

Publicité alcool : quel statut pour le conditionnement ?

MOTS-CLÉS : Publicité en faveur de l'alcool, loi Evin, support de publicité, compétition sportive

Cour d'appel de Paris (pôle 1- ch. 3)

9 février 2016

ANPAA c/ Brasseries Kronenbourg

336-17

L'opération commerciale visant à proposer à la vente des canettes et packs de bière dont le conditionnement représente quatre joueurs de football, avec la mention « Barclays Premier League Bière officielle » et « L'instinct de la Premier League » avec apposition du logo et de la marque de ladite bière, constitue de la propagande en faveur de cette boisson alcoolique dès lors qu'en associant une compétition sportive à une boisson alcoolique, elle est destinée à favoriser chez un public passionné par ce sport un lien entre cette boisson alcoolique et des matchs de compétition et relève donc des restrictions prévues par les articles L. 3323-2 et L. 3323-4 du Code de la santé publique.

(...)

Sur ce, la cour

Considérant qu'aux termes de l'article 809 du Code de procédure civile, le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; que dès lors la contestation émise par la SAS Les Brasseries Kronenbourg au titre de l'interprétation de l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique, même sérieuse, ne s'opposait pas aux pouvoirs de la juridiction saisie par l'ANPAA, dès lors que l'atteinte à une disposition d'ordre public est constitutive d'un trouble manifestement illicite ; qu'au surplus l'urgence n'est pas requise pour l'application de ce texte ;

Considérant que la loi dite Evin a notamment pour finalité d'exclure toute publicité qui inciterait à une consommation abusive d'alcool considérée comme dangereuse pour la santé ; Considérant L. 3323-2 du Code de la santé publique dispose que : « La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites sont autorisées exclusivement :

1° Dans la presse écrite à l'exclusion des publications destinées à la jeunesse, définies au premier alinéa de l'article 1^{er} de la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse ;

2° Par voie de radiodiffusion sonore pour les catégories de radios et dans les tranches horaires déterminées par décret en Conseil d'État ;

3° Sous forme d'affiches et d'enseignes ; sous forme d'affichettes et d'objets à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé, dans des conditions définies par décret en Conseil d'État ;

4° Sous forme d'envoi par les producteurs, les fabricants, les importateurs, les négociants, les concessionnaires ou les entrepositaires, de messages, de circulaires commerciales, de catalogues et de brochures, dès lors que ces documents ne comportent que les mentions prévues à l'article L. 3323-4 et les conditions de vente des produits qu'ils proposent ;

5° Par inscription sur les véhicules utilisés pour les opérations normales de livraison des boissons, dès lors que cette inscription ne comporte que la désignation des produits ainsi que le nom et l'adresse du fabricant, des agents ou dépositaires, à l'exclusion de toute autre indication ;

6° En faveur des fêtes et foires traditionnelles consacrées à des boissons alcooliques locales et à l'intérieur de celles-ci, dans des conditions définies par décret ;

7° En faveur des musées, universités, confréries ou stages d'initiation œnologique à caractère traditionnel ainsi qu'en faveur de présentations et de dégustations, dans des conditions définies par décret ;

8° Sous forme d'offre, à titre gratuit ou onéreux, d'objets strictement réservés à la consommation de boissons contenant de l'alcool, marqués à leurs noms, par les producteurs et les fabricants de ces boissons, à l'occasion de la vente directe de leurs produits aux consommateurs et aux distributeurs ou à l'occasion de la visite touristique des lieux de fabrication ;

9° Sur les services de communications en ligne à l'exclusion de ceux qui, par leur caractère, leur présentation ou leur objet, apparaissent comme principalement destinés à la jeunesse, ainsi que ceux édités par des associations, sociétés et fédérations sportives ou des ligues professionnelles au sens du Code du sport, sous réserve que la propagande ou la publicité ne soit ni intrusive ni interstitielle.

Toute opération de parrainage est interdite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques » ;

Que l'article L. 3323-4 dispose :

« La publicité autorisée pour les boissons alcooliques est limitée à l'indication du degré volumique d'alcool, de l'origine, de la dénomination, de la composition du produit, du nom et de l'adresse du fabricant, des agents et des dépositaires ainsi que du mode d'élaboration, des modalités de vente et du mode de consommation du produit.

Cette publicité peut comporter des références relatives au terroir de production, aux distinctions obtenues, aux appellations d'origine telles que définies à l'article L. 115-1 du Code de la consommation ou aux indications géographiques telles que définies dans les conventions et traités internationaux régulièrement ratifiés. Elle peut également comporter des références objectives relatives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives de produit. Le conditionnement ne peut être reproduit que s'il est conforme aux dispositions précédentes.

Toute publicité en faveur de boissons alcooliques, à l'exception des circulaires commerciales destinées aux personnes agissant à titre professionnel ou faisant l'objet d'envois nominatifs ainsi que les affichettes, tarifs, menus ou objets à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé, doit être assortie d'un message de caractère sanitaire précisant que l'abus d'alcool est dangereux pour la santé » ;

Considérant que la publicité illicite au sens desdits articles s'entend de tout acte en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article ayant pour effet, quelle qu'en soit la finalité, de rappeler une boisson alcoolique sans satisfaire aux exigences de l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique ;

Considérant que la société Kronenbourg soutient que le consommateur qui prend connaissance des mentions figurant sur les canettes et le pack se trouve déjà dans le rayon des bières du distributeur ; qu'en l'absence de publicité préalable sur le conditionnement, le choix du consommateur s'exerce librement entre les marques qui lui sont proposées ; que cette analyse tendant à opérer une distinction entre publicité et conditionnement est confortée par la loi elle-même qui ne vise pas le conditionnement, et ne permet sa reproduction que s'il est conforme à ses dispositions ;

Considérant toutefois, que précisément, l'article L. 3323-4 qui conditionne la reproduction du conditionnement au respect de ses prescriptions, sous-entend que le conditionnement est utilisé par les distributeurs comme support de publicité ; que le conditionnement est en effet un support de communication destiné à attirer le choix du consommateur par rapport au produit concurrent, situé à proximité immédiate sur le même rayon ; que l'opération commerciale visant à proposer à la vente des canettes et packs de bière Carlsberg, dont le conditionnement représente quatre joueurs de football, avec la mention « *Barclays Premier League Bière officielle* » et « *L'instinct de la Premier League* » avec apposition de la marque et du logo Carlsberg constitue bien de la propagande en faveur de cette boisson alcoolique dès lors qu'en associant une compétition sportive à une boisson alcoolique, elle est destinée à favoriser chez un public passionné par ce sport un lien entre cette boisson alcoolique et des matchs de compétition et relève donc des restrictions prévues par les articles précités ; que de surcroît le règlement du jeu, mentionné sous le pack, précise bien que les lots d'articles et places du championnat ne peuvent se gagner qu'à condition d'acheter un pack de bière afin de reproduire le code mentionné à l'intérieur du pack pour se reporter sur facebook à l'adresse du jeu ;

Considérant que les mentions figurant sur les canettes et les packs litigieux comportent des références visuelles qui sont étrangères aux seules indications objectives et techniques du produit énumérées à l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique ; qu'elles constituent en outre une opération de parrainage ayant pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques qui est interdite par le dernier alinéa de cet article ; Considérant que la liberté d'expression et d'information prévue par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de circulation des produits au sein de la Communauté européenne peut, en l'absence de mesures communautaires d'harmonisation, être limitée par des réglementations nationales justifiées par les raisons mentionnées à l'article 56 paragraphe 1 du Traité sur l'Union européenne ou des raisons impérieuses d'intérêt général ; que les restrictions imposées par la loi Evin répondent à un impératif de santé publique, principe de valeur constitutionnelle ; qu'elles reposent sur des raisons impérieuses d'intérêt général et la nécessité que la réglementation applicable ne soit pas contournée, et

sont donc proportionnées au but poursuivi ; que le fait que la publicité pour des boissons alcooliques serait admise dans certains États membres ou soumise à des règles moins strictes, en l'occurrence le Danemark qui a conclu un contrat de parrainage avec une ligue sportive britannique, ne signifie pas pour autant que les règles imposées dans l'État où les produits sont distribués sont disproportionnées ; que la réglementation de la publicité en faveur des boissons alcoolisées s'applique donc, sans distinction d'origine, aussi bien aux produits nationaux qu'aux produits importés d'autres États membres ;

Considérant que pour ce même motif de proportionnalité avec l'objectif poursuivi, elles ne peuvent être considérées comme une entrave à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, alors que la publicité diffusée sur les canettes et packs de bière vise à promouvoir les valeurs du sport – fraternité dans l'effort collectif, notamment par l'association de photographies de footballeurs connus unis dans un même mouvement – mais sur des supports de boisson alcoolique pour en favoriser l'achat et la consommation, de sorte que l'information objective et neutre limitée aux qualités objectives du produit permise par la loi Evin est détournée ; Considérant que le non-respect des dispositions d'ordre public du Code de la santé publique relatives à la lutte contre l'alcoolisme sont constitutives d'un trouble manifestement illicite que le juge des référés a le pouvoir de faire cesser ; que la mesure ordonnée par le premier juge consistant dans le retrait sous astreinte des canettes et des packs de bière Carlsberg comportant les mentions incriminées est donc justifiée et nécessaire à la cessation du trouble ;

Considérant que l'article L. 3223-2 du Code de la santé publique autorise la publicité sur des services de communication en ligne, à l'exclusion de ceux qui sont principalement destinés à la jeunesse ou qui concernent le monde du sport, sous réserve que la propagande ou la publicité ne soit ni intrusive, ni interstitielle ;

Considérant que le jeu *Barclays Premier League* organisé par la société Kronenbourg est édité sous le pack de bière et est ouvert à toute personne majeure disposant d'un compte facebook ; que par procès-verbal du 8 juillet 2014, l'huissier de justice commis par l'ANPAA a vérifié qu'en se connectant sur l'adresse carlsbergfc.fr comme indiqué sur le pack, il est dirigé vers la page de connexion Facebook.com à laquelle il a accédé sans que son âge ne lui ait été demandé ; que ce jeu, qui n'est pas un mode de publicité en ligne intrusif puisque l'utilisateur, à le supposer majeur, doit cliquer sur les icônes adéquates, ni interstitiel puisqu'il n'apparaît pas de manière intempestive à l'ouverture de page, figure sur le site de la boisson alcoolique et procède par association entre celle-ci et la compétition sportive ; qu'ainsi, outre le fait qu'il est soumis à une obligation d'achat, qui ne peut être considérée comme une modalité de vente, ce jeu qui est accessible sur le site de la boisson Carlsberg, favorise l'association entre la boisson alcoolique et la compétition de football, en infraction aux dispositions de l'article L. 3223-2 dernier alinéa du Code de la santé publique, de sorte que, constitutif d'un trouble manifestement illicite, le juge des référés a à juste titre ordonné qu'il soit retiré du site de Carlsberg ;

Considérant par contre que c'est avec pertinence que le premier juge a rejeté la demande tendant au retrait des affiches

paraissant sur la page Facebook de Carlsberg représentant onze bouteilles de bière empilées sous forme de pyramide, dont le caractère illicite au regard des règles susvisées n'est pas manifeste ; que de même la décision sera confirmée en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référé sur la demande de dommages et intérêts formée par l'ANPAA, en ce qu'elle excède ses pouvoirs ;

Considérant que le sort des dépens et de l'indemnité de procédure a été exactement réglé par le premier juge ;

Qu'à hauteur de cour, il convient d'accorder à l'ANPAA, contrainte d'exposer de nouveaux frais pour se défendre, une indemnité complémentaire sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile dans les conditions précisées au dispositif ci-après ;

Que Les Brasseries Kronenbourg qui succombent ne peuvent prétendre à l'allocation d'une indemnité de procédure et supporteront les dépens d'appel ;

PAR CES MOTIFS

CONFIRME l'ordonnance entreprise ;
(...)

Prés. : M^{me} Roy-Zenati, Cons. : M^{mes} Bodard-Hermant et Quentin de Gromard - Av. : M^e Giafferi et M^e Gras

COMMENTAIRE



Eric Andrieu

Avocat au Barreau de Paris

1. L'Association nationale de prévention en alcoologie et addictologie (ANPAA) poursuivait en référé les Brasseries Kronenbourg du fait de la diffusion de canettes et de packs de bière Carlsberg comportant diverses illustrations et mentions relatives au football et, plus particulièrement, à la *Barclays Premier League*, dénomination du championnat anglais de première division. Il s'agissait de la photographie de joueurs, de la mention « *Bière officielle de la Barclays Premier League* », et du logo de la compétition. Il était également proposé un jeu sur internet permettant de gagner, entre autres, des places pour des matches de la *Barclays Premier League*.

2. Le président du tribunal de grande instance de Paris¹ avait fait droit à l'essentiel des demandes en ordonnant à Kronenbourg le retrait de ses produits et la suppression du jeu (qui avait été retiré de son site par Kronenbourg dès le 16 septembre 2014). Saisie par Kronenbourg, la cour d'appel de Paris confirme l'ordonnance.

3. Il n'est pas contestable que la représentation de joueurs de football ne figure pas parmi les éléments autorisés par l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique pour la publicité en faveur des alcools.

La question qui se posait était celle du statut des conditionnements puisque ce texte, après avoir rappelé ce qui peut figurer dans les publicités pour ces produits (origine, composition, mode d'élaboration, mode de consommation...), énonce : « *Le conditionnement ne peut être reproduit que s'il est conforme aux dispositions précédentes.* » Le législateur fait ainsi clairement une distinction entre le conditionnement et les autres supports. En un mot, si le conditionnement n'est pas reproduit sur les autres supports, il n'est pas soumis aux restrictions de la loi Evin.

La cour constate cette distinction puisqu'elle note que l'analyse de Kronenbourg « *tendant à opérer une distinction entre publicité et conditionnement est confortée par la loi elle-même qui ne vise pas le conditionnement et ne permet sa reproduction que s'il est conforme à ses dispositions.* »

La conséquence logique et directe de ce constat aurait dû l'amener à rejeter la demande de l'ANPAA puisqu'elle portait sur des éléments figurant sur le conditionnement des produits Carlsberg, et ce *a fortiori* à l'occasion d'un référé, l'infraction reprochée ne pouvant dans ces conditions être « *manifestement illicite* » au sens de l'article 809 du Code de procédure civile.

Pourtant, il n'en est rien et l'interdiction ordonnée par le premier juge est confirmée aux termes d'un raisonnement que l'on peut trouver contestable. Les juges retiennent en effet que l'article L. 3323-4 « *sous-entend que le conditionnement est utilisé par les distributeurs comme support de publicité* ». C'est tout à fait exact mais c'est précisément la raison pour laquelle un statut particulier est accordé aux conditionnements. C'est un support publicitaire mais un support qui n'est pas soumis aux mêmes règles que les autres.

Dès lors, la suite du raisonnement de la cour, qui constate que les éléments critiqués constituent bien de la propagande en faveur de Carlsberg, est faussée puisqu'encore une fois cette propagande n'aurait dû être soumise qu'aux règles spécifiques prévues par le texte en faveur des conditionnements.

4. Concernant le jeu, il résulte de l'arrêt qu'il avait été retiré du site sur lequel il était hébergé dès le 16 septembre 2014, c'est-à-dire antérieurement à l'ordonnance de référé et évidemment à l'arrêt de la cour.

On comprend mal dans ces conditions qu'il ait pu être l'occasion d'un débat, le juge des référés n'étant en principe plus compétent pour ordonner le retrait d'une opération d'ores et déjà terminée, de la même manière qu'il n'est plus compétent pour statuer sur l'arrêt d'une campagne publicitaire déjà terminée².

Au-delà de cette question, la cour retient que :

- L'huissier de justice commis par l'ANPAA a accédé à la page Facebook sur lequel le jeu était hébergé sans que son âge ne lui ait été demandé. Il n'est pas indiqué les conséquences qu'il convient d'en tirer.

1. Ord. réf. TGI Paris, 21 octobre 2014

2. CA Paris, 21 septembre 2007, RG 07/04262.

Il faut rappeler cependant que le filtre d'âge est automatiquement généré par Facebook qui interdit en principe l'accès des pages consacrées aux boissons alcoolisées aux mineurs.

- Le jeu n'est ni intrusif, ni interstitiel, ce qui eut été illicite en application des règles de la publicité des alcools sur internet résultant de l'article L. 3323-2, 9° du Code de la santé publique.
- Le jeu était soumis à une obligation d'achat « qui ne peut être considérée comme une modalité de vente », la cour semblant ainsi répondre à l'argument selon lequel le jeu aurait pu être légitimé puisque les modalités de vente sont l'un des éléments autorisés par l'article L. 3323-4.

La motivation sur ce point est très lapidaire, ce qui est regrettable car il est indéniable qu'en achetant le produit, les consommateurs pouvaient participer au jeu, ce qui constituait un avantage venant compléter le simple achat des produits, ce qui était susceptible d'en faire légitimement une modalité de vente.

Rappelons à cette occasion que le fait de lier le jeu à un achat n'est plus interdit par le Code de la consommation depuis les modifications intervenues à la suite de la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales³.

- Le jeu favorisait l'association entre Carlsberg et la *Barclays Premier League*, ce qui était une infraction à l'article L. 3323-2, dernier alinéa, du Code de la santé publique, c'est-à-dire qu'il constituait une opération de parrainage du championnat de football anglais par la marque Carlsberg.

Là encore, cette affirmation aurait pu mériter des commentaires plus détaillés.

³. Directive 2005/29/CE, 11 mai 2005.

Nous savons qu'il n'y a pas de définition légale de la notion de parrainage. Par ailleurs, il semble qu'il existait un contrat de parrainage entre la société Carlsberg de droit danois et la *Barclays Premier League*, mais pas entre celle-ci et la société Brasseries Kronenbourg qui était en l'occurrence poursuivie. Dans ces conditions, la notion de trouble manifestement illicite pouvait ici aussi se poser.

5. Relevons enfin certains des éléments mis en avant par la cour sans qu'ils influent directement sur la décision prononcée :

- Il est rappelé, en préambule et à juste titre, que « la loi dite Evin a notamment pour finalité d'exclure toute publicité qui inciterait à une consommation abusive d'alcool considérée comme dangereuse pour la santé », ce qui est exact et conforme à la décision rendue par le Conseil constitutionnel lorsqu'il avait été saisi préalablement à la promulgation de cette loi⁴.
- La cour indique que les mentions figurant sur les packs comportent des références étrangères « aux seules indications objectives et techniques du produit énumérées à l'article L. 3323-4 » puis qu'il y a un détournement de « l'information objective et neutre limitée aux qualités objectives du produit » permise par cette loi.

La référence à l'objectivité va au-delà du texte de la loi Evin.

S'il est prévu par l'article L. 3323-4 que la publicité des alcools « peut également comporter des références objectives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit », cette condition d'objectivité n'est pas imposée pour les autres mentions et références figurant dans ce texte.

E. A.

⁴. DC, 90-283, 8 janvier 1991.