

Tabac : la résistance des marques

MOTS-CLÉS : marques, publicité, tabac, paquet neutre, conditionnement

Conseil d'État (1^{re} et 6^e ch. réunies)

10 mai 2017

Fédération des fabricants de cigarettes et autres

350-21

La Fédération des fabricants de cigares ainsi que diverses sociétés fabricant des produits du tabac demandaient l'annulation de l'ordonnance du 19 mai 2016 transposant la directive 2014/40/UE sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac, imposant l'uniformisation des conditionnements de cigarettes, au motif notamment que la réglementation serait contraire au droit de propriété, à la liberté d'entreprendre et à la liberté d'expression.

Le Conseil d'État saisit la CJUE de trois questions préjudicielles relatives :

- à la portée des interdictions en tant qu'elles s'appliquent aux marques, notamment dans l'hypothèse où la marque a acquis une notoriété qui l'a rendue indissociable du produit qu'elle désigne ;
- au caractère proportionné ainsi qu'à l'intelligibilité et la prévision des interdictions par les opérateurs ;
- à la combinaison de l'interdiction de certains noms de marques avec les obligations relatives au « paquet neutre », qui ne permettent plus aux opérateurs d'individualiser le produit par d'autres éléments que la marque et la dénomination du produit, y compris lorsque le fabricant doit cesser d'utiliser la marque ou la dénomination qui étaient connues des consommateurs ;

- le Conseil d'État annule en outre l'article 2 de l'ordonnance attaquée qui prévoit que l'arrêté d'homologation des prix de détail des produits du tabac mentionne la marque et la dénomination commerciale des prix du tabac, à condition que des dernières respectent les dispositions de l'article L.3512-21 du Code de la santé publique. Il est jugé que l'ordonnance ne pouvait pas, sans prévoir aucun encadrement, instaurer un tel régime qui peut conduire à l'interdiction de faire usage de marques dont les fabricants sont propriétaires et qui touche, dès lors, aux principes fondamentaux du régime de la propriété. Ainsi, l'ordonnance aurait dû définir les modalités essentielles de ce régime des marques et dénominations commerciales et prévoir un régime transitoire applicable aux marques existantes.

COMMENTAIRE



Chloé Monéger

Avocat au barreau de Paris
Péchenard & Associés

Le tabac n'est pas tout à fait dans l'air du temps. Ce produit qui n'est pas interdit subit néanmoins, du fait de la réglementation mise en œuvre ces dernières années, de nombreuses atteintes au nom de la protection de la santé publique. La légitimité de ce but doit être appréciée au regard des autres principes juridiques avec lesquels il peut être en contradiction. Il en est ainsi particulièrement, pour ce qui nous concerne, des droits de propriété industrielle des professionnels de cette filière.

La nécessité de prendre en considération ces droits incorporels – et ce malgré ce contexte protectionniste – vient d'être rappelée par le Conseil d'État dans un arrêt¹ dénotant quelque peu avec les décisions rendues précédemment en matière de tabac (I), en ce qu'il pourrait ouvrir la voie à une plus grande mesure dans les atteintes portées au droit des marques (II).

I. LE CONTEXTE DE SAISINE DU CONSEIL D'ÉTAT

1. Le durcissement de la législation concernant les produits du tabac

Un bref rappel des modifications récentes en matière de législation sur les produits du tabac, déjà abondamment commentées, permet de replacer la décision du Conseil d'État dans son contexte général.

Le chapitre II de la directive du 3 avril 2014² a posé un certain nombre de règles en matière d'étiquetage et de présentation des produits du tabac. En parallèle, l'article 24.2 de ce même texte a donné aux États membres la possibilité d'aller plus loin en leur permettant d'instaurer la standardisation des conditionnements des produits du tabac.

La France a suivi cette voie avec l'adoption de la loi de modernisation de notre système de santé³ et certains des textes pris pour son application⁴, imposant avec une grande rigueur la

1. CE, Fédération des fabricants de cigares et autres, 10 mai 2017, n^{os} 401536, 401561, 401611, 401632, 401668.

2. Directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE

3. Loi n^o 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

4. Décret n^o 2016-334 du 21 mars 2016 relatif au paquet neutre des cigarettes et de certains produits du tabac ; Décret n^o 2016-1117 du 11 août 2016 relatif à la fabrication, à la présentation, à la vente et à l'usage des produits du tabac, des produits du vapotage et des produits à fumer à base de plantes autres que le tabac ; Arrêté du 21 mars 2016 relatif aux conditions de neutralité et d'uniformisation des conditionnements et du papier des cigarettes et du tabac à rouler ; Arrêté du 22 août 2016 relatif aux produits du tabac, du vapotage, et à fumer à base de plantes autres que le tabac ainsi qu'au papier à rouler les cigarettes.

neutralité et l'uniformisation des conditionnements, emballages extérieurs et suremballages des cigarettes, du tabac à rouler, du papier à cigarette et papier à rouler les cigarettes, et renforçant l'interdiction de publicité applicable aux produits du tabac.

Plusieurs recours ont été introduits à l'encontre de ces textes, tendant à la protection des actifs de propriété industrielle des fabricants, et la réponse des juridictions est venue confirmer cette sévérité à l'encontre des professionnels du tabac.

2. La question des marques dans ce contexte

L'hypothèse d'une restriction des possibilités d'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle pour des considérations afférentes à la santé publique n'est pas nouvelle.

Cette limite pratique à l'exercice du droit de propriété des titulaires avait déjà été expressément justifiée par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'analyse de la loi Evin dont il ressortait :

- que le droit de propriété d'une marque n'est pas affecté dans son existence par les dispositions visant l'interdiction de toute propagande ou publicité, directe ou indirecte, en faveur des produits du tabac, et ce, dans la mesure où ces dispositions « ne procèdent en rien à un transfert de propriété qui entrerait dans le champ des prévisions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » ;

- que « ces dispositions trouvent leur fondement dans le principe constitutionnel de protection de la santé publique ; qu'au demeurant, la loi réserve la possibilité de faire de la publicité à l'intérieur des débits de tabac (...) »⁵.

La justification des atteintes portées au droit des marques a été renouvelée à l'occasion de l'analyse de la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, imposant l'uniformisation des conditionnements, notamment, de cigarettes.

Il convient de rappeler que cette uniformisation, par ailleurs associée à une interdiction quasi-totale de la publicité en faveur des produits du tabac, a pour effet de :

- rendre impossible l'exploitation des marques semi-figuratives ou figuratives sur les conditionnements, seuls pouvant figurer sur ceux-ci le nom de la marque, le nom de la dénomination sociale, les coordonnées du fabricant et l'indication du nombre de cigarettes ou du produit du tabac à rouler contenus, à l'exclusion de tout logo.

- réduire drastiquement la liberté d'exploitation des marques mêmes verbales puisque les textes d'application de la loi viennent imposer l'uniformisation jusque dans la police de caractères pouvant être utilisée, sa taille, l'emplacement du signe, etc.

À cet égard, les députés et les sénateurs ayant saisi le Conseil constitutionnel ont notamment soulevé l'existence d'une violation du droit de propriété et indiqué que l'obligation de commercialiser le tabac dans des paquets neutres n'était ni

justifiée ni proportionnée à l'objectif de protection de la santé publique poursuivi. Le Conseil constitutionnel⁶ a considéré que les dispositions imposant la neutralité et l'uniformisation des conditionnements étaient valides dans la mesure où elles :

- « n'interdisent pas que chacun de ces supports comporte l'inscription de la marque, de telle sorte que le produit puisse être identifié avec certitude par son acheteur ; que le propriétaire de la marque régulièrement déposée conserve ainsi la faculté de l'utiliser auprès des consommateurs, même si cette possibilité est strictement encadrée ; qu'il demeure également protégé contre l'usage ou le détournement de la marque par des tiers (...) » ;

- sont destinées à « priver ces produits d'une forme de publicité susceptible d'en favoriser la consommation, alors qu'il est établi que cette consommation nuit à la santé des personnes ; qu'il a [le législateur] ainsi poursuivi l'objectif de protection de la santé ; que les dispositions contestées n'interdisent ni la production, ni la distribution ni la vente du tabac ou des produits du tabac ; qu'il n'en résulte aucune atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre ».

« Ainsi que le prévoit l'article 13 de la directive, certaines marques, à savoir celles contribuant à la promotion d'un produit du tabac ou incitant à sa consommation peuvent être interdites. »

Ces arguments ont également été repris par le Conseil d'État dans sa décision⁷ du 23 décembre 2016 statuant sur une demande d'annulation des textes d'application de la loi du 26 janvier 2016, sur saisine de plusieurs sociétés fabricant ou

commercialisant des produits du tabac et de la Confédération nationale des buralistes de France.

Au-delà de ces restrictions, l'article L. 3512-21 du Code de la santé publique, créé par l'ordonnance du 19 mai 2016⁸ et venant transposer l'article 13 de la directive tabac indique :

« I. L'étiquetage des unités de conditionnement, tout emballage extérieur ainsi que le produit du tabac proprement dit ne peuvent comprendre aucun élément ou dispositif qui :

1° Contribue à la promotion d'un produit du tabac ou incite à sa consommation en donnant une impression erronée quant aux caractéristiques, effets sur la santé, risques ou émissions de ce produit ;
2° Ressemble à un produit alimentaire ou cosmétique.

II. Les éléments et dispositifs qui sont interdits en vertu du I comprennent notamment les messages, symboles, noms, marques commerciales, signes figuratifs ou autres. »

Dès lors, ainsi que le prévoit d'ailleurs l'article 13 de la directive, certaines marques, à savoir celles contribuant à la promotion d'un produit du tabac ou incitant à sa consommation, peuvent être interdites.

L'article 2 de l'ordonnance précitée a par ailleurs modifié l'article 572 du Code général des impôts pour indiquer que l'arrêté conjoint des ministres chargés de la santé et du budget, qui homologue le prix de vente au détail des tabacs « mentionne

5. Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991.

6. Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016.

7. CE, 23 décembre 2016, société JT International SA, Société d'exploitation industrielle des tabacs et des allumettes, société Philip Morris France SA et autres n°s 399117, 399789, 399790, 399824, 399883, 399938, 399997, 402883, 403472, 403823, 404174, 404381, 404394.

8. Ordonnance n° 2016-623 du 19 mai 2016 portant transposition de la directive 2014/40/UE sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes.

la marque et la dénomination commerciale des produits du tabac à la condition que ces dernières respectent les dispositions de l'article L. 3512-21 du Code de la santé publique ».

Il en résulte que les ministres chargés de cette homologation peuvent considérer certaines marques comme non conformes au Code de la santé publique, ne pas les mentionner dans l'arrêté et de ce fait en interdire l'exploitation sans autre forme d'évaluation ou justification.

Les titulaires des marques Vogue, Corset, Fine et Allure ont ainsi appris que celles-ci ne pourraient plus être exploitées en constatant qu'elles ne figuraient pas dans l'arrêté de cohomologation du 1^{er} février 2017. La légalité de ces dispositions a été mise en cause, notamment comme contraire au droit de propriété, par plusieurs fabricants de tabac qui ont saisi le Conseil d'État. Celui-ci a rendu, le 10 mai 2017, une décision qui pourrait permettre une plus grande considération de leurs droits.

II. LE RAPPEL DES DROITS DES TITULAIRES DE MARQUES PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

Dans sa décision du 10 mai 2017, le Conseil d'État, outre les positions qu'il adopte sur des sujets distincts, et notamment sur les avertissements sanitaires ou les produits du vapotage :

- demande à la CJUE d'encadrer les interdictions permises par l'article 13 de la directive du 3 avril 2014 ; (II.1)
- sanctionne la procédure permettant l'interdiction d'exploitation de certaines marques verbales par adoption de l'arrêté d'homologation des prix de vente au détail des produits du tabac. (II.2)

1. Une ouverture vers l'encadrement de l'article 13 de la directive du 3 avril 2014

Selon l'article 13 de la directive du 3 avril 2014 :

« 1. L'étiquetage des unités de conditionnement, tout emballage extérieur ainsi que le produit du tabac proprement dit ne peuvent comprendre aucun élément ou dispositif qui :

- a) contribue à la promotion d'un produit du tabac ou incite à sa consommation en donnant une impression erronée quant aux caractéristiques, effets sur la santé, risques ou émissions du produit ; les étiquettes ne comprennent aucune information sur la teneur en nicotine, en goudron ou en monoxyde de carbone du produit du tabac ;
- b) suggère qu'un produit du tabac donné est moins nocif que d'autres ou vise à réduire l'effet de certains composants nocifs de la fumée ou présente des propriétés vitalisantes, énergisantes, curatives, rajeunissantes, naturelles, biologiques ou a des effets bénéfiques sur la santé ou le mode de vie ;
- c) évoque un goût, une odeur, tout arôme ou tout autre additif, ou l'absence de ceux-ci ;
- d) ressemble à un produit alimentaire ou cosmétique ;
- e) suggère qu'un produit du tabac donné est plus facilement biodégradable ou présente d'autres avantages pour l'environnement.

2. Les unités de conditionnement et tout emballage extérieur ne suggèrent pas d'avantages économiques au moyen de bons imprimés, d'offres de réduction, de distribution gratuite, de promotion de type « deux pour le prix d'un » ou d'autres offres similaires.

3. Les éléments et dispositifs qui sont interdits en vertu des paragraphes 1 et 2 peuvent comprendre notamment les messages, symboles, noms, marques commerciales, signes figuratifs ou autres. »

Le Conseil d'État, invalide partiellement la transposition de cette disposition par l'article L. 3512-26 du Code de la santé publique en considérant qu'elle élargit la lettre de la directive concernant les éléments ou dispositifs contribuant à la promotion d'un produit du tabac, listés de manière exhaustive. Pour le reste, il considère que la transposition de cet article et de l'article L. 3512-21 du même code est fidèle à la directive. Il analyse ensemble ces dispositions et l'article 13 de la directive, et plus particulièrement leur conformité au droit de propriété, à la liberté d'entreprendre et à la liberté d'expression.

Le Conseil d'État explique assez longuement les droits fondamentaux revendiqués, afin de rappeler les positions adoptées par la CJUE à cet égard. Il souligne à ce titre que la liberté d'expression et d'information couvre l'utilisation par un entrepreneur, des mentions visées par l'article 13 de la directive et précise que si la CJUE a déjà été saisie⁹ de la question de la compatibilité entre l'article 13 paragraphe 1 et des principes fondamentaux du droit de l'Union européenne protégeant la liberté d'expression¹⁰, elle n'a jamais été saisie de la question de la validité de l'article 13 paragraphe 3 « qui mentionne les noms et marques commerciales parmi les éléments et dispositifs susceptibles d'être interdits ».

Il rappelle par ailleurs que la jurisprudence de la CJUE précise que la liberté d'entreprise est une prérogative non absolue, mais dont toute limitation de l'exercice doit être nécessaire et répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général dans le respect du principe de proportionnalité¹¹.

Une fois ces rappels effectués, le Conseil d'État constate les atteintes aux marques expressément autorisées par les paragraphes 1 et 3 de l'article 13 de la directive et la possibilité d'une uniformisation des conditionnements ouverte par son article 24.2 pour en conclure que les paragraphes 1 et 3 de l'article 13 de la directive soulèvent une question sérieuse d'interprétation.

Il interroge donc la CJUE sur cette interprétation par le biais de trois questions préjudicielles formulées de la manière suivante :

« 1. Les dispositions des paragraphes 1 et 3 de l'article 13 de la directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles proscrivent l'utilisation, sur les unités de conditionnement, sur les emballages extérieurs et sur les produits du tabac, de tout nom de marque évoquant certaines qualités, quelle que soit sa notoriété ?

2. En fonction de l'interprétation qu'il convient de donner aux paragraphes 1 et 3 de l'article 13 de la directive, leurs dispositions,

9. CJUE 4 mai 2016, Philip Morris Brands SARL et a. c/ Secretary of State for Health, C-547/14.

10. Article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

11. CJUE, 4 mai 2016, Pillbox 38 (UK) Ltd c/ Secretary of State for Health, C-477/14.

en tant qu'elles s'appliquent aux noms et marques commerciales, respectent-elles le droit de propriété, la liberté d'expression, la liberté d'entreprise et les principes de proportionnalité et de sécurité juridique ?

3. En cas de réponse positive à la question précédente, à quelles conditions un État membre peut-il, sans méconnaître le droit de propriété, les libertés d'expression et d'entreprise et le principe de proportionnalité, faire usage de la faculté qui lui est ouverte par le paragraphe 2 de l'article 24 de la directive pour imposer aux fabricants et importateurs la neutralité et l'uniformisation des unités de conditionnement et emballages extérieurs ? »

Dans la rédaction de son argumentaire, de par sa longueur et le détail des atteintes constatées, le Conseil d'État semble sous-entendre qu'il serait nécessaire d'encadrer les restrictions pouvant être portées à l'exploitation des marques liées aux produits du tabac.

À ce titre, le Conseil d'État souligne que les paragraphes litigieux de l'article 13 pourraient poser des difficultés du fait :

- de la notoriété acquise par la marque, qui l'aurait rendue indissociable du produit.

C'est là l'objet de la 1^{re} question visée ci-avant, à savoir: toutes les marques peuvent-elles faire l'objet d'une interdiction, et ce même si elles ont acquis une notoriété particulière?

- de leur effet excessif au regard de l'objectif de santé publique poursuivi (principe de proportionnalité) et du manque de clarté des dispositions, rendant impossible pour les opérateurs de savoir si les marques dont ils sont titulaires pourront ou non faire l'objet d'une interdiction (sécurité juridique).

Il s'agit de l'objet de la deuxième question : ne faudrait-il pas poser des modalités d'interdiction plus respectueuses des droits dont disposent les fabricants ? On pense notamment à des procédures qui permettraient à ces titulaires de défendre leurs intérêts avant toute interdiction.

Par ces deux premières questions, le Conseil d'État ouvre la possibilité à la CJUE, sans même à ce stade évoquer la question du cumul avec la neutralité des conditionnements, de poser des limites à l'interdiction d'apposer certaines marques sur les étiquetages et emballages des produits tabac et sur ces produits eux-mêmes.

La 3^e question vient compléter ces arguments en invitant la CJUE, dans l'hypothèse où elle considérerait l'article 13 conforme aux principes fondamentaux énoncés ci-avant, à fixer des conditions qui permettraient l'instauration d'un paquet neutre par les États membres dans le respect ces mêmes principes. Le Conseil d'État relève très expressément les difficultés inhérentes au cumul entre régime d'interdiction de certaines marques verbales et neutralité des conditionnements, indiquant qu'il peut aboutir à l'impossibilité pour le fabricant d'individualiser son produit par un signe distinctif.

L'arrêt ne permet évidemment pas, à ce stade, d'offrir sur ces points une plus grande liberté aux fabricants, mais semble in-

viter la CJUE à interpréter les dispositions de la directive dans un sens mesuré.

C'est également, semble-t-il, le sens de l'annulation de l'article 2 de l'ordonnance du 19 mai 2016.

2. La sanction de la procédure d'interdiction de certaines marques verbales

Le processus de cohomologation des prix de vente au détail des produits du tabac, décrit au I.2, énoncé à l'article 2 de l'ordonnance du 19 mai 2016 et permettant en pratique d'interdire l'exploitation de certaines marques verbales a été contesté sur le fondement du droit de propriété.

Le Conseil d'État indique sur ce point qu'il incombe aux États membres de définir les modalités propres à assurer le respect des obligations qui découlent de la directive et précise que :
- l'article 2 de l'ordonnance attaquée a entièrement délégué le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles s'exerce le contrôle des marques via l'arrêt d'homologation ;
- l'interdiction de faire usage des marques touche aux principes fondamentaux du régime de la propriété.

Il constate par ailleurs que les modalités essentielles d'exercice de ce pouvoir n'ont pas été définies et qu'aucun régime transitoire n'est prévu pour les marques existantes.

Le Conseil d'État en conclut que le législateur « n'a entouré d'aucune garantie le contrôle des marques et des dénominations commerciales qu'il a instauré » et annule en conséquence l'article 2 de l'ordonnance.

Cette annulation et surtout la justification qui en est donnée par le Conseil d'État constituent un rappel des droits détenus par les fabricants de produits du tabac dont il résulte très clairement que l'exploitation des marques existantes ne peut être interdite sans mise en place d'un régime transitoire et sans définition des modalités d'exercice du pouvoir par lequel les ministres chargés de l'homologation pourraient considérer ces marques comme contraires au Code de la santé publique.

On peut se réjouir de cette décision tant l'atteinte portée au droit des marques – et ce, quels que soient les intérêts en balance – était forte.

Les conséquences de l'annulation de l'article 2 de l'ordonnance sont toutefois moins limpides. Cette annulation devrait, assez logiquement, entraîner celle de l'interdiction des marques existantes ayant disparu des homologations des prix de février et mai 2017. Elle devrait donc permettre la commercialisation de ces marques jusqu'à ce que les conditions posées par le Conseil d'État soient respectées, à savoir jusqu'à ce que les conditions dans lesquelles des marques pourront être considérées comme contraires à l'article L. 3512-21 du Code de la santé publique soient posées.

On pourrait espérer – mais rien ne permet hélas de l'affirmer –

