsi, dans son avis portant sur les modifications du décret du 27 mars 1992, le CSA avait regretté que ledit projet ne modifie pas l'article 8, qui définit les secteurs interdits, et avait suggéré, d'une part, que tous les services, à l'exclusion des services hertziens analogiques nationaux, puissent diffuser des messages publicitaires en faveur des secteurs de la presse, de l'édition littéraire et du cinéma et, d'autre part, que les chaînes locales hertziennes et les canaux locaux du câble puissent en outre diffuser des messages publicitaires en faveur du secteur de la distribution, condition majeure de leur développement et, dans certains cas, de leur existence.

Il est à noter par ailleurs que cette autorité de régulation a déjà assoupli, tout en la respectant, cette interdiction, tolérant l'accès des "producteurs" aux écrans publicitaires. Sont alors considérés comme producteurs, les entreprises qui sont à l'origine de la conception initiale des produits commercialisés sous leur propre marque (MDD), qui maîtrisent tout le processus de fabrication, et réalisent la majorité de leur chiffre d'affaires global grâce à la vente de ces produits. Si ces trois conditions sont réunies, le distributeur, même s'il n'est pas lui-même le fabricant des produits, pourra accéder à la publicité télévisée sans faire pourtant référence à son circuit de distribution au cours du message publicitaire. On peut comprendre et soutenir les réactions légitimes de certains acteurs, qui s'expriment en faveur du maintien de cette interdiction, qu'ils estiment "*une des pièces capitales pour défendre notre diversité culturelle*"<sup>3</sup>, mais l'évolution actuelle des médias, et notamment le déploiement de la télévision numérique de terre, qui suscitera un accroissement de l'offre d'espaces publicitaires télévisés et des besoins accrus en recettes publicitaires, ne peut que conduire logiquement à un assouplissement des interdictions en cause. Dans cette perspective, il devient impératif de veiller à ce qu'une telle ouverture n'ait pas de conséquences négatives en termes d'utilisation des marques appartenant aux industriels, en fragilisant leurs droits et en galvaudant celles-ci.

1 - Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 modifié par le décret du 28 déc. 2001

2 - CJCE - 9 février 1995, Édouard Leclerc-Siplec / TF1 Publicité et M6 Publicité

3 - Lettre du Syndicat Professionnel de la Presse Magazine et d'Opinion au ministre de la culture, le 27 février 2003

# télévisée : évolution ?

interdiction. Il faut toutefois remarquer que ces derniers ont d'ores et déjà accès aux médias TV par l'intermédiaire d'émissions de sponsoring. En 1995, l'interdiction posée à l'article 8 du décret précité de 1992 avait même fait l'objet d'une question préjudicielle devant la Cour de justice des communautés européennes, portant sur la compatibilité de ce texte avec les dispositions du droit communautaire. La Cour<sup>2</sup> avait jugé à l'époque que l'interdiction du secteur de la distribution d'accéder aux écrans publicitaires ne portait pas atteinte aux règles sur la libre circulation des marchandises et ne créait pas de distorsion de concurrence. Elle était en conséquence compatible avec la directive européenne du 3 octobre 1989 visant à la coordination des dispositions relatives à la radiodiffusion télévisuelle, dans la mesure où les Etats-membres peuvent toujours imposer aux organismes de radiodiffusion télévisuelle des règles plus strictes que celles édictées par la directive, qui, elle, ne connaît comme secteurs interdits que le

## L'utilisation des marques des industriels, enjeux de demain ?

Pas plus que l'usage actuel des marques des fournisseurs par les distributeurs, dans le cadre de publicités presse ou radio ne peut être interdite aujourd'hui, sauf pratiques avérées de contrefaçon et/ou de concurrence déloyale (à titre d'exemple, toute pratique de marque d'appel), outre la violation d'un réseau de distribution sélective, un tel usage ne pourra être sanctionné demain, s'agissant de publicités télévisuelles. Le caractère absolu du droit de marque connaît à cet égard des limites fixées par la loi, mais également des tempéraments jurisprudentiels importants.

L'une des principales atteintes au caractère absolu du droit de marque est la reconnaissance générale du principe de l'épuisement des droits de propriété industrielle et, à ce titre, du droit de marque sur le territoire de la Communauté européenne. Brièvement, la théorie de l'épuisement du droit de marque signifie que le titulaire d'une marque épuise son droit par la première mise en circulation du produit en cause dans un Etat-membre de l'Union européenne. Dès lors, le titulaire du droit ne peut plus invoquer celui-ci pour contrôler la commercialisation et la circulation du produit. Le droit français a consacré cette théorie sous l'article L.713-4 du Code de la Propriété Intellectuelle<sup>4</sup>, reconnaissant ainsi la possibilité pour tout acquéreur d'un produit revêtu d'une marque - et acquis licitement - d'en faire la publicité, sous réserve d'un droit de suite, qui est cependant battu en brèche par certaines décisions de jurisprudence. Plus précisément, pour reprendre les termes de la Cour de cassation, la mise en circulation des produits revêtus de la marque par le titulaire de celle-ci ou avec son consentement emporte "autorisation tacite de faire usage de ladite marque au profit des revendeurs"<sup>5</sup> :

**"Le propriétaire de la marque est en droit de s'opposer à ce que les produits la portant puissent être diffusés dans le public dès lors que cette diffusion n'a pas pour objet leur commercialisation."**

*"Mais attendu qu'après avoir retenu, par motifs propres et adoptés, que la société Carcoop effectuait, en utilisant des procédés normaux, une campagne publicitaire destinée à promouvoir la vente de produits authentiques et régulièrement acquis, la Cour d'appel a pu retenir que la société Carcoop bénéficie de l'autorisation tacite d'utiliser, en de telles conditions, la marque dont est titulaire la société S13 qui avait mis en vente ses produits ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches".* Tout en reconnaissant ainsi un droit de suite au titulaire de la marque, la cour rejette l'action intentée sur le fondement de la contrefaçon, le revendeur ayant commercialisé les produits en cause "dans des conditions normales".

En revanche, dans un arrêt bien connu Christian Dior<sup>6</sup>, la juridiction suprême a fait droit à l'argumentation développée par le titulaire de cette marque, en estimant que "le propriétaire de la marque est en droit de s'opposer à ce que les produits la portant puissent être diffusés dans le public dès lors que cette diffusion n'a pas pour objet leur commercialisation".

En tout état de cause, l'usage de la marque d'autrui dans le cadre de la commercialisation des produits "authentiques et régulièrement acquis" ne doit pas se heurter aux intérêts légitimes du titulaire. Sous ces réserves, tout revendeur, commerçant, distributeur bénéficie de l'autorisation d'utiliser les marques des produits dans des opérations de publicité et de promotion destinées à sa clientèle, pour autant encore une fois que l'usage de la marque ne s'inscrive pas dans une logique de pratiques déloyales de la part du distributeur indélicat qui souhaiterait, à titre d'exemple le plus flagrant mais aussi le plus fréquent, attirer la clientèle dans ses magasins, en mettant en valeur un produit revêtu d'une marque connue - voire notoire -, et dont il ne disposerait pas de stocks suffisants.

Dans l'hypothèse où la grande distribution se verrait conférer un accès à la publicité télévisuelle, ces règles devraient alors recevoir application, mais est-ce pour autant une sécurité juridique suffisante ? On peut légitimement en douter. La levée d'une telle interdiction ne risque-t-elle pas ainsi de se faire au détriment des droits dont disposent les titulaires de marques ? Evolution à suivre ! ■

4 - "Le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce de la Communauté Européenne, sous cette marque, par le titulaire ou avec son consentement. Toutefois, faculté reste alors ouverte au propriétaire de s'opposer à tout nouvel acte de commercialisation, s'il justifie de motifs légitimes, tenant notamment à la modification ou à l'altération, ultérieurement intervenue, de l'état des produits".

5 - Cass. com., 27 oct. 1992 : PIBD 1993, n° 539, III, p. 166

6 - Christian Dior, Cass. com. 2 juillet 1996