

La Cour de cassation qualifie une publication spécialisée de communication commerciale

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. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui a rejeté les demandes visant la revue "L'amateur de cigare" à l'occasion de la diffusion d'un numéro comportant notamment des mentions, photographies susceptibles de constituer des publicités en faveur du tabac. Elle retient qu'en statuant comme elle l'a fait, 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 les articles L. 3511-3 du Code de la santé publique et 10 de la CEDH.

La Cour de cassation brûle le magazine « L'amateur de cigare » car la diffusion en kiosque de ce bi-mensuel 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'expression(1). **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 sports, les montres de luxe et les beaux voyages. Ce bimestriel est commercialisé aussi bien sous forme d'abonnements que de ventes en kiosque. Une 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 la revue de publication, 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 2015(2), 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. Là, 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 cet 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 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.

Une interprétation explosive de la notion de communication commerciale

Soyons clair, cet arrêt, s'il ravit les opposants au tabagisme(3), 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 Evin 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 Michaël 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 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'expression. (5) 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 parrainage 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 considéré 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 Eco emballages(7). 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.

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 « 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...). 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.

Et demain ?

La liste des conséquences dangereuses si cette décision venait à être confirmée, est inquiétante. En premier, les magazines spécialisés pourraient être réservés aux salles obscures, aux marchés parallèles, mais, 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 auto-régulation 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 vue⁽⁸⁾. 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. (demander à l'auteur de reformuler) 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 as 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'Etat 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.

Auteur(s) :

Jean-Louis Fourgoux - Avocat aux Barreaux de Paris et de Bruxelles

Réseau GESICA

Notes de bas de page :

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, Legipresse n° 324, p. 83
3. Zéro tabac.net, 23 mai 2016 CA Paris, Pôle 4, Chambre 11, 16 janvier 2015, RG 13/00423, LP n° 324, p. 83
4. CEDH 5 mars 2009 Hachette Filippacchi 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. Etats-Unis : tabac interdit dans les films LE MONDE | 13.05.2007
http://www.lemonde.fr/cinema/article/2007/05/13/etats-unis-tabac-interdit-dans-les-films_909325_3476.html#z1BDrLgH5DiWROfW.99