Publicité

Droit de la publicité

(mai 2021-mai 2022)

Quelques doses de pratiques commerciales trompeuses et de parasitisme, une bonne quantité d'alcool, un peu de publicité comparative et de droit à l'image. Et puis des litiges entre distributeurs et opérateurs de téléphonie, un soupçon de compléments alimentaires et, ce qui devient récurrent, un zeste de Festival de Cannes. C'est-à-dire le mix classique de l'activité judiciaire dans le secteur de la publicité. Viennent s'y ajouter cette année quelques nouveautés avec les décisions rendues sur les produits du vapotage à l'heure où celles concernant le tabac sont en voie d'extinction. En un mot, de quoi affiner les notions à manier dans cette matière.

Éric Andrieu
Avocat à la cour, cabinet
Péchenard & Associés

I - LA RÉGLEMENTATION GÉNÉRALE

A - Pratiques commerciales déloyales

1. Lidl reprochait à Carrefour la diffusion d'une publicité télévisée pour un ensemble de mobilier de jardin mis en avant au prix de 149 € en soutenant qu'il s'agissait d'une publicité pour une opération de promotion, ce qui est interdit à la télévision pour le secteur de la distribution, ainsi qu'une pratique commerciale trompeuse.

Lidl soutenait tout d'abord que le prix annoncé par Carrefour n'avait pas la stabilité nécessaire. La Cour[1] juge que la présentation dans un premier temps du produit au prix de 199 € puis la décision de le baisser à 149 € après plusieurs semaines de vente constituait une décision de politique tarifaire qui n'empêchait pas le produit d'être ensuite vendu au même prix lors de la communication de Carrefour. Lidl soutenait également que le produit était rapidement devenu indisponible, que ce soit en ligne ou dans la plupart des magasins. La Cour, au vu des pièces produites, et notamment d'une enquête Mobeye, estime qu'en effet le produit n'a pas été commandé en quantité suffisante pour satisfaire aux demandes suivant la campagne de publicité de grande ampleur diffusée pendant quatorze jours à la télévision et qu'il s'agit en conséquence d'une opération commerciale de promotion prohibée par l'article 8 du décret du 27 mars 1992. De même, l'insuffisance du stock permettant de répondre aux demandes prévisibles compte tenu de l'importance de la campagne justifie la condamnation de Carrefour sur la base de l'article L. 121-4, 5°, du code de la consommation qui répute trompeur le fait de proposer l'achat de produits à un prix indiqué sans révéler les raisons plausibles que pourrait avoir le professionnel de penser qu'il ne pourra fournir lui-même, ou faire fournir par un autre professionnel, les produits ou services en question pendant une période et dans des quantités qui soient raisonnables, compte tenu du produit ou du service, de l'ampleur de la publicité faite pour le produit ou le service et du prix proposé. En conséquence, Carrefour est condamnée à payer 225 000 € à titre de dommages et intérêts.

2. La société Matera a une activité de gestion des copropriétés sous la forme de soutien aux syndics coopératifs. Elle se présente comme une alternative aux syndics professionnels.

Elle a diffusé une campagne publicitaire sous le titre « Merci syndic » contenant, *via* des formules hu-

1 Paris, pôle 5, 4e ch., 1er sept. 2021, no 18/03708.

moristiques, des références à des situations désagréables pour les copropriétaires (ascenseur en panne, chauffage hors service...).

La société Foncia et trois syndicats professionnels l'ont attaquée sur la base du dénigrement, de pratiques commerciales trompeuses, de publicité comparative et d'exercice illégal de la profession de syndic. Le tribunal de commerce de Paris [2] fait droit aux deux premières demandes. Il constate le caractère « fortement péjoratif et dévalorisant » de cette campagne qui jette le discrédit sur la profession de syndic professionnel et considère que l'humour et l'ironie ne constituent pas des circonstances atténuantes, mais au contraire sont de nature à aggraver manifestement le discrédit. Il juge que les mentions « Votez Matera à la prochaine AG » ou « Remerciez votre syndic et passez chez Matera » sont constitutives de pratiques commerciales trompeuses puisqu'elles laissent penser que Matera pourrait à elle seule être une alternative à un syndic professionnel, alors qu'elle ne peut qu'assister un syndic coopératif. En revanche, le tribunal constate qu'il n'y a pas de comparaison et que « le fait de dire en substance "Venez chez moi car les autres travaillent mal" ne répond pas à la définition d'une publicité comparative ». Il rejette également la demande formée sur l'exercice illégal de la profession de syndic. Matera est condamnée à payer une somme globale de 70 000 € à titre de dommages et intérêts, outre la publication d'un communiqué judiciaire.

3. Les Laboratoires Forté Pharma commercialisent un produit Calori Light dont la communication, notamment sur les conditionnements, indique : « Allégez vos repas. Captez 50 % des matières grasses ».

L'association Consommation Logement et Cadre de vie (CLCV) a sollicité en référé l'interdiction de commercialisation et de publicité du produit contenant ces mentions. Après avoir été déboutée par le premier juge [3], elle a interjeté appel. La Cour [4] rappelle la compétence du juge des référés pour sanctionner une pratique commerciale manifestement déloyale, « c'est-à-dire si l'ensemble des éléments convergent sans aucun doute possible vers l'illicéité ». À ce titre, la Cour estime que la mention « scientifiquement testé », qui était critiquée dans la mesure où l'étude scientifique évoquée par Forté Pharma portait sur le composant principal du produit et non sur le produit fini, ne peut être interdite dès lors qu'il est établi que des études ont bien été mises en œuvre et qu'« il ne relève pas des pouvoirs du juge des référés de porter une appréciation sur la validité des résultats avancés par ces études ».

« Allégez vos repas. Captez 50 % des matières grasses » était également contestée du fait du caractère limité des études réalisées (uniquement sur le foie gras et la crème fraîche, les huiles ou la garniture de pizzas). Pour la Cour, si les quantités et matières testées restent par nature limitées, la CLCV ne produit aucune pièce démontrant l'absence d'efficacité du produit et le mensonge n'est donc pas manifestement établi. La CLCV soutenait également, pour la première fois devant la Cour, qu'il s'agissait d'une allégation de santé interdite. La Cour constate que cette allégation est bien une allégation de santé et qu'elle ne figure pas sur la liste de celles qui sont autorisées par l'annexe du règlement de la Commission du 16 mai 2012. Dès lors, pour la Cour, s'il n'est pas établi avec l'évidence requise en référé que la pratique commerciale litigieuse est mensongère, il est en revanche établi qu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle du fait de cette allégation de santé interdite. Forté Pharma est en conséquence sanctionnée par l'obligation de cesser la commercialisation de Calori Light dans son état actuel ainsi que toute publicité ; il est également fait injonction d'ordonner le rappel des invendus, un délai d'exécution de six mois lui étant accordé.

4. La société Édition Marketing, qui publie *Le Grand Manuel du Tage Mage*, poursuivait la société Studyrama qui édite pour sa part *La Bible du Tage Mage*, en l'entourant d'un bandeau comprenant les mentions « Collection n° 1 des ventes. Plus de 130 000 [*ou 150 000*] livres vendus ».

Ayant été condamnée pour pratiques commerciales trompeuses par le tribunal [5], Studyrama a saisi la cour d'appel qui a confirmé le jugement entrepris [6]. La Cour constate que la présentation utilisée par l'éditeur (emplacement du bandeau, police de caractère, mentions) conduit le consommateur normalement averti à penser que c'est le livre *La Bible du Tage Mage* et non la collection à laquelle il appartient qui est le n° 1 des ventes, ce qui n'est pas le cas. Qui plus est, la Cour observe que les encarts ne précisent pas et ne permettent pas aux consommateurs d'être informés des critères permettant d'affirmer être le n° 1. Elle constate que les chiffres, attestations et factures produits par Studyrama ne permettent pas de rapporter la preuve – qui lui incombait – que *La Bible du Tage Mage* est bien n° 1 des ventes. En conséquence, les faits et chiffres affichés étant inexacts, Studyrama a altéré de manière substantielle le comportement économique du consommateur l'amenant à croire qu'il a plus de chance de réussir son examen en achetant l'ouvrage le plus vendu au détriment de ses concurrents.

5. SFR était poursuivie par Free dans le cadre d'une longue procédure pour des publicités diffusées en 2011 et 2012 proposant différents forfaits, certains permettant d'acquérir un téléphone mobile moyennant un engagement d'abonnement d'un coût mensuel plus élevé sur une période déterminée. La Cour de cassation [7] rejette le pourvoi formé

2 T. com Paris, 15e ch., 24 janv. 2022, n° J2022000002.
3 TJ Paris, réf., 16 mars 2021, n° 20-54826.
4 Paris, pôle 1, 8e ch., 10 déc. 2021, n° 21/06258.
5 T. com. Nanterre, 5 mai 2020, n° 2019F00619.
6 Versailles, 12e ch., 20 janv. 2022, n° 20-02333.
7 Com. 16 mars 2022, n° 19-18.499.

par SFR contre un arrêt rendu sur renvoi après cassation [8]. Sur la question spécifique des pratiques commerciales trompeuses, la Cour de cassation considère que la cour d'appel a justifié sa décision de condamnation, dès lors que SFR avait passé sous silence le taux d'intérêt de l'opération pourtant parfois au-delà du taux de l'usure et « qu'en n'informant pas le consommateur sur le coût global de son abonnement avec achat du téléphone mobile au prix attractif, dès la réalisation de la vente, SFR a trompé sciemment le consommateur en lui faisant croire que cette option serait plus intéressante, ce qui n'était pas toujours le cas », le tout constituant des pratiques de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique des consommateurs.

B - Concurrence déloyale et parasitisme

6. L'association organisatrice du Festival de Cannes (AFFIF) poursuivait la société Parfums Christian Dior du fait de la diffusion sur ses réseaux sociaux de vidéos retraçant la mise en beauté des égéries de la marque Dior et faisant apparaître sur certains plans l'affiche officielle de l'édition 2019 du Festival de Cannes figurant sur le fronton du Palais des festivals. Sur le terrain du droit d'auteur, Dior soutenait que la présence de l'affiche du Festival était accessoire dans ses vidéos. Pour le tribunal [9], « [*il*] ne peut être raisonnablement soutenu que la société Parfums Christian Dior n'avait pas d'autres possibilités, pour afficher sa présence ou celle de ses égéries à Cannes durant le Festival, que de filmer le Palais des festivals et son fronton, sur laquelle l'affiche litigieuse est parfaitement visible et reconnaissable en arrière-plan des vidéos, de sorte qu'elle ne peut se prévaloir ni du caractère accessoire des vues de l'affiche ni d'un but d'information du public ».

S'agissant du parasitisme, après en avoir rappelé la définition habituelle, le tribunal relève que l'incrustation à l'image des signes de la Maison Dior reproduits sur le visuel de l'affiche tente à laisser croire à l'existence d'un partenariat et que l'utilisation de "#" (#diorcannes ; #diorbackstage...) constitue une tentative de s'associer à l'image du Festival et de profiter de sa valeur économique. Le tribunal ajoute que : « S'il est possible de faire référence au Festival ou de montrer le Palais, c'est sous réserve de ne pas se placer dans le sillage de son organisateur en tentant de contourner le caractère exclusif de ses partenariats promotionnels et tenter de bénéficier de l'image de prestige et de glamour qu'il véhicule auprès du public afin de capter la clientèle qu'il attire. » Le fait que Dior ne se présente pas comme étant « partenaire officiel » du Festival n'empêche pas l'existence du parasitisme compte tenu de sa « volonté fautive de profiter de manière indue puisque sans avoir à supporter les coûts d'un tel partenariat officiel, des retombées en termes de notoriété et d'aura du Festival, lequel constitue bien, en tant qu'évènement annuel incontournable du cinéma international et mondialement reconnu [...] une valeur économique indubitable résultant de près de 50 ans d'investissements, qui seule peut expliquer la décision de grandes marques, telles L'Oréal Paris, de recourir pendant de très nombreuses années à de coûteux contrats de partenariat ».

7. La Cour de cassation a eu à connaître d'une procédure engagée par une société se plaignant de la publication sur un site internet et sur les réseaux sociaux de son concurrent d'un communiqué de presse faisant état d'une décision de justice ayant prononcé une interdiction provisoire sur la base d'une contrefaçon de brevet. La Cour de cassation [10] rejette le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel ayant considéré que la demande d'interdiction n'avait pas à être prononcée en référé dès lors que :

- le titre et le contenu du communiqué se contentaient, sans caractère excessif, de faire connaître l'existence de la décision de justice ;
- le communiqué rappelait le caractère provisoire de la décision (au demeurant publique) ;
- le communiqué était dépourvu de caractère trompeur.

Il n'était pas nécessaire d'indiquer les voies de recours, le juge ayant rendu la décision, ou de faire référence à un autre brevet pour lequel la demande d'interdiction avait été rejetée.

8. Depuis 2004, la Maaf diffusait, dans ses publicités, une adaptation de la chanson « C'est la ouate » dans le cadre de conventions successives signées avec Universal Music. Les spots de la Maaf utilisaient, sur la musique de la chanson, la phrase : « Efficace et pas chère, c'est la Maaf que je préfère, c'est la Maaf ! » À l'expiration des conventions en 2019, la Maaf a diffusé une nouvelle campagne publicitaire comportant notamment les formules : « Y a rien à faire, c'est la Maaf qu'il préfère » et « Y a rien à faire, c'est la Maaf que je préfère », sans les associer à la musique de la chanson originale. Ses auteurs, ainsi qu'Universal Music, ont assigné la Maaf et son agence de publicité pour contrefaçon et parasitisme du fait de la diffusion de cette nouvelle campagne. Pour le tribunal [11], la combinaison de la phrase « De toutes les matières, c'est la ouate qu'elle préfère » avec la mélodie de la chanson dont elle extraite est protégeable au titre du droit d'auteur. Cependant en l'espèce, la mélodie n'a pas été reprise dans les nouvelles publicités qui ne conservent que la chute de la phrase de la chanson, à savoir le verbe « préférer » conjugué à la première ou à la troisième personne du singulier. Cette seule reprise ne constitue pas une contrefaçon de l'expression litigieuse dans sa combinaison originale et il n'y a donc pas de contrefaçon. Après avoir rappelé le principe de la liberté du commerce et la définition du parasitisme (« des comportements fautifs tels que ceux qui visent à tirer profit sans bourse délier d'une valeur économique d'autrui lui procurant un avantage concurrentiel injustifié fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements »), le tribunal constate que la phrase chantée, « De toutes les matières, c'est la ouate qu'elle préfère », constitue une valeur éco-

8 Paris, 24 avr. 2019, n° 18/18100.
9 TJ Paris, 3e ch., 3e sect., 11 déc. 2020, n° 19-08543.
10 Com. 7 juill. 2021, n° 20-16.094 Légipresse 2021. 387 et les obs.
11 TJ Paris, 3e ch, 2e sect., 21 janv. 2022, n° 20-00412 Légipresse 2022. 169, étude Y. Basire.

nomique et que la conclusion des nouveaux spots de la Maaf par la phrase « Y a rien à faire, c'est la Maaf qu'il préfère » traduit la volonté de maintenir le lien avec la campagne précédente. Cependant, pour le tribunal, ce seul slogan « ne peut, en l'absence d'association avec la mélodie être considéré comme une valeur économique attribuable aux auteurs de la chanson [...] dont il ne reprend que les seuls mots "C'est la [...] qu'elle préfère" sur lesquels [*les auteurs*] ne peuvent exiger de se voir reconnaître un monopole ». Quant à la notoriété du slogan, elle résulte des investissements de la Maaf au travers de ses campagnes publicitaires massives et non de ceux des auteurs. Enfin, il n'apparaît pas que la Maaf ait voulu se placer dans le sillage de la chanson « C'est la ouate », sa nouvelle campagne (parodiant des films d'espionnage) montrant au contraire la recherche d'un nouveau positionnement.

9. Dans l'affaire opposant la Manif pour Tous à la SPA [12], la Manif pour Tous a formé un pourvoi en cassation qui est rejeté [13].

Le pourvoi soutenait qu'une campagne à des fins politiques n'avait pas pour finalité de tirer un profit économique d'une notoriété et d'un investissement. Pour la Cour de cassation, l'action en parasitisme peut être mise en œuvre quels que soient le statut juridique ou l'activité des parties. Le pourvoi soutenait également que sa campagne participait d'un débat intéressant le grand public et portant sur des questions d'intérêt général. La Cour le rejette en retenant que (i) la campagne de la SPA a été affaiblie, (ii) l'aspect humoristique évoqué par la Manif pour Tous ne ressort pas de cette campagne et (iii) la cour d'appel n'avait pas à établir l'existence d'une intention de nuire et pouvait juger que les dommages et intérêts prononcés constituaient une mesure proportionnée au but légitime de la protection des droits de la SPA.

10. L'éditeur Zulma a publié en 2012 un livre d'Auður Ava Ólafsdóttir intitulé *L'Embellie* et ce sous une couverture comportant divers motifs graphiques.

En 2017, Elior met en place une campagne publicitaire sur son site internet, les réseaux sociaux et à l'occasion de divers salons, dans laquelle elle reprend la couverture de l'ouvrage en remplaçant le titre et le nom de l'auteur par les mentions « L'appétit du mieux » et « Elior ». L'éditeur engage une action en contrefaçon de droits d'auteur et en parasitisme. La cour d'appel de Versailles [14] rejette la demande sur le droit d'auteur en considérant que cette couverture s'inscrivait dans le style de l'ensemble des couvertures de l'éditeur, ce qui ne permettait pas de démontrer son originalité mais uniquement d'exposer un genre graphique commun à l'ensemble des ouvrages édités par la société. Cette couverture spécifique ne constituait pas pour la Cour une œuvre originale en ce qu'elle ne procédait pas de choix libres et créatifs reflétant la personnalité de son auteur.

Sur le parasitisme, la Cour rappelle qu'« une telle action ne peut être invoquée cumulativement à l'action en contrefaçon qu'en présence d'un fait dommageable fautif distinct qui peut consister en la création d'un risque de confusion ou dans un parasitisme ». Elle juge que l'action en responsabilité délictuelle peut être invoquée pour des faits identiques à titre subsidiaire, à charge pour le demandeur de la motiver spécifiquement, « l'action fondée sur la responsabilité délictuelle ne pouvant constituer une protection de repli par rapport à celle, spéciale, offerte par l'action en contrefaçon ». En l'occurrence, la Cour rappelle que l'irrecevabilité de Zulma au titre de la contrefaçon ne peut rendre impossible cette demande avec celle intentée sur le parasitisme, même pour des faits identiques. Il s'agit de réparer le préjudice né de la volonté d'Elior de tirer profit de la notoriété et des investissements de Zulma qui constituent des valeurs économiques appropriables. Des dommages et intérêts sont alloués à l'éditeur.

C - Publicité comparative

11. Monoprix poursuivait Cora du fait d'une publicité comparative de prix entre le *drive* de l'hypermarché Cora situé dans un centre commercial à la périphérie de Colmar et le *click & collect* du supermarché Monoprix se trouvant dans le centre-ville. Le tribunal [15], s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne [16], admet la comparaison entre des magasins de taille différente en notant que cette configuration ne pouvait être ignorée de la clientèle habitant dans cette zone de chalandise. En revanche, il estime que les techniques du *drive* et du *click & collect* sont différentes dès lors que « remplir le coffre de sa voiture, repartir avec ses produits sous le bras ou se les faire livrer à domicile ne correspondent pas à des services comparables et peuvent justifier de prix différents » et en tire la conséquence qu'il y a là matière à fausser la comparaison et tromper le consommateur. On aurait pu penser que celui-ci, capable de comprendre la différence entre un hypermarché en périphérie et un supermarché de centre-ville, pouvait également comprendre la différence entre le *drive* et le *click & collect*, qui paraît au demeurant relativement modeste. En conséquence, le tribunal, tout en notant que Monoprix est « dans l'incapacité de justifier d'un quelconque préjudice économique », condamne Cora à lui verser « à titre de dommages et intérêts pour acte de concurrence déloyale » une somme forfaitaire de 130 000 €.

D - Droit à l'image

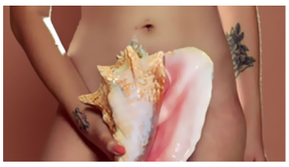
12. La société civile du Château Lafon Rochet, commercialisant le vin du même nom, se plaignait de la reproduction de la façade de son château en couverture du

12 V. notre synthèse, Droit de la publicité mai 2019-mai 2020, Légipresse 2020. 383.
13 Com. 16 févr. 2022, n° 20-13.542, D. 2022. 349 ; Légipresse 2022. 144 et les obs.
14 Versailles, 1re ch., 1re sect., 22 mars 2022, n° 20/03988.
15 T. com. Meaux, 21 sept. 2021, n° 2017011512, Légipresse 2021. 526 et les obs.
16 CJUE, 2e ch., 8 févr. 2017, n° C-562/15, D. 2017. 348, obs. C. de presse v. notre synthèse, Droit de la publicité mai 2016-mai 2017, Légipresse 2017. 349.

magazine *Barnes Global Property Handbook Tendances et Perspectives 2019*. Le tribunal de commerce de Nanterre[17] considère que cette reproduction, présentée comme « involontaire et maladroite » par Barnes, comporte un trouble anormal de jouissance pour la société civile qui avait produit des attestations de négociants et propriétaires de vignobles bordelais ayant fait part de leur surprise face à ce qu'ils ont compris comme la mise en vente de la propriété. En revanche, le tribunal rejette la demande au titre du parasitisme, estimant que si les vins de la propriété ont une notoriété, il n'en va pas de même de la façade du château, aucun des critères nécessaires (des éléments objectifs, des investissements et une cible large, non limitée aux professionnels et amateurs éclairés des vins de Bordeaux) n'étant présent.

E - Divers

13. L'association Pornostop a saisi le Conseil d'État à la suite du rejet par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) de sa demande tendant à voir interdire la diffusion à la télévision d'un film publicitaire en faveur de la marque de protections hygiéniques Nana. Cette publicité était composée d'une succession d'images de jeunes femmes avec des représentations suggérées ou métaphoriques du sexe féminin.



Pour l'association requérante, il s'agissait d'images qui portaient atteinte à des règles de décence, de respect de la dignité de la personne humaine, et étaient susceptibles de porter un préjudice moral ou physique aux mineurs. Le Conseil d'État[18] rejette la requête en considérant que le CSA a fait une bonne application des textes face à une publicité qui n'a aucun caractère licencieux ou pornographique.

II - LES RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES

A - Alcool

14. L'Association nationale de prévention en alcoologie et addictologie (ANPAA) poursuit depuis 2015 deux films diffusés en ligne pour Grimbergen, « La légende du phénix » et « Le territoire des légendes ».

Ses demandes avaient été admises par le tribunal de grande instance de Paris, puis rejetées par la cour d'appel de Paris dont la décision avait été cassée. La cour d'appel de Versailles a rendu son arrêt le 15 juin 2021[19]. Pour l'es-

sentiel, elle reprend l'argumentation qui a été soutenue par l'avocat général de la Cour de cassation, à savoir qu'il est exact que l'article L. 3323-4 du code de la santé publique n'impose expressément l'objectivité que pour la couleur et les caractéristiques olfactives et gustatives des produits. Mais l'objectivité est tout de même requise pour tous les éléments autorisés et, si elle n'est expressément prévue que pour la couleur, le goût et l'odorat, c'est qu'elle « apparaît ici manifestement nécessaire parce que, à l'inverse des autres éléments [...] la description de la couleur, de l'odeur, du goût d'un alcool prête à la mise en exergue d'éléments subjectifs, poétiques, discutables à l'inverse des éléments ci-avant énumérés ». Les éléments dont il est question sont les autres visés à l'article L. 3323-4, à savoir entre autres l'origine, la composition, le mode d'élaboration, les modalités de vente, le mode de consommation ou encore les terroirs de production.

Il est difficile de ne pas être surpris par cette analyse qui est purement... subjective. On ne voit pas pourquoi la description de la couleur d'un alcool se prête davantage à une appréciation « subjective, poétique, discutable » que, par exemple, l'origine du produit, son mode d'élaboration, son mode de consommation ou, bien entendu, son terroir. Dès lors que cette condition d'objectivité est considérée comme nécessaire, les films poursuivis sont jugés illicites, car ils ne prétendent pas même à une objectivité. Par ailleurs, la Cour constate également l'illicéité du slogan « L'intensité d'une légende » en se contentant de relever que les motifs du tribunal étaient « exacts, pertinents et circonstanciés ». Pour mémoire, le tribunal avait jugé que « si la notion d'"intensité" se référait au goût de la bière qui aurait un goût intense, en revanche la référence à la notion de "légende" n'avait aucun rapport avec le goût, l'origine ou le terroir de la bière », et avait relevé que le slogan « L'intensité d'une légende » créait « une association d'idées chez le consommateur entre la consommation de la bière Grimbergen et le fait de vivre un moment unique, magique, exceptionnel »...

15. L'ANPAA poursuivait des publicités diffusées par Le Petit Ballon sur sa page Facebook en juin 2018. Il s'agissait d'expressions telles que « On est tous un peu chaud vin pendant la Coupe du monde, à fond les ballons... », « On peut aimer le rouge et supporter les Bleus », « On se met sur notre 31 dans le métro », « Faire plaisir à son père, c'est pas la mer à boire », « Un bon père, c'est comme un bon vin, il se bonifie avec le temps », avec la photographie de

17 T. com. Nanterre, 6e ch., 19 mai 2021, n° 2019F00821.
18 CE, 5e et 6e ch. réun., 1er févr. 2022, n° 440154, Lebon ; Légipresse 2022. 83 et les obs.
19 Versailles, 1re ch., sect. A, 15 juin 2021 n° 20/02757, Légipresse 2021. 397 et les obs. ; *ibid*. 492, étude F. Gras.

deux personnes trinquant devant une affiche publicitaire de la marque.

Aucune de ces annonces ne comportait de mention sanitaire. Le tribunal retient que, selon la jurisprudence, « la publicité ne peut comporter aucune mise en scène de nature à provoquer chez le spectateur une séduction telle qu'elle pourrait entraîner une consommation excessive d'alcool », ce qui correspond en effet à la loi et à la décision du Conseil constitutionnel prononcée avant sa promulgation. De même, le tribunal rappelle que « la législation concernant la publicité pour les boissons alcooliques répond à des objectifs de santé publique et d'ordre public afin d'éviter la consommation excessive d'alcool », ce qui est justifié. En l'espèce, le tribunal sanctionne les visuels poursuivis dès lors qu'il « s'agit à chaque fois d'associer des moments festifs à la consommation d'alcool ». Il relève en particulier le fait qu'une photographie montre trois bouteilles posées sur une table, ce qui incite à une consommation excessive d'alcool. Il relève également l'illicéité du slogan « Bonne fête Papa, faire plaisir à son père c'est pas la mer à boire » accompagné d'une photographie montrant quatre enfants riant aux éclats, ce qui semble en effet difficile à justifier. Il est simplement regrettable qu'au regard de ce slogan, le tribunal relève qu'il « constitue une incitation à l'achat d'alcool, prohibée en tant que telle », ce qui est inexact et contraire à ses autres observations sur la consommation excessive, ou encore qu'il constate « qu'aucun des visuels poursuivis ne concerne des éléments objectifs », ce qui n'est pas une obligation pour les publicitaires, ni un élément devant permettre de sanctionner une campagne.

16. L'ANPAA poursuivait divers posts de Sobieski sur sa page Facebook. Le Tribunal [20] admet la validité du message « Découvrez la vodka Sobieski, une vodka polonaise d'une extraordinaire pureté élaborée à partir de pur grain polonais dont le célèbre seigle Dankowski », accompagné d'un gobelet reprenant les codes graphiques de la marque puisqu'il s'agit d'une référence à la composition et au mode d'élaboration du produit. En revanche, il sanctionne la vidéo d'un homme préparant un cocktail dans une cuisine avec la mention « Vous êtes plutôt pomme ou tonic ? Pour accompagner la vodka Sobieski, restez simple. À boire tout simplement pur glace » alors qu'il semblait s'agir d'un mode de consommation. Le tribunal estime qu'il s'agit d'une « incitation à une consommation d'alcool en ce qu'elle dépasse la simple indication objective des caractéristiques de cet alcool ». Ce faisant, une nouvelle fois, une juridiction effectue un contresens sur la notion même de publicité, sur l'incitation et sur l'objectivité. Le tribunal sanctionne également une vidéo qui fait un parallèle entre les qualités du roi Sobieski et les qualités du breuvage ou de ses consommateurs. Il est difficile de commenter cette appréciation sans avoir vu la vidéo et ce parallèle était peut-être discutable. Mais l'observation du tribunal selon laquelle il s'agirait d'une « valorisation de cet alcool [dépassant] en cela le simple rappel objectif à l'origine de la création de cette vodka » est une nouvelle fois discutable. Est également sanctionnée l'organisation de soirées présentées ainsi : « La soirée mieux qu'une coloc entre potes commence aujourd'hui. Venez avec vos potes, votre famille, votre cochon d'Inde. On vous attend de pied ferme au 114 rue Oberkampf. So let's cup party » et « Notre coloc vous réserve de multiples activités. On vous attend nombreux. Demandez le programme, tournoi de vodka pong, karaoké, photobooth, DJ sets, stand food et bien d'autres surprises ». Si sur le fond cette sanction n'est pas surprenante, on regrettera une nouvelle fois que le tribunal ait noté que cette publicité ne se limitait pas à des indications objectives. Il juge par ailleurs, et c'est sans doute légitime, que le renvoi à la pratique des « alcool pong » incite à une consommation excessive d'alcool, ce qui manifestement doit en effet être évité. En revanche, le tribunal semble admettre que le jeu de *vodka pong* diffusé sur internet et consistant à faire rentrer des glaçons dans des gobelets vides n'est pas illégal.

17. L'ANPAA poursuivait la société Brasseries Kronenbourg, formulant un certain nombre de griefs liés à sa présence au festival Rock en Seine.

La cour d'appel de Paris avait sanctionné certains éléments de publicité illicite, comme la mention « Actuellement en tournée dans toute la France » figurant dans le programme de la manifestation [21]. L'ANPAA, ayant été déboutée de sa demande sur le fondement du parrainage illicite, a formé un pourvoi en cassation qui est rejeté [22]. Elle évoquait notamment le fait que le parrainage avait par nature une finalité promotionnelle ou publicitaire et que, dès lors qu'il était établi, il avait nécessairement pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité directe ou indirecte en faveur d'un alcool, ce qui est interdit par l'article L. 3323-2 du code de la santé publique. La Cour n'accepte pas cette argumentation, et rappelle qu'aux termes de cet article, les opérations de parrainage ne sont interdites que si elles ont « pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité directe ou indirecte en faveur

20 T. corr. Paris, 31e ch., 11 oct. 2021.

21 Paris, pôle 2, 2e ch., 3 déc. 2020, n° 17/14366, Légipresse 2021. 80 et les obs. ; v. notre synthèse, Droits de la publicité mai 2020-mai 2021, Légipresse 2021. 366.

22 Civ. 1re, 21 avr. 2022, n° 21-12.596.

des boissons alcooliques ». La Cour en conclut que c'était à l'ANPAA de rapporter la preuve de cette propagande ou publicité. Elle constate qu'en l'état, ce n'est pas le cas, la cour d'appel ayant pu légitimement estimer que la présence du logo institutionnel ou de la dénomination de la société sur différents supports du Festival Rock en Seine ne constituait pas une publicité pour un alcool et que la présence en quatrième de couverture du programme d'une publicité pour Kronenbourg n'apparaissait pas comme étant la contrepartie du parrainage existant par ailleurs.

B - Tabac

18. Le Comité national contre le tabagisme (CNCT) poursuivait les sociétés Seita et Logista du fait de la diffusion de paquets de Gauloises blondes sur lesquels figuraient l'adresse d'un service consommateur et la mention « Liberté toujours ». À l'intérieur des paquets étaient insérées des vignettes comportant les phrases : « Demandez Gauloises Blondes, Rouges à votre buraliste. Le goût des Gauloises ne changera pas. Liberté toujours. » Le tribunal a considéré que l'ensemble de ces éléments étaient constitutifs de publicité illicite en faveur du tabac. La Cour infirme le jugement [23] sur l'adresse du service consommateur dont elle indique qu'il n'est pas un mode de communication commerciale, étant informatif et ne comprenant aucune incitation à l'achat ou à la consommation. Elle confirme en revanche les condamnations sur les autres mentions, considérant que l'emballage est un support de communication et que l'expression « Liberté toujours » véhicule un message d'évasion. Quant à la vignette, elle constitue aussi pour la Cour un support marketing dont le contenu, par le mode impératif employé pour la première phrase et le souhait de rassurer les consommateurs et de les fidéliser dans la seconde, est illicite.

19. Le CNCT avait assigné en référé BAT du fait de la présence d'un certain nombre de vidéos et de formules sur son site internet govype.com/fr destiné à vendre en ligne des produits de vapotage de la marque Vype. Le juge des référés [24] a fait droit à l'essentiel des demandes du CNCT, condamnant de surcroît BAT à 1 000 € à titre de provision sur ces dommages et intérêts, outre 5 000 € au titre de l'article 700. La cour d'appel confirme en grande partie l'ordonnance critiquée [25]. On peut notamment en retenir que la Cour :

- admet la recevabilité de l'action du CNCT en application de l'article L. 3515-7 du code de la santé publique ;
- infirme l'ordonnance qui a ordonné la suppression de certaines mentions du site alors qu'elles en avaient été retirées avant qu'il statue ;
- juge que « lorsque la publicité en faveur d'un produit [n'est] pas simplement restreinte mais totalement interdite comme en l'espèce, se trouve à l'évidence prohibée toute forme de communication commerciale incitative, quel qu'en soit le support, ayant pour but ou pour effet de promouvoir, directement ou indirectement, le produit à travers la diffusion d'informations qui iraient au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour en présenter de manière objective, dans le cadre de sa commercialisation, ses caractéristiques essentielles au sens du code de la consommation ».

Ainsi pour la Cour, sont illicites des mentions visant à :

- valoriser la qualité et la sécurité des produits (« La qualité, notre priorité », « Vype est un pionnier dans la science du vapotage »...) ;
- vanter les sensations pouvant être attendues de la consommation (« Préparez-vous au grand frisson »...) ;
- mettre en avant les avantages du produit par une comparaison de tabacs (« Fin des cigarettes mentholées et si c'était le début d'une nouvelle expérience de fraîcheur »...) ;
- associer le produit à une image moderne, écoresponsable et dynamique (« Restez connectés », « Améliorer la collecte des capsules »...).

On observera que si la cour d'appel fait, comme certaines juridictions dans le domaine de la publicité des alcools, référence au caractère incitatif ou objectif de cette communication, elle le fait dans des circonstances différentes puisque, si elle considère que sont prohibées « toutes formes de communication commerciale incitative », c'est pour des produits pour lesquels la publicité n'est pas simplement restreinte mais totalement interdite. En d'autres termes, le caractère incitatif est consubstantiel à la notion de publicité. De même, la référence à l'objectivité est présentée comme nécessaire, s'agissant d'informations et non de publicité.

20. Les associations CNCT et Demain sera non-fumeur (DNF) poursuivaient les mêmes supports au fond devant le tribunal correctionnel de Paris qui [26] :

- a admis la constitution de partie civile des deux associations du fait de ce que les produits de vapotage représenteraient un danger semblable aux produits du tabac pour la santé publique ;
- considère que la restriction apportée à la liberté d'information par les dispositions interdisant la communication pour les produits du vapotage sont nécessaires et proportionnées au but légitime de protection de la santé publique et par conséquent non contraires à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Pour le tribunal, il n'y a pas lieu de distinguer entre les produits du tabac et les produits de vapotage, dans la mesure où le législateur les a assimilés et a adopté des textes pratiquement identiques pour sanctionner leur communication respective. On peut sur ce point se demander si la communication en faveur d'un produit moins nocif ne mériterait pas une appréciation différente de sa communication.

23 Paris, pôle 2, 11e ch., 27 janv. 2022, n° 19/04689.
24 TJ Nanterre, réf., 12 févr. 2021.
25 Versailles, 14e ch., 7 oct. 2021, n° 21/01496.
26 TJ Paris, 10 déc. 2021.

Il indique qu'il est possible de commercialiser un produit sans stratégie de communication reposant sur des ressorts psychologiques sans rapport avec ses qualités intrinsèques en mettant en place un simple site internet vitrine, neutre, exposant visuellement les produits et les décrivant objectivement.

Il estime ensuite que le site internet govype.com ne peut être assimilé aux affichettes dans les débits sur lesquels une publicité pour les produits de vapotage est possible. Enfin, il n'interdit pas le site govype.com en lui-même, puisque la commercialisation par voie électronique des produits est autorisée, mais sanctionne son contenu en retenant notamment *(i)* que certains clips se déroulent dans un contexte jeune et festif, dans une ambiance de mode ou de musique, *(ii)* que certaines expressions (« saveur fraise sauvage », « fusion fruits des bois »…) contreviennent à la prohibition de toute assimilation des produits du vapotage avec un produit alimentaire, *(iii)* qu'un blog comportant des conseils bien-être faisait implicitement un rapprochement entre le vapotage et une vie équilibrée et en bonne santé ou encore *(iv)* que l'évocation d'une expérience et d'un plaisir inégalés étaient illicites. Le tribunal sanctionne également la page Instagram de Vype, qui est nécessairement publicitaire, ainsi que certains mailings adressés par BAT. Seule la présence de logos Vype présentés par des musiciens sur le site whatwesee.com n'est pas sanctionnée dans la mesure où le lien entre BAT et l'édition de ce site n'est pas établi.

21. Le CNCT poursuivait la société Japan Tobacco International France (JTI) du fait de la mise en ligne d'un site internet et de pages Facebook et Instagram en faveur de sa marque de cigarettes électroniques « Logic ». Le tribunal [27] fait droit aux demandes en retenant que :

- le CNCT dispose d'un intérêt légitime à agir en justice afin d'obtenir réparation des violations manifestes et graves des lois de lutte contre le tabagisme incluant depuis le 19 mai 2016 le vapotage ;
- nombre de mentions figurant sur le site ont un caractère laudatif pour inciter à l'usage des produits de vapotage qui apporterait sérénité et bien-être, le tribunal observant que s'ils « sont reconnus par certains, y compris scientifiques, les bienfaits de ces produits par rapport à la cigarette, ne peuvent certainement pas être reconnus en tant que tels comme des produits améliorant la santé en général sans référence à l'arrêt du tabac », ce qui semble laisser une porte entrouverte pour une communication qui viserait l'amélioration de la santé via des références à l'arrêt du tabac.

Plus précisément, sont sanctionnées la description de la cigarette comme étant « simple, pratique, puissante et économique » ou comme appartenant à une gamme « élégante, simple, moderne », voire la présentation des produits comme étant conçus selon des « normes de qualité très strictes et offrant un paquet d'avantages ». Sur la page Facebook, les mentions telles que « Adepte d'un véritable effet frisson ou amateur de douceur, trouvez le goût mentholé Logic Compact qui vous correspond… pour lequel vous allez craquer », « Affichez vos couleurs en ce 14 juillet avec Logic Compact ! » ou « Cet été, osez la gourmandise avec les goûts Logic Compact banane-caramel, fraise-melba, cerise ou fruits des bois » sont interdites. Il en va de même pour des mentions sur Instagram telles que « Vous êtes plutôt givré ou sucré ? La gamme Intense Menthe s'adapte à toutes vos envies de fraîcheur ».

27 TJ Paris, 31e ch., 10 déc. 2021.