

Incitation et objectivité dans la publicité des alcools : rappel de quelques évidences

MOTS-CLÉS : Visuel – Bière – Publicité illicite – Incitation directe – CSP, art. L. 3323-4

TGI Paris, 5^e ch., 1^{re} sect., 22 janvier 2019,
n° 17/01190

ANPAA c/ SA Atac

369-21

(décision définitive)

Le tribunal considère qu'un visuel associant une marque de bière à l'Euro de football, compétition sportive particulièrement populaire, crée entre elles un lien festif, et valorise ainsi la boisson Heineken, incitant directement à la consommation d'alcool. Le message ne se limitait pas aux indications autorisées par la loi, et ne faisait aucune référence objective aux caractéristiques gustatives ou à l'historique du produit conformément à l'article L. 3323-4 du code de la santé publique. Le visuel en cause constitue, de ce fait, une publicité illicite en faveur de l'alcool.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur la publicité illicite

L'article 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 : (...) 4° Sous forme d'envoi par les producteurs, les fabricants, les importateurs, les négociants, les concessionnaires ou les entrepreneurs, 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 ; (...) 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. »

Aux termes de l'article L. 3323-4 du code de la santé publique, « 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 aux terroirs 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 du 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. »

Il résulte de ces dispositions que la publicité pour des boissons alcoolisées, y compris dans des dépliants et sur internet, est autorisée, mais strictement encadrée, afin d'éviter qu'elle soit incitative à la consommation d'alcool pour répondre efficacement à la légitime préoccupation de santé publique du législateur.

La publicité objet du présent litige, en faveur de la marque de bière Heineken, est présente en page de couverture d'un dépliant promotionnel des magasins Simply Market pour la période du 8 au 19 juin 2016, soit durant la compétition de football de l'EURO 2016.

Le catalogue était consultable sur le site internet www.simplymarket.fr comme cela est précisé en dernière page.

Elle utilise un visuel composé de : - au premier plan, un pack de bière Heineken, sur lequel figure deux bouteilles avec une étoile, l'une aux couleurs du drapeau français, l'autre à celles du drapeau espagnol avec la mention « Gagner 2 voyages par semaine », ainsi que, au-dessus et sur la droite, d'un ballon de football portant la mention « 40 % de remise immédiate » duquel part une bande large de couleur blanche encadrée de deux traits blancs qui évoquent un sillage et un objet en mouvement, en l'espèce le ballon vers une cage de football ; - en arrière-plan haut, un fond de couleur bleu en bas duquel se dessine incontestablement cette cage de football, - en arrière-plan bas, un fond de couleur vert représentant explicitement une pelouse et plus spécifiquement celle d'un terrain de football.

La combinaison de l'ensemble de ces éléments fait ainsi nécessairement référence au football et à la compétition européenne qui se déroulait à la période de diffusion du catalogue sur lequel apparaît ce visuel, et dont la population française avait parfaitement connaissance, étant précisé que la France et l'Espagne étaient deux nations phares de ce championnat. Heineken est par ailleurs connue pour être une marque partenaire habituelle des plus grandes compétitions sportives, ce qui ressort des extraits de la presse sportive produits en demande.

Un tel visuel associe donc incontestablement la consommation d'une boisson alcoolisée à une compétition sportive très appréciée d'un sport particulièrement populaire, créant même entre elles un lien festif. Il valorise ainsi la consommation de cette boisson et délivre un message qui ne se limite pas aux indications autorisées par la loi, ne faisant aucune référence objective aux caractéristiques gustatives du produit, à son origine historique, à un mode de consommation ou à des modalités de vente. Il constitue, de ce fait, une incitation directe à consommer de la bière.

Cette dernière est encore renforcée par l'association de la bière Heineken à un jeu pour gagner des voyages combiné à une remise immédiate de 40 %, insérés en évidence dans le visuel, ce qui en fait une offre particulièrement attractive. Un tel jeu ne peut d'ailleurs pas être considéré comme une modalité de vente tandis que sa mention sur le pack de bière n'exclut pas la responsabilité des défenderesses qui ont décidé de publier un catalogue le faisant apparaître. Dès lors, le visuel utilisé sur le dépliant promotionnel consultable sur le site internet des magasins Simply Market, en ne respectant pas le critère d'objectivité imposé par les dispositions de l'article L. 3323-4 du code de la santé publique, constitue une publicité illicite en faveur de l'alcool. (...)

Prés. : F. Blouin, Cons. : L. Duquet, A. Rolland – Av. : M^e C. Giafferi, M^e J.-L. Guin

COMMENTAIRE



Eric Andrieu
Avocat au Barreau
de Paris

1. Il est surprenant de constater à quel point l'application de règles juridiques apparemment évidentes peut être compliquée à mettre en œuvre pour certaines juridictions. Il est parfois épuisant – et peut-être lassant pour les plus fidèles des lecteurs – de rappeler sans cesse les mêmes principes qui ne devraient souffrir aucune discussion.

On devrait laisser à Sisyphe ou à Pénélope la tâche de recommencer sans cesse leur ouvrage. Ces deux références viennent de Grèce, c'est-à-dire déjà presque de l'Orient compliqué dans lequel il est bon pourtant, comme chacun sait, d'arriver avec des idées simples. Il devrait en être de même ici.

2. La publicité des alcools est réglementée par les dispositions des articles L. 3323-2 et suivants du code de la santé publique dans une rédaction qui résulte de la loi du 10 janvier 1991, dite loi Evin et des quelques amendements qui y ont été apportés.

Au contraire de ce qui est prévu en matière de tabac, la publicité en faveur des alcools n'est pas interdite. Elle est autorisée dans son principe tout en étant encadrée dans des limites fixées par les textes ci-dessus. Ces textes peuvent à certains égards être délicats à interpréter mais il est deux principes qui sont extrêmement simples à énoncer et juridiquement incontestables. Ceci n'empêche pas les tribunaux de régulièrement les méconnaître, ce qui est encore le cas dans la décision commentée.

Pour le dire d'un mot, on ne peut reprocher à la publicité d'être incitative et on ne peut l'obliger à être objective au-delà de ce qu'a prévu le législateur.

3. L'Association nationale de prévention en alcoologie et addictologie (ANPAA) poursuivait la société Atac et la société de distribution Dupleix (ci-après « Atac ») exploitant un magasin à l'enseigne Simply Market du fait de la diffusion d'un dépliant promotionnel au mois de juin 2016 présentant un pack de bières Heineken sur une pelouse avec l'indication « 40 % de remise immédiate » apparaissant sur un ballon placé dans le coin supérieur droit de l'annonce et qui portait la mention « À gagner deux voyages par semaine ».

Le fond bleu du dépliant portait également deux lignes blanches dans lesquelles l'ANPAA puis le tribunal verraient une cage de football.

Atac a été condamnée, le tribunal lui reprochant une combinaison d'un ensemble d'éléments faisant référence au football et à l'Euro 2016 qui se déroulait à la période de diffusion du catalogue.

L'association de ce visuel à l'Euro 2016 organisée par l'UEFA n'était peut-être pas évidente et il n'apparaît d'ailleurs pas que cet organisme, pourtant particulièrement vigilant sur ses droits, ait critiqué la diffusion de ce dépliant et l'association qui aurait ainsi été créée entre Heineken et le Championnat.

Il était sans doute excessif d'écrire comme le tribunal qu'un tel visuel « associe donc incontestablement la consommation d'une boisson alcoolisée à une compétition sportive très appréciée d'un sport particulièrement populaire créant même entre elles un lien festif » alors que cette image n'a objectivement rien de festif et qu'au pire, c'est la marque de bière qui aurait été associée à la compétition sportive et non la consommation de ce produit.

Ces points pouvaient cependant se discuter, l'association d'un alcool et d'un sport dans la publicité pouvant le plus souvent être critiquée. On observera cependant que des exceptions légales ou conventionnelles sont expressément prévues, par exemple le Code de bonne conduite pour la retransmission d'événements sportifs contenant des panneaux publicitaires pour les boissons alcoolisées, publié par le CSA le 22 mars 2005, ou même en matière de tabac, l'article L. 3511-5 du code de la santé publique qui autorise la retransmission télévisée des compétitions de sports mécaniques qui se déroulent dans des pays où la publicité pour le tabac est permise.

4. Le tribunal ne répond pas précisément sur les griefs liés à la mise en place d'un jeu et à une remise immédiate de 40 %. Il se contente d'écrire : « Cette dernière (l'incitation directe à consommer de la bière) est encore renforcée par l'association de la bière Heineken à un jeu pour gagner des voyages combiné à une remise immédiate de 40 % insérés en évidence dans le visuel, ce qui en fait une offre particulièrement attractive. Un tel jeu ne peut d'ailleurs pas être considéré comme une modalité de vente... ».



Le moins que l'on puisse dire est que cette motivation est sobre. On ne comprend pas en particulier à quel titre la remise de 40 %, qui constitue incontestablement une modalité de vente, c'est-à-dire l'un des éléments autorisés par l'article L. 3323-4 du code de la santé publique, serait irrégulière.

5. Mais ce qui choque le plus dans la décision, ce sont les références au caractère incitatif et donc interdit de ce dépliant ainsi qu'au non-respect du critère d'objectivité qui serait indispensable. On peut ainsi lire que la publicité des alcools « est autorisée mais strictement encadrée afin d'éviter qu'elle soit incitative à la consommation d'alcool pour répondre efficacement à la légitime préoccupation de santé publique du législateur ».

Le tribunal réitère cette critique quand, après avoir rappelé le lien entre la compétition sportive et la consommation d'une boisson alcoolisée, il juge que le dépliant « constitue, de ce fait, une incitation directe à consommer de la bière ».

L'incitation n'est pourtant pas un critère permettant de sanctionner une publicité, fût-elle mise en œuvre en faveur d'une boisson alcoolisée. L'incitation est une notion consubstantielle à la publicité. Interdire à une publicité d'être incitative, c'est comme interdire à un avocat de plaider ou à un magistrat de juger, peut-être dans l'air du temps, mais certainement contraire à nos principes essentiels.

C'est pour les juges aller à l'encontre de la volonté du législateur qui a autorisé la publicité pour les alcools et non uniquement l'information en leur faveur. C'est heurter de front la séparation des pouvoirs en se substituant au législateur.

On comprend que tout ceci est fait avec d'excellentes intentions. On a relevé ci-dessus que le tribunal se référait à « la légitime préoccupation de santé publique du législateur ». Cependant, cette préoccupation en effet légitime a été mise en œuvre dans un cadre déterminé qu'il ne revient pas aux juges de déformer au nom d'une morale qui ne doit pas être confondue avec le droit.

La décision est à cet égard d'autant plus décevante qu'elle va à l'encontre de ce qu'avait jugé la Cour d'appel de Paris le 13 décembre 2018¹ pour laquelle : « la publicité se définissant comme toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou services, il ne saurait être retenu que la publicité pour l'alcool est illicite au seul motif qu'elle serait attractive ou qu'elle inciterait à l'achat ou à la consommation de boissons alcoolisées, seule l'incitation à une consommation excessive contrevenant à l'objectif de santé publique de lutte contre l'alcoolisme défini par le législateur ».

La Cour rejoignait ainsi la position du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 8 janvier 1991², énonçait : « Considérant 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 ; que de telles restrictions reposent sur un impératif de protection de la santé publique, principe de valeur constitutionnelle ; 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 ».

La cour d'appel dans cette décision rappelait d'ailleurs également que le contenu du message publicitaire « par nature ne saurait être purement informatif ».

6. Le tribunal reproche également au dépliant de ne faire « aucune référence objective aux caractéristiques gustatives du produit, à son origine historique, à un mode de consommation ou à des modalités de vente » avant de conclure que ledit dépliant « en ne respectant pas le critère d'objectivité imposé par les dispositions de l'article L. 3323-4 du code de la santé publique constitue une publicité illicite en faveur de l'alcool ».

Sur ce point également, la décision est juridiquement surprenante. Si l'article L. 3323-4 prévoit que la publicité pour les boissons alcoolisées « peut également comporter des références objectives relatives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit », cette objectivité n'est en revanche prévue pour aucun autre des éléments pouvant apparaître dans de telles publicités aux termes de l'article L. 3323-4.

C'est une erreur d'analyse manifeste qui amène à considérer que la présentation dans la publicité d'un alcool de son origine historique, d'un mode de consommation ou de modalités de vente devrait être faite de manière objective.

Là encore, la cour d'appel, dans sa décision susvisée, avait rappelé ce principe simple : « qu'il s'ensuit que les mentions doivent être purement objectives que lorsqu'elles sont relatives à la couleur, aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit, ce qui laisse la place à l'imagination des concepteurs des messages publicitaires lorsque la communication porte sur d'autres éléments de communication tels que l'origine, la dénomination ou la composition du produit ».

7. Le tribunal n'était évidemment pas contraint de suivre par principe l'argumentation développée par la cour d'appel dans sa décision du 13 décembre 2018 dont il n'était d'ailleurs peut-être pas informé.

Il n'en reste pas moins que le raisonnement suivi par la cour sur la question de l'objectivité et du caractère incitatif était la simple application de dispositions incontestables du code des débits de boissons que, pour notre part, nous rappellerons et reprendrons sans interruption tant que la loi sera ce qu'elle est. **E. A.**

« On ne comprend pas à quel titre la remise de 40 %, qui constitue incontestablement une modalité de vente, c'est-à-dire l'un des éléments autorisés par l'article L. 3323-4 du code de la santé publique, serait irrégulière. »

1. Paris, pôle 2, ch. 2, 13 déc. 2018, n° 17/03352.
2. Cons. const. 8 janv. 1991, n° 90-283 DC, AJDA 1991. 382,

note P. Wachsmann ; Dr. soc. 1991. 332, étude D. Tabuteau ; RDSS 1991. 204, étude J.-S. Cayla.