

Publicité des alcools : liberté conquise, liberté décriée

MOTS-CLÉS : publicité, alcool, affiches, film, Facebook

Cour de cassation (ch. crim.),
15 mai 2012

ANPAA c/ Sté Ricard et a. (Aff. Jameson)

296-19

La publicité pour les boissons alcooliques, telle que réglementée par l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique, modifiée par la loi n° 2005-157 du 23 février 2005, n'interdit pas le recours, sur une affiche, à un fond attrayant. En l'espèce, les trois affiches litigieuses surmontées, en lettres capitales jaunes et blanches sur fond noir, de l'inscription « Jameson l'Irlandais », si elles comportent une part de fiction, ne contiennent cependant pas d'éléments illicites. Le fait que l'illustrateur de la bande dessinée *Blake et Mortimer* en soit l'auteur ne permet pas de créer un lien automatique entre elles et l'attraction de ses bandes dessinées sur un certain public, ni qu'il s'agisse d'une bande dessinée destinée à séduire de jeunes adultes. Les affiches ne contiennent ni évocation d'ambiance incitant à la consommation ni exaltation de qualités ou de vertus ; elles ne font pas appel au sentiment de bonheur ni ne jouent sur le registre de la convivialité ; elles évoquent seulement le monde artisanal dans lequel est né le produit et les soins qui ont été apportés à sa fabrication, dès sa création, tous éléments se rapportant à l'origine et au mode d'élaboration du produit visés par la loi ; la première affiche ne comporte pas d'élément accréditant l'idée de voyage ou d'aventures lointaines, mais des références à l'origine ou au terroir de production du produit ; la deuxième affiche constitue une référence licite à l'origine et au terroir de production, mais aussi au mode d'élaboration du produit et à sa couleur ; la troisième présente la phase de contrôle de la maturation du produit dans sa réalité objective.

Cour d'appel de Paris (pôle 1, ch. 2)
23 mai 2012

ANPAA c/ Sté Ricard et a.

296-20

Est confirmée l'ordonnance de référé qui a ordonné le retrait d'une application, téléchargeable sur iPhone permettant de visionner le film de la campagne publicitaire « *Un Ricard, des rencontres* » et d'accéder à des cocktails à base de Ricard, que l'utilisateur peut partager sur son mur Facebook, en ce qu'elle n'était pas principalement destinée à la jeunesse mais que ce mode de publicité était intrusif, contrevenant aux prescriptions de l'article L. 3323-2 du Code de la santé publique. De même est ordonné le retrait des affiches et du film constitutifs de la campagne. L'association de la boisson

alcoolique avec la possibilité de nouer des relations inattendues et fortuites avec d'autres personnes est jugée constitutive d'une publicité illicite, dès lors qu'elle est une incitation directe à consommer du Ricard dans le but de vivre des moments de convivialité.

COMMENTAIRE



Éric Andrieu

Avocat au Barreau de Paris,
Cabinet Péchenard & Associés



Frédéric Gras

Avocat au Barreau de Paris

Du haut des Champs-Élysées, Patrick Ricard peut contempler l'œuvre jurisprudentielle que son groupe a contribué à construire en droit de la publicité pour l'alcool. Deux nouvelles décisions rendues coup sur coup dans le domaine des publicités des alcools. Deux décisions tout à fait contradictoires. Une évolution de la Cour de cassation vers plus de liberté. Une évolution de la cour d'appel de Paris vers plus de sévérité.

Il en est toutefois du droit comme des divines liqueurs et, pour contredire Brassens, on peut considérer que le temps fait bien à l'affaire, maturation et décantation étant bien souvent gages de qualité, par la patine que le temps donne aux choses. La vitesse et l'instantanéité auxquelles notre siècle sanctifie à l'instar du précédent, notamment en termes de communication, ne doivent pas nous faire oublier que le mûrissement est un gage de saveur. Appliqué au droit prétorien, un tel principe permet de distinguer une procédure vieille de 10 ans d'âge d'un arrêt de référé de moins d'un an d'âge, même si la littérature classique nous enseigne que la valeur n'attend point le nombre des années.

Ce constat suffirait, s'il en était besoin, à montrer les difficultés d'application prétorienne de la loi Évin, alors même que la structure de ce texte visait paradoxalement à rompre avec l'incertitude d'application de la loi par une rupture avec les principes traditionnels de liberté publique.

I. LA RECONNAISSANCE ULTIME D'UN PRINCIPE DE LIBERTÉ ET NON DE CENSURE

Le 15 mai 2012, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu son troisième arrêt dans l'affaire Jameson. Il s'agissait d'une campagne d'affichage diffusée en 2002 et composée de trois visuels réalisés par Ted Benoît, dessinateur de la bande des-

sinée *Blake et Mortimer*. Les affiches présentaient respectivement un homme regardant partir un voilier du port de Dublin, deux hommes examinant un verre d'alcool devant un grand alambic dans un immeuble en briques rouges ou encore deux hommes examinant un ustensile dans un entrepôt Jameson.

Le tribunal de grande instance de Paris, puis les cours d'appel de Paris, Versailles et Orléans avaient estimé que cette campagne n'était pas contraire aux dispositions de la loi Évin. À deux reprises, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait cassé les arrêts des cours d'appel. Après trois pourvois formés par l'Association nationale de prévention en alcoologie et addictologie (ANPAA), elle décide cette fois de s'incliner et de rejeter le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel d'Orléans.

Un bref rappel chronologique de la procédure s'impose pour mieux disséquer l'évolution des motifs :

- 19 décembre 2006 : cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait déclaré non constitué le délit au motif que « *le décor des affiches publicitaires constituait une mise en scène destinée à valoriser le whisky (...) éléments étrangers à la stricte indication* ».
- Résistance de la cour d'appel de Versailles qui s'aligne sur la solution parisienne, par arrêt du 31 octobre 2008, considérant que « *les trois affiches publicitaires s'inscrivaient dans un graphisme communément utilisé par les professionnels de la publicité qui n'était pas interdit pour la publicité des produits alcooliques* ».
- Nouvelle cassation le 26 janvier 2010, la Cour considérant que les magistrats versaillais n'avaient pas recherché « *si la publicité incriminée ne dépassait pas les limites des indications prévues par l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique* ».
- Nouvelle résistance des juges du fond, la cour d'appel d'Orléans aboutissant au même constat que celles de Paris et Versailles en retenant que « *si ces images contiennent une part de fiction, elles ne comportent cependant pas d'éléments illicites* ». L'éloignement géographique de l'île de la Cité n'y faisait donc rien et le principe de liberté (surveillée) continuait à être relevé par les juridictions du fond, constituant peu à peu un glacis autour du bastion de la juridiction suprême.
- Nouveau pourvoi de l'ANPAA, afin de briser l'encerclement conceptuel, au motif que ces publicités visaient « *à reconstituer l'univers d'une bande dessinée prestigieuse et à valoriser le produit associé au prestige du personnage représenté, à des qualités de rêve et d'évasion, d'aventure procurées par sa consommation, dépassant ainsi les limites des indications prévues par l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique* ». L'idée de censure est manifeste. Il s'agit d'interdire l'expression d'un auteur à raison de sa production antérieure et des liens qu'elle est susceptible de créer dans l'esprit du public.
- Toutefois, par arrêt du 15 mai 2012, la chambre criminelle rejoint enfin l'avis des juges du fond en s'en appropriant les motifs, ce qui

peut être considéré à la fois comme un hommage à la ténacité des juridictions « inférieures », mais aussi comme une volonté de ne pas affirmer, par un clair attendu de principe, une grille d'analyse qu'elle s'était jusqu'alors interdite d'adopter.

La chambre criminelle reprend néanmoins la motivation de la cour d'appel en ses principaux éléments qui sont les suivants :

- la loi Évin n'interdit pas le recours sur une affiche à un fond attrayant ;
- l'existence d'une part de fiction n'est pas en elle-même illicite ;
- l'utilisation de Ted Benoit ne crée pas un lien automatique entre les affiches et la bande dessinée *Blake et Mortimer* ;
- les visuels ne sont pas destinés à séduire de jeunes adultes ;
- ils ne contiennent ni évocation d'ambiance incitant à la consommation, ni exaltation de qualités ou de vertus ;
- ils ne font pas appel au sentiment de bonheur ni ne jouent sur le registre de la convivialité ;
- ils évoquent seulement le monde artisanal dans lequel est né le produit et les soins qui ont été apportés à sa fabrication, ce qui se rattache à l'origine et au mode d'élaboration du produit.

La chambre criminelle les fait siens en retenant qu'en « *se déterminant ainsi, la cour d'appel, qui a répondu sans insuffisance ni contradiction aux articulations essentielles des mémoires dont elle était saisie, a justifié sa décision* ». Elle n'admet donc pas le principe d'une censure à raison de l'auteur de l'affiche et de sa production éditoriale et revient à un principe clair : ces affiches, « *si elles comportent une part de fiction ne contiennent cependant pas d'éléments illicites* » (1). Par cette décision, la Cour de cassation revient à une application orthodoxe de la loi Évin qui dispose en l'article L 3323-4 du Code de la santé publique que « *la publicité autorisée pour les boissons alcooliques est limitée à...* ». Inversant le principe traditionnel de liberté publique selon lequel « *tout ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé* », la loi Évin vient paradoxalement définir un espace de liberté qu'elle a préalablement confiné et délimité, facilitant ainsi l'office du juge tout en garantissant contre l'arbitraire d'une censure sémiologique.

Il s'agit, à notre connaissance, du premier arrêt par lequel la Cour de cassation admet la validité d'une campagne publicitaire en faveur d'un alcool et elle fait à cet égard preuve d'une souplesse à laquelle elle ne nous avait pas habitués puisqu'elle avait, jusqu'à présent, fait une application particulièrement stricte des dispositions légales, et notamment de l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique en estimant que tout élément de décor ne figurant pas expressément dans la liste de cet article (un bar, un barman, un livre, une paire de lunettes...) rendait illégale la campagne où ils apparaissaient. Il est vrai que cette décision était peut-être en germe dans le précédent arrêt du 26 janvier 2010 où la décision de la cour d'appel de Versailles

1. On mettra néanmoins en garde le greffe contre des coquilles se trouvant dans le rappel du pourvoi : en page 3 de l'arrêt, il convient de lire *fûts* et non *fias* et en page 4 : *fûts* et non *faits* ! En page 5, la bonne orthographe apparaît enfin ! Les faits sont que l'expression « Jameson » et la date « 1780 » sont

heureusement inscrites sur des fûts et non des fias ! Doit-on voir dans ce lapsus une lassitude judiciaire quant à une procédure revenant par trois fois devant la Cour ?

avait été cassée, mais uniquement au motif qu'elle n'avait pas recherché « si la publicité incriminée ne dépassait pas les limites des indications prévues par l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique en dépit de la modification de ce texte par la loi du 23 février 2005 sur les effets de laquelle elle ne s'était pas expliquée ». Or cette loi de 2005 avait élargi les mentions autorisées dans la publicité des alcools pour y ajouter notamment les références objectives relatives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit. Il n'en reste pas moins que l'arrêt avait été cassé et que, depuis, la Cour de cassation, certes *via* sa première chambre civile, avait continué à faire preuve de la plus grande sévérité en considérant, par exemple, que les mentions « l'originalité », « les hommes » ou « le savoir-faire » ne pouvaient être acceptées dans une publicité en faveur d'un alcool (2) ou que la campagne en faveur des Vins de Bordeaux, validée par la cour d'appel de Paris, comportait elle aussi des références visuelles étrangères aux seules indications de la loi Évin – sans toutefois préciser lesquelles, étant observé que les visuels poursuivis représentaient des personnages participant à l'élaboration ou à la distribution des Vins de Bordeaux (3).

Cet arrêt de la chambre criminelle constitue donc le climax d'un glissement progressif vers la liberté que l'on ne peut que saluer. Le propos n'est pas nouveau puisque l'adage latin « *summum jus, summa injuria* » rappelait déjà que le droit appliqué sans mesure aboutit à une suprême injustice.

Sociologiquement, l'arrêt est intéressant, car il rappelle que face à la délégation de la politique criminelle à des associations parties civiles qui vont vouloir appliquer la loi jusque dans ses ultimes retranchements (ce qui est la logique de leur militantisme), les magistrats sont les ultimes gardiens des libertés publiques (4) et des principes de la tradition juridique parmi lesquels, en droit pénal, le principe de légalité et d'application stricte (et non excessive) de la loi (5). Le libéral « *nullum crimen, nulla poena sine lege* » ne doit pas devenir, sous l'effet de la dévotion militante parée des atours du bénévolat associatif, un « *nullum crimen sine poena* » laissant, selon une tradition autoritaire expérimentée cliniquement au *xx^e* siècle, la définition du crime aux autorités de poursuite (6). Le principe de modération doit guider la matière. De la même façon que l'abus d'alcool est dangereux pour la santé, l'abus d'application de la loi pénale ne peut que nuire à la santé des

libertés publiques et à la garantie préservée législativement de liberté d'expression, la loi Évin n'ayant jamais voulu faire taire la communication sur les boissons alcooliques.

II. LA TENTATION DE LA CONTENTION JUDICIAIRE EN MATIÈRE DE NOUVELLES TECHNOLOGIES

En droit de la communication, il est actuellement une théorie invitant à la « *civilisation du procès de presse* » qui ne peut que prendre appui et flatter les doctrines européennes visant à exclure celui-ci du prétoire pénal (7). Cette théorie est sémantiquement redoutable dans sa dénomination. Qui pourrait être contre la « *civilisation* » sous peine de choisir la tyrannie et la répression ? Elle est toutefois l'enfer pavé de bonnes intentions dès lors qu'elle abandonne la garantie démocratique du principe de légalité du délit pénal au profit de l'arbitraire et du flou du délit civil dont le *quantum* et l'astreinte n'ont rien à envier aux peines d'amende et aux mesures de sûreté (8).

La cour d'appel de Paris, statuant en référé, nous en donne une illustration en rendant une décision d'une très grande sévérité, à l'inverse de celle rendue par la Cour de cassation. Celle-ci est d'autant plus intéressante qu'elle intervient à raison de l'usage publicitaire de nouvelles techniques de communication : internet, réseaux sociaux, dont la liberté n'a été consacrée que récemment (9). Et c'est au juge des référés, juge de l'urgence et de l'évidence que l'ANPAA, dans une logique de traditionnelle contentions judiciaires de la loi, va demander l'interprétation, selon un rituel qui n'est pas sans rappeler la dégustation annuelle du beaujolais nouveau avec toutes les particularités qui le caractérise.

Le caractère de la campagne publicitaire était à ce point manifestement illicite que l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) l'avait validé, n'y trouvant rien à redire. Mais par application d'un principe prétorien traditionnel relevant en rhétorique de l'argument d'autorité, la cour rappelle que le « *juge n'est pas lié par l'avis de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité* » (10). La cour était saisie d'un appel de la société Ricard à l'encontre d'une ordonnance ayant sanctionné à la fois l'emploi du slogan « *Un Ricard. Des rencontres* » et l'utilisation du réseau Facebook auquel était attribué un caractère intrusif.

« Par application d'un principe prétorien traditionnel relevant en rhétorique de l'argument d'autorité, la cour rappelle que le "juge n'est pas lié par l'avis de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité". »

2. Affaire *Glenfiddich*, Cass. Civ. 1^{re}, 20 octobre 2011.

3. Cass. Civ. 1^{re}, 23 février 2012.

4. L'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 ne rappelle-t-il pas que l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle ?

5. Article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « *Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ».

6. Roland Henri, Boyer Laurent, *Adages du droit français*, Litec, 1992, pp. 567-573.

7. On renvoie sur ce point aux travaux et colloques du Conseil de l'Europe et de l'OSCE sur la décriminalisation de la diffamation : cf. notamment *Résolution 1577* (2007) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe : « Vers une dépénalisation de la diffamation ».

8. Pour une illustration du danger des sanctions civiles se transformant en peine privée : CEDH, 23 juin 1995, *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*; cf. Roland,

Boyer, *op. cit.*, pp. 559-563, sur l'adage : « *nulla poena, sine lege* » et son application en droit civil.

9. Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, art. 97.

10. Comme il n'est pas lié par l'avis de la commission paritaire des publications de presse. Pour une application en matière de publicité pour le tabac : Aix-en-Provence, 10 avril 2012, *Taieb c. Ligue nationale contre le Cancer*, *Légipresse* n° 295, juin 2012. En clair, ce qui est légal pour l'administration peut être illégal pour le juge. Si cela se comprend en droit administratif, cela peut donner toutefois matière à débat au visa de l'article 809 du Code de procédure civile, de l'article L. 122-4 du Code pénal en ce qu'il dispose : « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* » ou de l'article L. 122-3 du Code pénal qui dispose que : « *n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* ».

La cour d'appel va plus loin dans la contention judiciaire que le juge de première instance puisqu'elle sanctionne tous les aspects de la campagne :

- le slogan qui ne se rattacherait pas uniquement au mélange entre l'anis et l'eau, mais viserait le rapprochement entre les personnes ;
- le visuel, à savoir la déclinaison d'une gamme de couleurs renvoyant à une impression de légèreté ou d'évasion et visant à donner une image valorisante de la boisson ;
- le sigle « # » qui attirerait l'attention des plus jeunes consommateurs ;
- le film qui reprend les éléments ci-dessus en les magnifiant à travers une mise en scène accentuée par la mobilité de l'image et une musique séductrice, l'ensemble aboutissant à une création esthétique destinée à donner à la boisson Ricard un caractère festif ;
- la page Facebook, la possibilité de partager une recette avec son réseau d'amis en cliquant sur le bouton « *Partager sur mon mur* » pouvant être consultée par les amis, ce texte apparaissant de manière inopinée et systématique, revêtant ainsi, selon la cour, un caractère intrusif ;
- l'application permettant de visionner la bouteille de Ricard en relief, ce qui serait une présentation attractive utilisant une forme d'image très en vogue visant à promouvoir cette boisson alcoolique.

Dans les deux derniers cas, la cour relève également l'absence de mentions sanitaires. Dans tous les cas, elle évoque à chaque fois le caractère incitatif de l'annonce ainsi diffusée.

Cette décision nous paraît pouvoir être critiquée sur un certain nombre de points. Tout d'abord, il faut relever que, pour chacun des éléments qu'elle sanctionne, la cour d'appel retient qu'il a un caractère incitatif. Au risque de nous répéter, une telle motivation ne nous semble pas acceptable. Dès lors que la loi a autorisé la publicité (même si elle lui fixe des limites importantes), on ne peut lui reprocher son caractère incitatif. Il s'agit du fondement même de la publicité. Toute autre interprétation est, à notre sens, *contra legem*.

Et l'on relèvera à ce sujet que le Conseil constitutionnel a pu rappeler, dans sa décision du 8 janvier 1991, que « *le législateur qui a entendu prévenir une consommation excessive d'alcool, s'est borné à limiter la publicité en ce domaine, sans la prohiber de façon générale et absolue* » (11). Nier la publicité en sanctionnant son pouvoir incitatif revient donc à nier à la fois la volonté du législateur, mais également l'effectivité de la décision du Conseil constitutionnel, alors même qu'aux termes de l'article 62 de la Constitution, celles-ci « *s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ».

Pour ce qui concerne les visuels critiqués, il nous semble que, s'agissant du mélange de couleurs évoquant celui qui se produit dans un verre lorsqu'un sirop est mélangé avec du pastis, il est assez excessif d'y voir une impression d'évasion et de considérer en tout cas qu'il peut être manifestement illicite, et ce d'autant plus que, comme rappelé par la cour d'appel d'Orléans dont l'arrêt a été validé par la Cour de cassation, un fond attrayant peut être accepté dans une publicité en faveur d'un alcool. Il s'agit d'ailleurs du rappel des travaux parlementaires au terme desquels il n'était pas nécessaire d'avoir recours à un fond neutre.

La motivation de la cour rejoint toutefois celle naguère utilisée à l'encontre de la campagne Marie Brizard dont l'accroche était « *on n'a rien fait d'aussi troublant depuis 1755* » sur fond du verrou de Fragonard... (12). On ne contestera pas « *l'ambiguïté des termes* » par l'utilisation de rencontre au lieu et place de mélange. On relèvera toutefois que cette ambivalence était objectivée par le visuel qui ne faisait apparaître que le mélange du Ricard et des autres liquides, ce qui était bien moins évocateur que les tableaux de Fragonard... L'évolution graphique des campagnes publicitaires est sur ce point la preuve de l'effectivité de la loi Évin par l'incarnation, à 20 ans d'écart, d'une mesure dans

l'expression. Quant à l'interprétation sémiologique des mélanges de couleurs qui amène la cour à juger illicite ce que le juge de première instance avait déclaré licite, elle relève du test de Rorschach... et emprunte ses mêmes ambivalences quant à la manifestation du vrai. La même observation vaut pour l'interprétation du #, qui aurait pour objet « *d'appeler son attention, et plus particulièrement celle d'un consommateur jeune, sensible aux nouvelles technologies* ».

Or le Conseil constitutionnel a pu retenir que « *les restrictions apportées par le législateur à la propagande ou à la publicité en faveur des boissons alcooliques ont pour objectif d'éviter un excès de consommation d'alcool, notamment chez les jeunes* » (13). En quoi la représentation du # conduit-elle à l'excès et se révèle-t-elle manifestement illicite ?

Au risque, ici encore, de nous répéter, mais la répétition n'est-elle pas à la base de la pédagogie, du droit écrit (de l'incantation à l'incarnation) et parfois du revirement jurisprudentiel (cf. *supra*), le principe de légalité doit guider l'application de l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique, comme vient de le relever la Cour de cassation dans son arrêt du 15 mai 2012. Il convient, à ce titre, de se garder d'une application sémiologique du droit qui ne peut mener qu'à l'arbitraire et à la fameuse « *équité des Parlements* » (14) contre laquelle ont été édictés tant l'article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 que l'article 5

11. CC, 08 janv. 1991, déc. N° 90-283 DC, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, § 29.

12. TGI Nanterre, 1^{er} sect. A, 24 juin 1992, n° BO 1596-92, préc. n° 16 ; CA Paris, réf., 1^{er} sect. A, 17 mars 1992, préc. n° 16.

13. *Op. cit.*, § 29.

14. Roland, Boyer, *op. cit.*, pp. 166-170 : sur l'adage « *Dieu nous garde de l'équité des Parlements* ». Sur ce point, la motivation de l'ANPAA est particulièrement

révélatrice lorsqu'elle retient que le film publicitaire « *met en scène la bouteille de Ricard et la boisson Ricard selon un procédé non autorisé par la Cour de cassation* ». Ce n'est pas la juridiction suprême qui autorise ou interdit mais le pouvoir législatif. Comme le rappelait Montesquieu, dès 1748, « *les juges de la Nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi* » (*L'Esprit des lois*, Livre XI, ch. VI, « De la Constitution d'Angleterre », Bibliothèque de la Pléiade, Tome II, 1994, p. 404).

du Code civil. *A fortiori*, en référé, au regard de la délicate « rencontre » entre sémiologie et évidence.

Sur le terrain du film, l'appréciation de la cour d'appel revient à en interdire le principe même. Là aussi, cette interprétation va au-delà du texte de l'article L. 3323-2 du Code de la santé publique puisque, depuis la loi du 21 juillet 2009, la publicité en faveur des alcools est autorisée sur les services de communication en ligne. Or, sur un site internet, l'image est mobile, mise en scène et généralement accompagnée d'une séquence audio. Dès lors qu'il n'y a pas de restriction particulière, l'ensemble des fonctionnalités de ces réseaux peut être utilisé, y compris le recours à des images animées ou à de la musique, sous la seule réserve, bien entendu, qu'ils ne portent pas atteinte aux contenus autorisés fixés à l'article L. 3323-4.

Considérer simplement que la mise en scène, la mobilité de l'image ou une musique séductrice (il serait intéressant de savoir à quoi la cour fait référence par l'emploi de cet adjectif) va à l'encontre du texte, est précisément aller au-delà de la loi et du 9° de l'article L. 3323-2 du Code de la santé publique. Ces techniques publicitaires ne sauraient être critiquables en elles-mêmes, sauf à établir qu'elles comporteraient des éléments non compris dans la liste de l'article L. 3323-4.

Le refus de présentation d'une bouteille de Ricard en relief est encore plus surprenant. On ne voit pas à quel titre la loi Évin n'autoriserait que le recours à des images unidimensionnelles, que l'on soit ou non dans le monde virtuel.

La cour examine enfin la question de la communication sur le réseau Facebook. Elle rappelle que chaque utilisateur peut partager ou non des informations sur les recettes qu'il a téléchargées sur l'application concernée. Plus précisément, il peut partager une recette sur son mur Facebook. Ceci amène la juridiction d'appel à décliner la notion de site « *principalement destinée à la jeunesse* » évoqué par l'article L. 3323-2 du Code de la santé publique. Sur la base d'études d'audience produites par l'appelante et de la mise en place d'un filtre prenant en considération l'âge, la Cour considère que le site n'est pas destiné à la jeunesse.

Toutefois, selon la cour, les messages adressés par Ricard sur le mur de l'utilisateur, consultables par ses amis et qui incitent clairement à télécharger l'application Ricard Mix Codes de manière inopinée et systématique auraient un caractère intrusif. Il ne nous semble pas que l'incitation à télécharger l'application ou que le caractère systématique des messages puissent caractériser leur aspect intrusif. Quant à la présence sur le mur de l'utilisateur, pouvant être consulté par ses amis, il n'est, nous semble-t-il, pas davantage susceptible d'être qualifié ainsi puisqu'il revient auxdits amis de se rendre ou non sur le mur en question.

Il est à noter que le législateur de 2009, lorsqu'il est venu autoriser la publicité sur internet par l'introduction d'un 9° au sein de l'article L. 3323-2 du Code de la santé publique, s'est fortement inspiré d'une recommandation du Forum des droits sur l'Inter-

net (FDI) intitulée « *Publicité en ligne et alcool* », du 15 décembre 2008, préalable aux débats parlementaires, fort indigents sur la question, le texte précité ayant été introduit par amendement parlementaire en cours de débat. Celle-ci rappelle que par publicité interstitielle, il convient d'entendre : « *une annonce publicitaire qui s'affiche en plein écran et qui vient recouvrir la page visitée, dès la page d'accueil ou comme transition entre deux pages* ».

La notion de publicité intrusive est elle aussi reprise de la recommandation du Forum puisque cette dernière indiquait : « *Le Forum des droits sur l'internet recommande que seul le principe de l'encadrement des formats publicitaires intrusifs soit évoqué dans la loi. Il déconseille la mention des formats "interactifs" dans les types de formats interdits et privilégie l'utilisation du terme "intrusif"* ». Le Forum a rappelé que la notion de publicité intrusive ne devait pas être confondue avec celle de publicité interactive. Il a rappelé que « *la notion d'intrusion reste elle aussi une notion floue, mais qui a le mérite d'être plus circonscrite* » et a donné à titre d'exemple de publicité intrusive : « *une animation flash publicitaire qui apparaît sur la page du site consulté et qui se déplace de gauche à droite sur l'écran d'ordinateur* ».

Au regard de ces développements doctrinaux, il n'apparaît pas possible de considérer que l'affichage sur le mur Facebook soit de la publicité intrusive puisque le message est placé à l'initiative du détenteur du compte lui-même et que l'accès à ce mur est maîtrisé par lui, seuls ses amis autorisés y ayant accès à raison d'une démarche volontaire de connexion. Ces éléments factuels ne sauraient donc caractériser le délit de publicité intrusive qui suppose une information dont la diffusion est imposée par l'annonceur.

Cela amène d'ailleurs à s'interroger sur la qualification juridique à donner au message placé sur la page Facebook. Présente-t-il encore un caractère d'information commerciale diffusée par un annonceur alors que son placement sur le mur résulte d'un acte volontaire d'un internaute non commerçant et non rémunéré par l'annonceur qui exprime un choix dans le cadre de sa liberté d'expression ? Cela nous ramène à la nécessaire définition de la finalité publicitaire et de la qualification du marketing viral, seule la publicité commerciale étant soumise à l'obligation de message sanitaire prévue par l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique.

Après avoir exploré le terrain de la sémiologie, le droit de la publicité des alcools nous amène aujourd'hui à découvrir la *terra incognita* des nouveaux supports technologiques et des qualifications juridiques qu'ils entraînent quant aux messages diffusés. De joyeuses escapades en perspective, la maturation conceptuelle prétorienne n'étant pas sur la même échelle de temps que l'évolution technologique et les calendriers de campagne publicitaire. De même, la territorialité de la loi posera la question de l'effectivité des poursuites et des décisions de justice.

Comme quoi les nourritures terrestres peuvent engendrer de belles nourritures spirituelles. Un bel hommage du corps à l'esprit !

É. A et F. G.