

MARLÈNE LEROY • BERNARD MOUFFE

LE DROIT DE LA PUBLICITÉ

DEUXIÈME ÉDITION



BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 0 1

DR 696

LE DROIT
DE LA PUBLICITÉ

PAR

Marlène LEROY

ET

Bernard MOUFFE

23634 $\frac{1}{1}$



BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 0 1

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
Introduction	1
PREMIÈRE PARTIE	
L'ŒUVRE PUBLICITAIRE	
Chapitre I^{er}. — La notion de publicité en droit belge	5
Chapitre II. — Spécificité de l'œuvre publicitaire	7
1. Distinction entre œuvres artistiques, factuelles et fonctionnelles	10
2. Distinction entre art pur et art appliqué	12
3. Œuvre publicitaire et droit d'auteur	13
Chapitre III. — Distinction entre le droit français et le droit belge en matière de publicité	15
Chapitre IV. — Les principaux supports publicitaires.	16
1. L'affichage	21
2. La presse écrite	22
3. La presse audiovisuelle.	23
3.1. Rappel historique	23
3.2. Les formes de publicité admises selon les différentes communautés	27
a. Les différentes formes de publicité audiovisuelle en Communauté française	28
b. Les différentes formes de publicité audiovisuelle en Communauté flamande	31
c. Les différentes formes de publicité audiovisuelle pour la Région de Bruxelles-Capitale	32
3.3. Les titulaires du droit de diffusion d'une publicité audiovisuelle	33
3.4. Les règles générales de diffusion de toute publicité audiovisuelle	34
3.5. Les publicités audiovisuelles interdites	38
4. Internet	39
4.1. Les différentes techniques publicitaires sur Internet	40
4.2. Les contrats publicitaires sur Internet	43
4.3. Responsabilités	43

	PAGES
Chapitre V. — Les différents régimes de protection des œuvres publicitaires : distinction entre droit d'auteur et droits des marques, des dessins et modèles ainsi que protection par le biais de la législation concernant les pratiques du commerce	47
1. Le droit d'auteur	48
2. Le droit des dessins et modèles	49
3. Le droit des marques	50
4. Le droit des brevets	51
5. La législation sur les pratiques du commerce	51
Chapitre VI. — Les parties à l'œuvre publicitaire	53
Chapitre VII. — Définitions pratiques	56
DEUXIÈME PARTIE	
LE DROIT D'AUTEUR	
Historique	59
Chapitre 1^{er}. — Les conditions de la protection : l'auteur et son œuvre	59
SECTION I^{re}. — L'AUTEUR ET LE TITULAIRE DES DROITS D'AUTEUR	59
A. <i>Principes</i>	59
B. <i>L'auteur titulaire</i>	60
C. <i>L'auteur de l'œuvre publicitaire</i>	63
1. Nécessité en principe d'une personne physique	63
2. L'œuvre publicitaire, œuvre de collaboration indivise ou œuvre collective divisible, appartenant à l'agence	65
D. <i>Les cessionnaires de droits</i>	66
1. L'agence et ses créatifs	66
a) L'auteur salarié : les cessions liées au contrat de travail	67
b) L'auteur indépendant : les cessions liées au contrat d'entre-prise	68
2. Les rapports entre l'annonceur et l'agence	68
a) Pratique française	69
b) Pratique belge	71
c) La rémunération de l'agence par l'annonceur	73
3. Quant aux régies	74
4. La cession des supports	75
SECTION II — L'ŒUVRE OU LA CRÉATION ORIGINALE	76
A. <i>La création de forme</i>	77

	PAGES
1. Le principe classique de la non protection des idées	77
2. La nécessité de voir protéger les idées publicitaires originales	83
3. De l'idée à la création de forme	87
a) L'idée fournie au réalisateur	88
b) Les droits du réalisateur indépendant exécutant les idées du donneur d'ordre.	89
c) Du concepteur au réalisateur, partage ou non des droits?	90
d) L'appropriation frauduleuse d'une idée	92
e) L'appropriation frauduleuse d'une idée publicitaire entre agences concurrentes.	92
f) L'appropriation par l'annonceur d'idées de l'agence	95
g) La récupération des idées d'une agence par une autre agence pour le même annonceur	96
h) La banalisation des idées ou l'apparition des thèmes publicitaires	97
i) L'appropriation d'un procédé publicitaire entre agences	99
B. <i>L'originalité</i>	100
1. La notion d'originalité	100
a) L'originalité n'est pas la nouveauté	101
b) L'originalité est indifférente du mérite	103
c) L'originalité est indifférente au genre de l'œuvre	105
2. Caractéristiques de l'originalité	107
a) Impératifs d'une définition	107
b) Originalité et effort intellectuel	107
3. L'originalité des différentes publicités	110
a) Selon la jurisprudence, ont été jugés originaux	112
b) Par contre, n'ont pas été jugés originaux	115
C. <i>Applications du droit d'auteur aux créations publicitaires</i>	116
a) Les idées, ébauches et thèmes publicitaires	116
b) Les slogans	117
1 ^o Le rapprochement entre des slogans et des titres	122
2 ^o Le rapprochement des slogans et des marques	123
3 ^o Les signes graphiques et les noms	124
4 ^o Le rapprochement des slogans et des signes distinctifs	125
c) Les dessins publicitaires et affiches	125
d) Les spots audiovisuels	129
e) Les photographies publicitaires	130
f) Les œuvres musicales, musiques d'accompagnement et génériques	133
g) Les emballages et moyens de conditionnement	134
h) Les personnages publicitaires	135
i) Les œuvres publicitaires composées ou complexes	137
Chapitre II. — Étendue de la protection	138

	PAGES
SECTION I ^{re} . — LES DROITS D'AUTEUR SUR LES ŒUVRES PUBLICI- TAIRES	138
A. <i>La durée des droits d'auteur</i>	138
B. <i>Les droits patrimoniaux</i>	139
1. Le droit de reproduction	140
a) Droit de reproduction publique	140
b) Droit de reproduction privée	140
2. Droit d'adaptation	141
3. Droit de traduction	141
4. Droit de prêt et de location	142
5. Droit de communication au public ou « droit de représenta- tion »	142
6. Droits de destination et de distribution	143
C. <i>Exceptions aux droits patrimoniaux</i>	144
1. Le droit de citation	144
2. L'usage privé	145
3. La caricature, la parodie et le pastiche	146
D. <i>Les droits moraux</i>	149
1. Le droit au nom, droit de paternité	151
a) Le cas du créatif isolé : rappel des principes	154
b) Cas de l'œuvre publicitaire : Rapports entre l'agence et ses créatifs	154
c) Rapports entre l'agence et l'annonceur	157
2. Le droit de divulgation	157
a) L'achèvement de l'œuvre	158
b) Les publicités audiovisuelles	158
1° En cours de travail créatif	159
2° La version définitive	159
3° Droits du réalisateur et du producteur	160
4° Exercice des droits moraux	160
5° La matrice originale	161
3. Le droit de repentir ou de retrait	161
4. Le droit à l'intégrité et au respect (droit à l'adaptation)	162
a) Principes	162
b) Applications jurisprudentielles	164
c) La personne qui peut se plaindre pour non respect	170
d) Le droit à la non-destruction	171
E. <i>Les droits voisins</i>	171
1. Les droits patrimoniaux des artistes publicitaires	176
a) La situation française en matière de protection et de rémunération de l'artiste publicitaire	186
b) La pratique américaine en matière de rémunération de l'artiste publicitaire	191
2. Les droits moraux des artistes publicitaires	193
3. Les producteurs publicitaires	196

4. La question du sponsoring et du parrainage publicitaires	206
SECTION II. — LES CONTRATS DE CESSIION ET DE CONCESSION DE DROITS	213
A. <i>Droit de propriété et droits d'auteur.</i>	213
B. <i>L'utilisation, dans une campagne publicitaire, d'une œuvre pro- tégée, d'un produit de marque ou breveté</i>	214
C. <i>Distinction entre les cessions : aliénation et licence</i>	219
D. <i>Les cessions de droits par l'auteur, le droit commun</i>	219
1. Les droits moraux	219
2. Les droits patrimoniaux	220
E. <i>Les contrats</i>	221
1. Les contrats de cession et la nature des droits cédés	221
2. Le contrat de travail	228
3. Le contrat de commande	230
a) Le contrat de commande d'une œuvre spécifique	230
b) Le contrat de commande d'une œuvre publicitaire	232
b1. L'œuvre doit être créée par un auteur en exécution d'un contrat de commande	233
b2. L'œuvre doit être destinée à l'activité du commandi- taire	234
b3. L'activité du commanditaire doit relever de l'indus- trie non culturelle ou de la publicité	234
b4. La cession des droits au commanditaire doit être expressément prévue	236
c) En pratique	236
F. <i>Les cessionnaires de droits</i>	237
1. Le producteur	237
a) Présomption de cession des droits d'exploitation au « pro- ducteur de l'œuvre publicitaire audiovisuelle »	238
b) Exclusion du compositeur de la présomption	239
c) Pas de rémunération proportionnelle pour les publicités audiovisuelles	239
2. L'agence	239
a) L'agence, éditrice publicitaire	240
b) Le rapport entre l'annonceur et l'agence	244
G. <i>La rémunération de la cession</i>	244
1. Rémunération de l'auteur : principes	244
2. Exceptions concernant les « œuvres publicitaires »	244
3. Exceptions concernant les œuvres qui font l'objet d'un contrat d'édition	245
4. La rémunération forfaitaire	245
5. Cas d'application d'une rémunération proportionnelle	248
6. La rémunération de l'agence : en pratique	253
SECTION III. — SANCTIONS	254

	PAGES
A. <i>Les contrefaçons</i>	254
B. <i>Les responsabilités</i>	255
C. <i>Le dédommagement</i>	257
1. <i>Dédommagement aux auteurs</i>	258
2. <i>Dédommagement de l'annonceur</i>	258

TROISIÈME PARTIE LE DROIT DES MARQUES

SECTION I ^{re} . — LES CONDITIONS DE LA PROTECTION	259
A. <i>Une marque individuelle ou un signe</i>	260
B. <i>Distinction, licéité et disponibilité</i>	262
1. Pour pouvoir être qualifié de marque, le signe doit d'abord être suffisamment « distinctif »	262
a) Le signe ne pourra être déposé s'il est usuel, nécessaire ou descriptif	263
b) Le signe doit en outre être distinctif, ce caractère s'appréciant d'un double point de vue, intrinsèque et extrinsèque, <i>in abstracto</i> et <i>in concreto</i>	264
2. Les causes d'illicéité sont de trois ordres	266
3. Les causes d'indisponibilité sont de deux ordres	267
SECTION II. — ETENDUE DE LA PROTECTION	269
A. <i>La contrefaçon sensu stricto</i>	270
B. <i>La contrefaçon frauduleuse</i>	273
C. <i>La parodie</i>	274
SECTION III. — APPLICATIONS DU DROIT DES MARQUES AUX CRÉATIONS PUBLICITAIRES	274
A. <i>Affiches</i>	274
B. <i>Conditionnement, emballages, étiquettes</i>	275
C. <i>Dessins publicitaires</i>	276
D. <i>Ebauches, esquisses publicitaires</i>	277
E. <i>Marques composées, marques complexes</i>	277
F. <i>Noms, prénoms, dénominations</i>	278
G. <i>Prospectus, dépliants et brochures publicitaires</i>	280
H. <i>Signes graphiques, logos</i>	281
I. <i>Slogans</i>	282
J. <i>Thèmes publicitaires</i>	286

QUATRIÈME PARTIE LE DROIT DES DESSINS ET MODÈLES

SECTION I ^{re} . — LES CONDITIONS DE LA PROTECTION	287
SECTION II. — ETENDUE DE LA PROTECTION	287
SECTION III. — APPLICATIONS DU DROIT DES DESSINS ET MODÈLES AUX CRÉATIONS PUBLICITAIRES	290

CINQUIÈME PARTIE LA LOI SUR LES PRATIQUES DU COMMERCE

A. <i>Descriptif</i>	295
B. <i>Du droit à la copie au parasitisme économique</i>	300
C. <i>Du « consommateur moyen » au « consommateur directement concerné »</i>	306
D. <i>Les articles 23 et 23bis de la loi sur les pratiques du commerce</i>	308
SECTION I ^{re} . — LES PUBLICITÉS TROMPEUSES OU « DÉCEPTIVES »	308
A. <i>La publicité trompeuse quant aux indications, obligatoires ou non, qui y figurent (art. 23, 1^o et 2^o)</i>	310
B. <i>La publicité trompeuse quant à la qualité du vendeur (art. 23, 3^o)</i>	317
C. <i>La publicité trompeuse par omission (art. 23, 4^o)</i>	320
D. <i>La publicité trompeuse quant à sa qualité même de publicité (art. 23, 5^o)</i>	323
E. <i>La publicité trompeuse car exagérée par rapport aux produits ou services vantés (art. 23, 9^o)</i>	325
F. <i>Les publicités manipulatrices (art. 23, 10^o et 23, 13^o)</i>	330
SECTION II. — LES PUBLICITÉS COMPARATIVES ET/OU DÉNIGRANTES	332
A. <i>La publicité comparative (articles 23bis et 23, 7^o)</i>	332
1. <i>Principes</i>	334
2. <i>Interdiction de la publicité comparative par identification sans nécessité</i>	337
3. <i>Interdiction de la publicité comparative parce que trompeuse</i>	344
a) <i>Principes</i>	344
b) <i>Publicité hyperbolique déloyale</i>	345
B. <i>La publicité dénigrante (art. 23, 6^o) et la publicité comparative dénigrante (art. 23, 7^o et 23bis 5^o)</i>	348

	PAGES
a) Principes	348
b) Interdiction de la publicité comparative parce que dénigrante	359
c) Le parasitisme	368
d) Les publicités comparatives parodiques	369
e) Les publicités impliquant des produits de marque	372
1° Le pouvoir d'attraction des marques.	372
2° L'implication de certains produits	378
3° La confrontation entre une marque et une dénomination antérieure protégée par l'usage	379
f) Les publicités comparatives impliquant des indications de provenance ou des appellations d'origine	379
C. <i>La concurrence déloyale et le débauchage de clientèle</i>	382
D. <i>Le cas de la critique commerciale</i>	387
E. <i>La publicité indécente, agressive ou excessive</i>	388
SECTION III. — LES PUBLICITÉS CONFUSIONNELLES (ARTICLES 23, 8° ET 23 BIS, 4°)	390
A. <i>Principes</i>	390
1. D'abord la publicité plagiée devrait être suffisamment originale et distinctive.	392
2. Ensuite la publicité litigieuse doit comporter des éléments susceptibles de créer la confusion	394
a) Quant à l'usage	394
b) Quant à la nécessité d'un risque réel de confusion	395
B. <i>Confusion au niveau des vendeurs</i>	397
C. <i>Confusion au niveau des produits</i>	398
D. <i>Confusion au niveau de l'environnement</i>	402
SECTION IV. — LES PUBLICITÉS QUI SE RÉFÈRENT À DES TESTS COMPARATIFS EFFECTUÉS PAR DES ORGANISATIONS DE CONSOMMATEURS (ART. 23, 12°)...	403
SECTION V. — L'ACTION EN CESSATION	406
A. <i>Principes</i>	406
B. <i>Exclusion de l'action en cessation à l'encontre des manquements contractuels et des actes de contrefaçon sensu stricto</i>	414
1. La LPCC est applicable aux usages, « actes contraires », « actes circonstanciels » et « circonstances accompagnantes » d'actes de contrefaçon	417
2. La LPCC est applicable aux œuvres, marques, dessins ou modèles non expressément protégés par les lois spécifiques	418
SECTION VI. — APPLICATIONS DE LA LOI SUR LES PRATIQUES DU COMMERCE AUX CRÉATIONS PUBLICITAIRES	420
A. <i>Les annonces publicitaires</i>	421

	PAGES
B. <i>Le conditionnement, les emballages et étiquettes</i>	421
C. <i>Les affiches, dessins et illustrations publicitaires</i>	424
D. <i>Les ébauches et esquisses publicitaires</i>	425
E. <i>Les noms, prénoms, dénominations et noms de domaine</i>	426
F. <i>Les photographies publicitaires</i>	429
G. <i>Les idées, thèmes, techniques et procédés publicitaires</i>	430
H. <i>Les prospectus, dépliants, catalogues et brochures</i>	434
I. <i>Les signes graphiques, logos</i>	436
J. <i>Les slogans publicitaires</i>	437
K. <i>L'utilisation de certains termes</i>	443

SIXIÈME PARTIE
LES RÈGLES PARTICULIÈRES
A CERTAINS SECTEURS,
PRODUITS OU SERVICES

SECTION I ^{re} . — LE SECTEUR DES SOINS DE SANTÉ	445
A. <i>Les médicaments</i>	445
B. <i>Les cosmétiques</i>	449
C. <i>Les soins médicaux, les soins dentaires et autres professions libérales</i>	449
SECTION II. — LES DENRÉES ALIMENTAIRES	451
A. <i>Les alcools</i>	454
B. <i>Le tabac</i>	456
SECTION III. — L'APPEL À L'ÉPARGNE	464
A. <i>Le crédit à la consommation</i>	464
B. <i>Les banques et autres services financiers</i>	465
SECTION IV. — LE « PROXÉNÉTISME PUBLICITAIRE »	466
SECTION V. — AUTRES SECTEURS D'ACTIVITÉ	467

SEPTIÈME PARTIE
COMPARAISON ET AVANTAGES
DES DIFFÉRENTS RÉGIMES

SECTION I ^{re} . — QUANT AUX CONDITIONS DE FOND	470
SECTION II. — QUANT AUX CONDITIONS DE FORME	472
SECTION III. — QUANT AUX MOYENS D'ACTION	473
A. <i>L'action en cessation commerciale</i>	473

B. <i>L'action en cessation civile</i>	474
C. <i>L'action en contrefaçon</i>	474
D. <i>La saisie-description</i>	475
E. <i>Le cumul des moyens d'action</i>	476
1. Cumul de protection entre les droits d'auteur et la loi uniforme sur les marques	476
2. Cumul de protection entre les droits d'auteur et la loi uniforme sur les dessins et modèles	477
3. Cumul de protection entre la loi uniforme sur les marques et la loi uniforme sur les dessins et modèles	478
4. Cumul de protection entre les droits intellectuels et la LPCC	478
F. <i>L'action en référé</i>	478

HUITIÈME PARTIE PUBLICITÉ ET MORALITÉ

SECTION I ^{re} . — LES DROITS DE LA PERSONNALITÉ	481
A. <i>Le droit de destination des publicités utilisées</i>	482
B. <i>Le droit à l'image des modèles figurant sur des publicités</i>	483
1. Principes	483
a) La personne ou l'œuvre représentée doit être reconnaissable	484
b) Les sosies et les imitateurs	485
c) Les autorisations préalables	488
d) Les bâtiments, objets et animaux... appartenant à autrui	491
e) Les autorisations expresses	493
f) Les limites de l'autorisation	495
g) Le droit au respect de l'image représentée	497
h) Les titulaires du droit à l'image	499
2. Exceptions au droit à l'image	500
a) Le caractère public de la personne représentée	500
b) La reproduction d'un événement d'actualité	502
c) Le droit à l'information	503
d) Le caractère public du lieu	504
C. <i>Le droit au respect de la vie privée des modèles figurant sur des publicités</i>	505
1. Principes	505
2. Les morts n'ont pas de vie privée	509
3. Le droit au respect de la vie privée étendu aux objets caractéristiques	510
D. <i>Le droit à réparation</i>	511
1. Principes	511
2. La responsabilité des agences de presse	512

SECTION II. — LA DÉONTOLOGIE PUBLICITAIRE	514
A. <i>Le code international de pratiques loyales en matière de publicité</i>	514
B. <i>Le Jury d'Éthique Publicitaire</i>	523
1. Code de la publicité concernant les boissons alcoolisées	527
2. Code de la publicité pour la bière	528
3. Code de la publicité pour les médicaments	529
4. Code de la publicité pour les produits cosmétiques et d'hygiène	529
5. Publicité relative à l'amaigrissement	532
6. Publicité représentant ou se référant à la personne	534
7. Publicité et humour	535
8. Publicité faisant appel à la générosité du public	535
C. <i>Certaines autres associations publicitaires</i>	536
1. En Communauté française	536
2. En Communauté flamande	537
3. Cahier des charges RTBF	539
4. Le Centre d'Information sur les Médias	541
5. Les associations professionnelles œuvrant dans le secteur publicitaire	541
SECTION III. — LES DESTINATAIRES OU LES PERSONNES VISÉES PAR LE MESSAGE PUBLICITAIRE	542
A. <i>Les contraintes légales propres à certains destinataires du message publicitaire</i>	542
1. Le mineur	542
2. Le « business-to-business » ou la publicité destinée au spécialiste	546
3. Le « one-to-one » ou la publicité destinée à une personne particulière	546
a) Le secret des correspondances	546
b) Le traitement des données à caractère personnel	547
B. <i>Les contraintes légales propres à certains messages publicitaires</i>	549
1. L'ordre public	549
2. Les bonnes mœurs	550
3. Le blasphème et le délit d'outrage aux religions	553
4. Le racisme	556
5. Le révisionnisme	560
6. Les provocations publiques aux crimes et délits	561
7. La liberté d'expression et la publicité	563
8. Langue et publicité	566

NEUVIÈME PARTIE
DROIT EUROPÉEN
DE LA PUBLICITÉ

SECTION I ^{re} . — LES FORMES DE PUBLICITÉ VISÉES PAR LE DROIT EUROPÉEN	569
A. <i>La publicité trompeuse</i>	569
1. Examen du contenu de la directive	569
2. Particularité de la directive : le renversement de la charge de la preuve	571
3. Domaines d'activités sensibles à la tromperie	571
B. <i>La publicité déloyale</i>	572
1. Contenu de la proposition	572
2. Le cas de la publicité télévisée	572
C. <i>La publicité comparative</i>	574
1. Contenu de la directive	575
2. Les rapports entre la publicité et le droit des marques ou le droit des dessins et modèles	578
SECTION II. — LA RÉGLEMENTATION EUROPÉENNE DANS CERTAINS SECTEURS	579
A. <i>Le tabac</i>	580
B. <i>L'alcool</i>	581
C. <i>Les médicaments et les cosmétiques</i>	582
1. La publicité pour les médicaments	582
2. La publicité pour les cosmétiques	583
D. <i>Les denrées alimentaires</i>	584
E. <i>D'autres secteurs sont sous le joug d'une réglementation particulièrement précise</i>	584
F. <i>La protection des consommateurs</i>	585
DIXIÈME PARTIE PUBLICITÉ ET VOIES D'AVENIR	
SECTION I ^{re} . — LA PUBLICITÉ EST ULTRA-CIBLÉE	588
SECTION II. — LA PUBLICITÉ EST INTERACTIVE	589
SECTION III. — LA PUBLICITÉ EST ANTICIPATIVE	591
SECTION IV. — LA PUBLICITÉ EST NON AGRESSIVE	593
Conclusion	597

LE DROIT DE LA PUBLICITÉ

DEUXIÈME ÉDITION

Chargée du vice et de la vertu, considérée comme la carte de visite la plus efficace d'un produit dont elle se veut l'ambassadeur - et n'est souvent que le faire-valoir, la publicité est de plus en plus audacieuse, passant de l'impertinence nécessaire à l'agressivité inutile, offrant l'image d'expressions féroces qui peuvent porter atteinte aux personnes, aux idéaux, aux lois...

Si le créatif publicitaire voit sa cotation grimper au rythme d'un développement économique galopant, les droits qu'il détient sur sa création s'amenuisent pourtant au vu de l'expansion vertigineuse des médias, de la transmission de plus en plus rapide des informations et de l'apparition quotidienne de nouvelles techniques.

Manuel pratique et concret, cet ouvrage replace la publicité dans le contexte légal et aidera les créatifs, les agences, les annonceurs à se protéger des excès et des détournements d'une forme d'expression artistique qui a la caractéristique de s'exprimer au rythme réel de la concurrence économique. Il fait le point sur les multiples degrés de protection octroyés à la publicité, cet art de surface et cette invention de poète.

Cinq ans après la parution de leur ouvrage, les auteurs ont poursuivi leur analyse exhaustive de la matière, intégré les dernières directives européennes et fouillé les dernières jurisprudences belge et française.

Marlène Leroy

Avocate aux Barreaux de Bruxelles et de Paris

Bernard Mouffe

Avocat au Barreau de Bruxelles

Avocats associés, leur cabinet est spécialisé en droit de la propriété intellectuelle.

ISBN : 2-8027-1483-X



9 782802 714835

