

C'est de l'infidélité que naît le désordre dans les familles

Wladimir Soltmann

Doctorant à l'Université Jean Moulin Lyon 3

17-01-2013

Par un arrêt du 18 octobre 2012, la cour d'appel de Lyon a tranché un litige opposant deux stations de radio concurrentes qui se prévalaient toutes deux d'une légitimité particulière à se référer de l'Olympique Lyonnais pour booster leur audience.

Ainsi, Radio Scoop avait conclu avec le célèbre club un contrat mettant à sa disposition « un certain nombre de places pour assister aux matchs de l'équipe », en échange de la diffusion de prestations publicitaires. Parallèlement, une autre station de radio, Radio Espace, a, elle aussi, offert à ses auditeurs des places de matchs, a utilisé les marques et signes distinctifs de l'OL et s'est déclarée « partenaire officiel » du club sans accord préalable avec l'OL, privant ainsi Radio Scoop de l'exclusivité de ce partenariat. Par un jugement du 6 mars 2012, le tribunal de grande instance de Lyon condamne Radio Espace pour concurrence déloyale et parasitisme.

Bien que l'art de la publicité soit fondé sur des principes essentiels comme la liberté d'expression ou encore la liberté du commerce, il peut néanmoins engager la responsabilité délictuelle de l'entreprise qui se rend coupable de « concurrence déloyale par voie publicitaire » (P. Wilhem, « La concurrence déloyale et parasitaire appliquée à la publicité », *Légipresse*, mai 1998) ou de parasitisme. C'est sur ce fondement que la cour d'appel de Lyon se prononce dans l'affaire qui nous intéresse.

Tout d'abord, alors qu'il ressortait de son contrat de partenariat qu'elle avait l'exclusivité d'une telle dénomination, la société Scoop reproche à la société Espace le fait qu'elle se soit désignée comme « radio officielle » ou « radio partenaire » de l'OL. La cour relève ainsi que cela peut effectivement entraîner la confusion dans l'esprit des auditeurs qui « peuvent penser que l'OL est effectivement partenaire de Radio Espace ». La ressemblance peut, en effet, constituer une confusion dommageable dans l'esprit du public.

Radio Scoop reproche également à Radio Espace de n'avoir pas respecté les conditions générales de vente des billets par l'OL, conditions qui interdisent d'utiliser des billets à des fins promotionnelles, publicitaires ou commerciales. Or, la cour relève que Radio Espace a distribué ces billets dans le « but d'augmenter l'auditoire ». Mais Scoop ne peut opposer à Espace une mauvaise exécution du contrat dans la mesure où elle-même n'est que « tiers » audit contrat. Néanmoins, la cour retient qu'il s'agit là d'un fait juridique « sur lequel peut se fonder l'argumentation de Scoop » et rejoint ici la position de la Cour de cassation selon laquelle un manquement contractuel constitue, pour le

Bacaly n° 2 - Juillet-Décembre 2012

tiers, une faute délictuelle et participe au mouvement jurisprudentiel d'atténuation de l'opposition des deux types de responsabilité (« Un tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement lui a causé un dommage » Cass., plén., 6 oct 2006, n° 05-13.255, *Bull. ass. plén.*, n° 9 ; *D.* 2006, 2825, note G. Viney).

Radio Scoop déclare ensuite que Radio Espace s'est rendue coupable de publicité mensongère en gonflant le nombre de places disponibles dans le but d'attirer le plus d'auditeurs possible et en déclarant « être la seule radio à en proposer ». Selon Radio Espace, gonfler le nombre de places disponibles relève d'une hyperbole publicitaire. À ce titre, la cour admet d'abord que « gonfler le nombre de places disponibles » entraîne une participation maximum d'auditeurs au jeu. Nous la rejoignons sur ce point. Cependant, la cour ajoute : « sans pour autant que chaque auditeur puisse légitimement penser que des centaines de places sont réellement offertes par la radio ». Si elle admet que l'hyperbole publicitaire est destinée à attirer « le plus » d'auditeurs, comment en déduit-elle la connaissance de cette imposture par les auditeurs ? Mais surtout, la cour défie les lois mathématiques, puisque que compte tenu du nombre de participants attirés par les nombreux gains, la probabilité de gagner fut largement inférieure à ce qu'il aurait été si moins de gens avaient participé au jeu. Toutefois, la cour décide finalement qu'il n'y a pas eu mensonge. Le juge semble ici se dissocier d'une appréciation sur les mobiles, peut-être pour ne pas remettre en cause une forme populaire et répandue d'expression publicitaire ; il a ainsi consacré l'expression de G.H. Wells : « La publicité, c'est le mensonge légalisé ».

Scoop tente aussi, vainement, de contester l'utilisation des marques OL ou Olympique Lyonnais par sa concurrente. Elle arguait qu'Espace avait violé les droits des partenaires contractuels du titulaire de la marque. La cour décide toutefois que n'étant pas titulaire de la marque OL, bien que bénéficiant d'un droit d'utilisation, Radio Scoop ne peut s'opposer à ce que Radio Espace utilise les marques et signes distinctifs du club.

En outre, la cour relève que Radio Espace a utilisé l'image attachée au club de football pour tenter d'attirer des auditeurs au détriment de Radio Scoop qui était liée au club par contrat et retient le caractère déloyal de ce comportement. À ce titre, elle rappelle le triptyque des conditions permettant d'engager la responsabilité délictuelle : si la faute est caractérisée, il faut également justifier d'un préjudice et d'un lien de causalité. La cour relève ainsi que le détournement de clientèle invoqué par Scoop n'est pas identifié précisément et directement imputable au comportement d'Espace. Mais une telle preuve, surtout en matière radiophonique, n'est-elle pas difficile, voire impossible, à rapporter ?

En fin de compte, le juge admet que Radio Scoop a été victime du comportement de Radio Espace. Il apparaît, dans cette affaire, comme juge de l'économie de la situation et rappelle le principe de proportionnalité de la sanction qui doit être limitée au strict préjudice subi. Cependant, le juge va plus loin en déclarant que « la publication, si elle apparaît justifiée au regard des auditeurs, doit res-

ter proportionnée et ne pas avoir pour but d'entraver excessivement la concurrence exercée par Radio Espace ». Dans son analyse, la cour ne lie la proportion de la sanction non plus strictement au regard du préjudice subi mais au regard du maintien de la concurrence. C'est une douce manière de régler ce qui est, somme toute, une histoire de famille.

Arrêt commenté :

CA Lyon, 18 octobre 2012, Radio Espace contre Radio Scoop, n° 12/02039