

que la procédure qui sera mise en place permettra aux titulaires de droits de faire entendre leurs arguments, ce qui serait particulièrement nécessaire s'agissant des marques existantes et auxquelles certains consommateurs pourront s'être attachés. En effet, leur interdiction crée nécessairement un préjudice très conséquent qui n'est en l'état pas compensé. Ceci est d'autant plus vrai qu'il est en pratique impossible pour les fabricants de sensibiliser les consommateurs à la migration d'une marque vers une autre, du fait de l'interdiction quasi-totale de la publicité directe ou indirecte en faveur des produits du tabac.

Cet appel à un meilleur équilibre des droits en présence, ou en tout cas ce rappel que les droits des fabricants de tabac sont bien existants, ne peut être que bénéfique. Certains auraient pu croire que l'intérêt de protection de la santé publique pouvait les annihiler sans justification. **C.M.**

Se moquer du vapotage, c'est faire la publicité du tabac ?

MOTS-CLÉS : publicité, tabac, propagande, presse

.....
Cour d'appel de Versailles

(9^e ch. correct.)

28 avril 2017

Droit des non-fumeurs c/ Prisma Média et a.

350-22
.....

Statuant sur la commission d'une faute civile par les prévenus, poursuivis pour publicité en faveur du tabac à la suite de la publication d'un article illustré d'une photographie représentant une présentatrice de télévision et le « *nouvel homme de sa vie* » une cigarette à la bouche et assortie d'un commentaire : « *Elle est comme ça, entière et passionnée. Elle aime les mecs, les vrais. Pas ceux qui vapotent...* », la cour d'appel juge celle-ci suffisamment caractérisée, aux motifs : que la publication litigieuse valorise le produit tabac ; qu'il importe peu, pour la qualification de la faute, qu'il s'agisse d'un article journalistique ou d'une publicité commerciale. En outre, l'interdiction édictée par le Code de la santé publique, mesure nécessaire à l'objectif général de protection de la santé, justifie une atteinte à la liberté d'expression, qui demeure proportionnée et ne méconnaît pas les exigences de la Convention EDH. Enfin, il est jugé que la photographie et le commentaire litigieux sont incitatifs et laudatifs dès lors qu'ils présentent la consommation de tabac de manière positive et valorisent le fait de fumer une cigarette en l'associant à la virilité, en opposant le fait de fumer à celui de vapotage qui est présenté de manière dévalorisante.

.....
Considérant qu'il ressort de la procédure :

- - que dans l'édition du magazine *Voici*, numéro 1395 pour la période du 1^{er} au 7 août 2014, a été publié un article en pages 22 et suivantes sur Sophie Davant intitulé « Georges, le nouvel homme de sa vie » ;
- - qu'en page 22, a été publiée une photographie de Sophie Davant et de son compagnon, Georges Menut, avec chacun une cigarette à la bouche ;
- - que la photographie est assortie d'un commentaire : « *L'amour au Menut. Elle est comme ça, Sophie Davant : entière et passionnée. Elle aime les mecs, les vrais. Pas ceux qui vapotent...* » ;

.....
..... Considérant que l'association Les droits des non-fumeurs faisait citer Rolf Heinz, directeur de publication, Daniel Daum, éditeur, et la société Prisma Media, société éditrice du magazine *Voici*, devant le tribunal correctionnel de Versailles du chef de publicité directe ou propagande en faveur du tabac ou de ses produits ;

..... Que le tribunal correctionnel déboutait les prévenus de leur exception préjudicielle, disait n'y avoir lieu à surseoir à statuer

et relaxait les prévenus des fins de la poursuite en estimant que le délit n'était pas constitué et qu'à tout le moins, il existait un doute qui devait leur bénéficier ;
Que la partie civile relevait appel du jugement ;

Sur la question préjudicielle :

Considérant que Rolf Heinz, Daniel Daum et la société Prisma Media soulèvent *in limine litis* une question préjudicielle ainsi formulée :

« L'article L. 3512-4 du Code de la santé publique français, en ce qu'il dispose que "La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac ou des ingrédients définis à l'article L. 3512-2 ainsi que toute distribution gratuite ou vente d'un produit du tabac à un prix inférieur à celui qui a été homologué conformément à l'article 572 du Code général des impôts sont interdites" et l'article L. 3512-5 dudit Code en ce qu'il précise "Est considérée comme propagande ou publicité indirecte la propagande ou la publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre que le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini à l'article L. 3512-2 lorsque, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou un autre signe distinctif, elle rappelle le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini à l'article L. 3512-2" sont-ils conformes à la définition de la publicité telle que donnée à l'article 2 de la directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, dans l'application faite par la Cour de cassation de ses deux articles du Code et selon laquelle "on entend par publicité, au sens de ce texte, tout acte, quelle qu'en soit la finalité, ayant pour effet de rappeler ces produits ou leurs marques" (Crim., 18 mars 2003 ; de même : Crim., 11 janvier 2005 et de nouveau : Crim., 18 mai 2016, n° 15-80922, Bull. : « qu'en prononçant ainsi, 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 le sens de la portée des textes susvisés et des principes ci-dessus rappelés » avec renvoi devant la cour d'appel de Versailles » ;

Considérant que cette exception préjudicielle doit être rejetée ; que la cour en effet n'est pas saisie de l'action pénale mais des seuls intérêts civils ; que la question préjudicielle par ailleurs vise une jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui n'est pas suffisamment constante et significative pour être soumise à l'examen de la Cour de justice des Communautés européennes ;

Sur la faute civile :

Considérant qu'il appartient à la cour, en l'absence d'appel du ministère public, de déterminer si Rolf Heinz, Daniel Daum et la société Prisma Media, à partir et dans les limites de la prévention, ont commis une faute civile ayant occasionné un préjudice à l'association Les droits des non-fumeurs ;
Considérant que l'association Les droits des non-fumeurs soutient que le commentaire qui accompagne la photographie de

Sophie Davant et de Georges Menut constitue une publicité ou une propagande en faveur du tabac ou de ses produits ;
Que Rolf Heinz, Daniel Daum et la société Prisma Media font valoir :

- que la page litigieuse est une page de rédactionnel, rédigée librement par un journaliste, selon les mots qu'il a lui-même choisis et non une page de publicité commerciale, et qu'elle ne répond pas à la définition de la propagande visée dans le texte de la prévention ;
- que les poursuites engagées nuisent à la liberté d'expression journalistique et méconnaissent les dispositions de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- que la publication n'est pas constitutive d'une publicité ou d'une propagande directe ou indirecte en faveur du tabac ;

Sur ce :

Considérant que la faute civile est suffisamment caractérisée ; qu'il apparaît en effet :

- que les mis en cause se sont livrés à un acte de propagande dès lors que la publication litigieuse valorise le produit tabac ;
- qu'il importe peu, pour la qualification de la faute, qu'il s'agisse d'un article journalistique ou d'une publicité commerciale, les dispositions du Code de la santé publique ne procédant pas à une distinction entre espace rédactionnel et espace publicitaire ;
- que l'interdiction édictée par le Code de la santé publique constitue une mesure nécessaire à l'objectif général de protection de la santé ; qu'elle justifie une atteinte à la liberté d'expression, qui demeure proportionnée à la poursuite de l'objectif recherché et ne méconnaît pas les exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- que la photographie et le commentaire litigieux, qui résultent d'un choix rédactionnel délibéré, sont incitatifs et laudatifs dès lors qu'ils présentent la consommation de tabac de manière positive ; qu'ils valorisent le fait de fumer une cigarette en l'associant à la virilité ; qu'ils opposent le fait de fumer à celui de vapoter qui est présenté de manière dévalorisante en l'associant à un demi-engagement ;

Considérant que la faute civile ainsi retenue est imputable à Rolf Heinz qui devait, en sa qualité de directeur de la publication, veiller au respect des lois en vigueur et ne pouvait méconnaître les dispositions prohibant la publicité directe ou indirecte en faveur du tabac et de ses produits ; qu'elle est en revanche insuffisamment caractérisée à l'encontre de Daniel Daum et de la société Prisma Media ;

Sur l'indemnisation :

Considérant que l'association Les droits des non-fumeurs sollicite la condamnation solidaire de Rolf Heinz, de Daniel Daum et de la société Prisma Media à lui verser la somme de 20 000 euros de dommages et intérêts ainsi qu'une indemnité de 5 000 euros au titre de l'article 475-1 du Code de procédure pénale ;
Que l'association Les droits des non-fumeurs justifie de son préjudice ; que ses statuts lui confèrent la possibilité d'exercer

- les droits reconnus à la partie civile pour faire respecter les textes relatifs à la lutte contre le tabagisme ; qu'elle mobilise dans l'accomplissement de sa mission des moyens humains, matériels et financiers ;
 - Que la cour relève la large diffusion au niveau national de la publication en cause, l'importance donnée à l'article litigieux en ce qu'il occupe trois pages du magazine en plus de son annonce comme un « scoop ! » sur la couverture ;
 - Qu'il y a lieu de condamner Rolf Heinz à lui payer un montant de 3 000 euros de dommages et intérêts ;
 - Que l'article 475-1 du Code de procédure pénale n'est pas applicable en l'espèce ;
 - Que les mis en cause, sur le fondement de l'article 472 du Code de procédure pénale, sollicitent la condamnation de l'association Les droits des non-fumeurs à leur verser une indemnité de 6 000 euros pour procédure abusive ;
 - Qu'il n'y pas lieu de faire droit à cette demande en faveur de Daniel Daum et de la société Prisma Media, seuls habilités à la formuler, le caractère abusif de la constitution de partie civile de l'association Les droits des non-fumeurs n'étant pas établi ;
- [...]
- Prés. : M. Fauques – Cons. : M. Barges, Mme Desset – Av. : M^{es} Gras, Mairat.

COMMENTAIRE



Éric Andrieu
Avocat à la Cour
Cabinet Péchenard & Associés

Au mois d'août 2014, le magazine *Voici* publiait un article consacré à la journaliste Sophie Davant et intitulé « Georges, le nouvel homme de sa vie ».

Cet article était notamment illustré d'une photographie de ces deux personnes ayant chacune une cigarette à la bouche, assortie du commentaire :

« *L'amour au Menut* »

(Le journaliste marque ainsi simultanément – ce qui n'est pas sans intérêt au regard de la procédure – qu'il s'agit du nom de famille du nouveau compagnon de la vedette de la télévision et qu'il entend, malgré la gravité du sujet concerné, placer son texte sous le signe d'un humour dont il ne nous revient pas d'apprécier la qualité).

« *Elle est comme ça, Sophie Davant : entière et passionnée. Elle aime les mecs, les vrais. Pas ceux qui vapotent...* »

L'association « Les Droits des non-fumeurs » (DNF) qui voit à la fois dans cette publication « une propagande et une publicité directe et indirecte en faveur du tabac » engage une procédure pénale.

On comprend ainsi que l'objet de l'Association va au-delà de son nom, sauf à considérer que parmi les droits des non-fumeurs figure celui de ne pas être exposé à des images aussi insupportables. À moins qu'il s'agisse pour elle non d'un droit mais d'un devoir, celui de protéger ses concitoyens de provocations aussi inacceptables.

Le tribunal correctionnel de Versailles, par un jugement du 18 janvier 2016¹², a rejeté les demandes de la partie civile. Pour le tribunal, « le seul fait d'évoquer le produit « tabac » dans un article ne saurait être de nature à caractériser une propagande au sens du texte susvisé » (l'article L.3211-3 du Code de la santé publique) puisque « pour être punissable, l'article incriminé doit faire ressortir une volonté de faire passer un message destiné à vanter l'usage du tabac ».

Or, le tribunal relevait que les propos poursuivis s'intégraient dans un article de trois pages mettant en exergue « le nouvel homme de (la) vie (de Sophie Davant) » en précisant que « cette fois, c'est sûr, c'est le bon ». Le tribunal pouvait en conclure que « dans ce contexte, l'incidence de la référence dévalorisante au "vapotage" n'apparaît dès lors pas comme vantant le tabac, mais comme l'expression du rejet d'un demi-engagement, et vantant avant tout et par là même un engagement entier de Sophie Davant dans cette nouvelle aventure sentimentale, ce que ne symboliserait pas le vapotage qui est en quelque sorte une absence de choix et une demi-mesure entre l'abstinent et l'usager du tabac. »

Afin de ne pas heurter la partie civile, le tribunal relevait qu'elle avait pu interpréter différemment l'article dont la part d'ambiguïté était cependant « immédiatement dissipée par la lecture de l'article en cause ».

DNF a interjeté appel de ce jugement, ce que n'a pas fait le parquet et l'affaire revenait par conséquent devant la cour d'appel de Versailles uniquement sur les intérêts civils. Par l'arrêt rapporté ci-dessus, la cour d'appel de Versailles infirme le jugement du tribunal correctionnel, considérant que « la faute civile est suffisamment caractérisée ».

Sa motivation, qui a le charme de la brièveté, repose sur quelques points dont chacun mérite un commentaire.

- « Les mis en cause se sont livrés à un article de propagande dès lors que la publication litigieuse valorise le produit tabac ».

Placée en ouverture de la démonstration de la cour, cette affirmation relève davantage du postulat que de l'analyse. Il est vrai que la valorisation dont il est question est expliquée plus loin au motif que la photographie et le commentaire litigieux seraient « incitatives (sic) et laudatives (sic) », dès lors qu'ils présenteraient la consommation de tabac de manière positive. Il s'agirait de la valorisation du fait de fumer une cigarette en l'associant à la virilité, par opposition au vapotage présenté de manière dévalorisante en l'associant à un demi-engagement.

Des producteurs de cigarettes ont, il est vrai, longtemps associé l'image de la virilité à celle de la consommation de leurs produits.

¹². TGI Versailles, 8^e ch. sect. 3, 18 janvier 2016, RG n° 15/106000169.

Manifestement, les publicités ainsi réalisées à l'époque où elles étaient autorisées ont laissé une trace dans l'esprit de la cour, qui voit dans l'article incriminé une propagande en faveur du tabac par référence à la virilité qui peut surprendre.

Le propos, tel qu'il avait été analysé par le tribunal, consistant à faire du vapotage une demi-mesure semblait assez clair. L'idée exprimée était qu'on peut fumer ou ne pas fumer (sans que rien ne valorise particulièrement la première solution) mais pas vapoter, ce qui consiste à ne pas s'engager.

Il était difficile de voir dans cette affirmation une incitation à la consommation du tabac.

- Une fois admis qu'il s'agissait d'un acte de propagande par la valorisation du « *produit tabac* », on aurait pu espérer une justification par la cour de l'existence d'un élément moral de l'infraction. Le directeur de la publication qui est condamné n'est pas présumé responsable comme il peut l'être dans le cadre des infractions de presse sanctionnées par la loi de 1881.

La cour se contente d'écrire que la photographie et le commentaire « *résultent d'un choix rédactionnel délibéré* », ce que l'on peut en effet espérer, puisque l'un des prévenus « *devait en sa qualité de directeur de la publication veiller au respect des lois en vigueur et ne pouvait méconnaître les dispositions prohibant la publicité directe ou indirecte en faveur du tabac et de ses produits* ».

Cet emprunt prétorien à la présomption de culpabilité propre à la loi sur la presse mériterait alors que l'on introduise, par réciprocité, l'excuse absolutoire de bonne foi, *a fortiori* pour du rédactionnel qui n'est pas visé par le Code de la santé publique dans sa réglementation de la publicité en faveur du tabac.

Il n'est pas établi ni même recherché une volonté de la part du directeur de la publication (on notera que le journaliste n'était pas poursuivi et que l'éditeur du magazine ainsi que le magazine en tant que personne morale ne sont pas sanctionnés) de commettre l'infraction reprochée.

La cour admet la fiction de la connaissance de l'article par le directeur de la publication (président d'un groupe réunissant X magazines et X sites internet) et ce sans tenir aucun compte du ton humoristique de l'article ou encore de l'absence totale d'incitation à fumer. Sans même évoquer l'absence de tout lien économique entre l'auteur/éditeur du journal et l'industrie du tabac.

- Car avant d'arriver à cette conclusion, la cour écrit « *qu'il importe peu, pour la qualification de la faute, qu'il s'agisse d'un article journalistique ou d'une publicité commerciale, les dispositions du Code de la santé publique ne procédant pas à une distinction entre espaces rédactionnels et espaces publicitaires* ».

On observera respectueusement que la publicité et l'information sont deux notions fondamentalement distinctes et qu'on ne voit pas à quel titre le législateur réglementant la publicité prendrait la peine d'expliquer que son texte n'a pas à être appliqué aux articles d'information.

Cette affirmation de l'identité du contenu publicitaire et rédactionnel est à tous égards dangereuse, mais elle n'est malheureusement pas unique dans les affaires concernant la protection de la santé publique où des juridictions veulent parfois, à l'égal des meilleures associations, protéger la santé de leurs concitoyens au prix d'une application extensive des règles pénales. **E. A.**

« On observera respectueusement que la publicité et l'information sont deux notions fondamentalement distinctes. »