

Publicité

Droit de la publicité

(Mai 2023 - Mai 2024)

L'année écoulée a été relativement pauvre dans le domaine du droit de la publicité. On retiendra tout de même une série de décisions par lesquelles les juges estiment que des photographies réalisées à des fins publicitaires sur des instructions et dans l'intérêt d'un annonceur relèvent souvent davantage d'un travail technique que d'un apport créatif permettant aux photographes de bénéficier d'une protection au titre du droit d'auteur. On relèvera également plusieurs décisions rendues dans le domaine de la publicité des alcools. Leur tendance générale est particulièrement restrictive et l'on s'étonne que, dans ce domaine, les juridictions correctionnelles semblent faire peu de cas des principes généraux du droit pénal, qu'il s'agisse de l'interprétation stricte des infractions, de l'obligation pour la partie civile procédant par citation directe de rapporter la preuve de tous les éléments constitutifs de l'infraction ou de l'application des règles concernant la responsabilité pénale des personnes morales.



Éric Andrieu

Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Péchenard & Associés

I - LA RÉGLEMENTATION GÉNÉRALE

A - Pratiques commerciales déloyales

1. Carrefour a évoqué, dans la presse et à la télévision, par l'intermédiaire de son président, à compter du mois de septembre 2023, une pratique commerciale de PepsiCo connue sous le terme de « shrinkflation » et consistant à réduire la taille tout en augmentant le prix d'un produit. Parallèlement, des affichettes ont été apposées dans les linéaires des magasins à l'emplacement des produits de PepsiCo indiquant, dans un premier temps : « Ce produit a vu son contenant baisser et le tarif pratiqué par notre fournisseur augmenter. Nous nous engageons à renégocier ce tarif. » Puis début 2024 : « Nous ne vendons plus cette marque pour cause de hausse de prix inacceptable. » PepsiCo a engagé une procédure de référé et le président du Tribunal de commerce de Paris a sanctionné le comportement de Carrefour sur le terrain du trouble manifestement illicite¹.

Le juge constate que le discours de Carrefour n'est pas quantifié et revêt « un caractère vague et subjectif et que Carrefour ne démontre pas la dégradation du rapport qualité/prix, ne fournissant pas d'éléments permettant de vérifier ces informations ». Le président retient également que Carrefour fait référence au tarif pratiqué dans la relation commerciale avec PepsiCo tandis que le consommateur

est concerné par le prix de vente final. Il relève que Carrefour commercialise sous sa marque les produits directement concurrents de ceux de PepsiCo. Il en déduit que ce message reposant sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur portant sur le prix des produits est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur, ce qui est constitutif d'une pratique commerciale trompeuse et cause un trouble manifestement illicite, cette communication ayant inévitablement pour effet d'amener le consommateur à se détourner des produits PepsiCo. Il est par conséquent ordonné à Carrefour de retirer les affichettes litigieuses, sous astreinte.

B - Droit d'auteur

1. Une photographe a réalisé de nombreuses photos de produits pour la gamme Kérastase de L'Oréal. Des notes de cession de droits d'auteur ont été établies, définissant les droits cédés. Ayant constaté des utilisations postérieures à la période visée dans les notes de cession, la photographe a fait assigner L'Oréal. Déboutée en première instance, elle a interjeté appel, ce qui a donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Paris².

La cour rejette tout d'abord la responsabilité contractuelle de L'Oréal au motif que chaque cession de droits d'auteur constituait un contrat indépendant et qu'en conséquence,

¹ T. com. Paris, ord. réf., 24 janv. 2024, n° 2023069037 (décision non définitive).

² Paris, pôle 5 - 1^{er} ch., 22 nov. 2023, n° 21/15679.

le refus de L'Oréal de payer des notes complémentaires devait s'analyser en un refus de contracter à nouveau. Elle ajoute que « l'originalité d'une œuvre revendiquée dans le cadre d'un litige portant sur la contrefaçon de droits d'auteur est toujours subordonnée à l'explicitation de cette originalité par celui qui l'invoque et à sa reconnaissance par le juge et ne peut se déduire du seul fait que les parties ont précédemment conclu un contrat de cession de droits d'auteur ».

L'Oréal contestait l'originalité de la majorité des photographies qui constituaient des packshots.

La photographe soutenait que leur originalité résultait d'une multitude de choix techniques différents et spécifiques, libres et personnels, marquant l'empreinte de sa personnalité. La cour constate qu'il s'agissait de photographies de commandes destinées à la promotion des produits Kérastase, des packshots, et en déduit que les choix de la photographe dans la réalisation de ses clichés « étaient nécessairement contraints, quand bien même en qualité de photographe professionnelle, elle a bénéficié d'une réelle latitude, sa mission étant de photographier les produits particuliers définis par la société L'Oréal afin de les présenter sous un jour susceptible de séduire le consommateur, tout en veillant à rester fidèle à l'image et à l'univers de la marque ». Ces choix sont jugés comme des choix techniques « intrinsèquement attachés à la technique photographique qui traduisent un savoir-faire et une maîtrise de photographe professionnel » et « relèvent du travail normalement attendu d'un photographe professionnel pour ce type de prestation », mais sans être de nature à révéler une démarche personnelle et créatrice qui porterait l'empreinte de la personnalité de la photographe. Pour d'autres photographies, dont l'originalité n'était pas contestée, la cour fait en revanche droit à la réclamation de la photographe dans la mesure où ses images sont restées visibles notamment sur les sites et réseaux sociaux de l'annonceur après les dates de cession consenties, la cour retenant que la contrefaçon se poursuit au-delà de la date de première mise en ligne.

Enfin, la photographe arguait d'une atteinte à son droit moral du fait de l'adaptation de ces images. Cette demande est rejetée dès lors que la nature des images démontrait l'intention des parties de procéder à diverses adaptations pour tenir compte de leur nature publicitaire.

2. Dans le même esprit, la Cour d'appel de Douai³ était saisie d'une demande formée par une agence ayant réalisé des prises de vue destinées à illustrer des catalogues publicitaires au profit des produits de jardinage de Leroy Merlin. L'agence sollicitait une condamnation au titre de la contrefaçon du fait de l'utilisation des photographies postérieurement à la rupture de ses relations commerciales avec Leroy Merlin. Elle mettait en avant le fait que l'annonceur se contentait de sélectionner les produits devant figurer dans le catalogue ainsi que la mise en page et le dimensionnement des photos, le reste (choix

du lieu, des couleurs, des accessoires, des dispositions de produits dans la mise en scène) relevant de sa seule appréciation.

La cour rejette la demande. Elle constate que l'annonceur donnait au photographe des instructions suffisamment précises telles que « prises de vues en légère contreplongée » ou « journée ambiance ensoleillée ». Elle relève que « les photographies litigieuses présentent des objets dont il s'agit de faire la publicité. Si le photographe a décidé de leur disposition et d'autres éléments tels que le jeu d'ombre ou encore les couleurs, les photographies ne créent pas un univers ou une atmosphère particulière qui leur permet de sortir de leur seule finalité publicitaire ». Elle estime qu'il n'y a pas d'éléments qui soient de nature à révéler l'expression ou la sensibilité de son auteur qui s'est contenté d'utiliser son savoir-faire relevant de sa technique mais insuffisant pour que les photographies soient qualifiées d'œuvres originales.

3. La société Universal Music Publishing (Universal Music) a acquis en 1986 les droits patrimoniaux sur la chanson « C'est la ouate ». En 2004, elle a permis le réenregistrement de cette chanson en adaptant son texte pour une campagne publicitaire de la Mutuelle d'assurance des artisans de France (MAAF), qui était autorisée à remplacer « De toutes les matières, c'est la ouate qu'elle préfère. C'est la ouate » par « Efficace et pas chère, c'est la MAAF que j' préfère. C'est la MAAF ! ». Des spots publicitaires utilisant cette signature ont été diffusés dans le cadre contractuel pendant plus de dix ans. La MAAF a ensuite changé de signature pour adopter : « Rien à faire, c'est la MAAF qu'il/ils/elle/elles préfère(nt) ». Les auteurs de la chanson et Universal Music ont assigné la MAAF et son agence de communication en contrefaçon, concurrence déloyale et parasitisme.

Comme le tribunal⁴, la cour d'appel rejette leurs demandes⁵. Elle retient que la phrase « De toutes les matières, c'est la ouate qu'elle préfère. C'est la ouate » porte l'empreinte de la personnalité des auteurs et qu'elle peut donc être protégée par le droit d'auteur. Cependant, elle note que malgré une certaine inspiration de structure, les deux phrases « n'ont en commun que la chute constituée du verbe "préférer" conjugué à la 3^e personne du singulier ou du pluriel et que les appelants ne peuvent s'approprier. Le slogan publicitaire de la MAAF comporte les mots "Rien à faire" qui sont absents de la phrase revendiquée et a, de par la longueur de chacune des parties de la phrase qui ne sont pas équilibrées, une sonorité différente ».

Sur la concurrence déloyale et le parasitisme, la cour relève qu'il n'est pas démontré que la notoriété de l'œuvre musicale était encore acquise en 2018. Elle relève surtout que cette phrase, non associée à sa mélodie originale, ne constitue pas à elle seule une valeur économique et que, si la MAAF a souhaité maintenir un lien avec ses campagnes précédentes, sa nouvelle publicité se déroule dans

³ Douai, 30 nov. 2023, n° 22/02443, Légipresse 2023, 659 et les obs.

⁴ TJ Paris, 3^e ch. - 2^e sect., 21 janv. 2022, n° 20/00172.

⁵ Paris, pôle 5 - 2^e ch., 8 mars 2024, n° 22/03274.

un univers très différent et qu'au-delà de la reprise du verbe « préférer », son slogan ne reprend pas les caractéristiques ni du précédent slogan autorisé, ni de l'œuvre originale, aucune référence n'étant faite à sa mélodie. Elle retient enfin l'absence de risque de confusion pour rejeter la demande de concurrence déloyale.

C - Concurrence déloyale et parasitisme/dénigrement

1. Une influenceuse reprochait à la société Maje d'avoir réalisé une campagne publicitaire ayant constitué une reprise des photographies publiées par elle sur Instagram. Plus précisément, il apparaît que cette influenceuse, ayant environ 30 000 abonnés, publiait chaque matin une story (c'est-à-dire un visuel ne restant accessible au public que pendant vingt-quatre heures) constituée d'un selfie pris de haut en bas et la représentant dans sa tenue du jour avec son chien à ses pieds. Contrairement au tribunal qui avait fait droit à la demande sur le terrain du parasitisme, la cour d'appel⁶ rejette l'intégralité des demandes. Au titre du droit d'auteur, elle juge que l'influenceuse « se borne à décrire la photographie sans expliciter les raisons ayant motivé les choix qu'elle dit avoir faits, celle-ci se contentant d'affirmer, sans le démontrer, que l'ensemble des réglages de la luminosité et des contrastes ainsi que des retouches couleur, tout comme le cadrage, sont des paramètres techniques qui lui sont propres alors que le selfie qu'elle oppose apparaît se borner à reproduire l'éclairage artificiel de l'ascenseur dans lequel il est réalisé sans autre intervention ». Elle constate que le fait de se mettre en scène et de se photographier dans une cage d'ascenseur accompagnée d'un chien selon les modalités employées, qui ont déjà été retenues par des influenceurs avant elle et sont d'ailleurs dictées par la technique du selfie ou le besoin de mettre en valeur les vêtements portés ne comporte aucune originalité.

Elle rejette également les autres demandes de l'influenceuse, estimant que la reprise des éléments ci-dessus ne caractérise pas un comportement déloyal de la part de Maje, « qui ne fait que s'inscrire dans la tendance du moment ». Elle constate de surcroît que la notoriété de l'influenceuse est très relative, n'ayant que 30 000 followers avec un taux d'engagement de 1 %, ce qui en fait une « micro-influenceuse bénéficiant d'une audience limitée dont elle perçoit d'ailleurs peu de revenus ». Enfin, la cour ne retient pas les agissements parasitaires, faute pour l'influenceuse de notoriété et d'investissements liés au visuel représentant une valeur économique individualisée. Pour la cour, les actes de parasitisme ne peuvent résulter des seules ressemblances existant entre les photographies en cause (le caractère banal a été préalablement retenu).

2. Ferrero, fabricant du Nutella, a poursuivi Rigoni, fabricant de Nocciolata, du fait de la diffusion d'un film publicitaire présentant principalement un enfant sur une balançoire étalant de la pâte à tartiner sur du pain aux côtés duquel

se place un orang-outang en peluche, la voix off annonçant : « Nocciolata, c'est sans huile de palme... Nocciolata, c'est plein de bonnes noisettes bio... Mais Nocciolata, c'est surtout très, très bon... ».



Nocciolata pâte à tartiner "c'est bio c'est bon" - Publicité 0:10

Ferrero soutenait que la présentation retenue par la présence d'un orang-outang, dont l'habitat est censé disparaître du fait de la culture extensive de l'huile de palme, et les références à celle-ci impliquaient une présentation dévalorisante de Nutella.

Comme l'avait fait le tribunal⁷, la cour⁸ rejette les demandes de Ferrero. Elle considère que le film ne stigmatise pas les pâtes à tartiner contenant de l'huile de palme, dès lors qu'il ne véhicule aucun message négatif ou alarmant à cet égard. Elle estime sans effet la circonstance que quelques internautes aient posté des commentaires faisant le lien entre la présence de l'orang-outang et la déforestation et se fonde principalement sur un sondage IFOP produit par Rigoni, 2 000 personnes ayant été interrogées et se voyant poser les questions ouvertes suivantes : « Qu'avez-vous vu, lu, entendu dans cette publicité ? Quels sont tous les éléments dont vous vous souvenez à propos de cette publicité ? » et « D'après vous, quel était le message général de cette publicité pour une pâte à tartiner ? Qu'est-ce qu'on a voulu dire, vous faire comprendre ? ». La cour constate que les personnes interrogées mémorisent principalement les caractéristiques de Nocciolata (pâte à tartiner bio et sans huile de palme) et qu'il s'agit d'un message perçu comme positif « présentant un enfant dégustant un goûter sain et équilibré dans un milieu réconfortant ». Elle en déduit qu'il n'y a aucune polémique sur l'huile de palme, qui n'est pas présentée de manière tendancieuse. Elle relève enfin que, malgré la position dominante de Nutella sur le marché français de la pâte à tartiner et sa notoriété, la seule référence à l'absence d'huile de palme dans Nocciolata « n'établit pas que le consommateur fait un lien entre cette publicité et le Nutella », ce qui ressort là aussi du sondage IFOP.

La demande formée par Ferrero sur le terrain du parasitisme est également rejetée, faute de lien créé avec Nutella et de démonstration que Rigoni aurait voulu s'inscrire sans bourse délier dans son sillage.

⁶ Paris, pôle 5 - 2^e ch., 12 mai 2023, n° 21/16270, Légipresse 2023. 269 et les obs. ; *ibid.* 417, comm. J.-M. Bruguière ; *ibid.* 699, chron. C. Alleaume.

⁷ T. com Paris, 15^e ch., 31 janv. 2022, n° 2020059497.

⁸ Paris, pôle 5 - 2^e ch., 8 déc. 2023, n° 22/04756.

3. Dans l'affaire opposant la société Matera, ayant une activité de gestion des copropriétés sous la forme de soutien aux syndicats coopératifs, à des syndicats professionnels ainsi qu'à leurs syndicats, nous avons rendu compte du jugement du Tribunal de commerce de Paris⁹.



La cour d'appel, saisie du dossier, a confirmé le jugement sur l'existence d'un dénigrement et sur l'absence de publicité comparative, tout en l'infirmité sur les pratiques commerciales trompeuses¹⁰.

Sur le dénigrement, la cour retient, comme le tribunal, que l'humour ne constitue pas en l'espèce une circonstance atténuante, compte tenu du caractère « à l'évidence péjoratif et dévalorisant » de cette communication « agressive et excédant le droit de libre critique conforme aux usages du commerce ».

Sur les pratiques commerciales trompeuses, la cour, comme le tribunal, estime que cette campagne était de

nature à créer une ambiguïté, laissant penser que l'annonceur était en mesure d'offrir aux copropriétés les services d'un syndic, mais que la production de très nombreux articles de presse, émissions ou interviews consacrés à ce service permettait de considérer qu'il n'y avait pas d'altération substantielle du comportement économique des consommateurs se trouvant ainsi bien informés de la situation et ce surtout, s'agissant d'une prestation ne pouvant être mise en œuvre qu'à la suite de la réunion et d'un vote d'une assemblée générale impliquant « que les copropriétaires concernés, normalement informés et raisonnablement attentifs et avisés, se renseignent préalablement sur l'offre de la société et ne s'en tiennent pas à la seule campagne publicitaire incriminée ».

Quant à la publicité comparative, la Cour retient que cette campagne « ne vise pas à comparer des services et des primes et à stigmatiser (...) la profession de syndic professionnels » et qu'en outre cette publicité n'identifie pas un syndic particulier mais la profession en général.

D – Publicité comparative

1. Nous avons commenté une décision ayant condamné Cora, à la requête de Monoprix se plaignant d'une publicité comparant les prix pratiqués dans un hypermarché situé dans un centre commercial et un supermarché en centre-ville, cette publicité évoquant des « prix *drive* collectés par une société indépendante¹¹ ».

La cour d'appel¹² confirme le jugement. Elle observe que la simple production de tableaux « sans aucune précision sur la méthode de relevé des prix, sur la sélection des produits et sur le détail du calcul de la différence de prix » ne suffit pas à rapporter la preuve de l'allégation générale « Cora Houssen est moins cher. Monoprix Colmar plus cher. + 17,6% ». La cour relève également que cette notion de « prix *drive* collectés par une société indépendante » figurait en tout petits caractères, quasiment illisibles pour le consommateur visé normalement attentif qui passe devant les affichettes litigieuses dans un centre commercial et qu'en conséquence, le consommateur ne pouvait comprendre qu'il s'agissait de prix *drive*. Elle relève que de surcroît, le magasin de Monoprix situé en zone piétonne ne proposait pas de service *drive* mais simplement un service « click & collect ». En conséquence, la publicité de Cora est considérée comme constituant un acte de concurrence déloyale.

II - LES RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES

A - Alcool

1. L'Association Addictions France (ANPAA) poursuivait une publicité réalisée pour la marque de hard seltzer Snowmelt pour des affichages sauvages ainsi que pour l'utilisation des slogans « *Restart slowly* », « *Drink responsibly* » et « *Low alcohol* ».

9 V. notre panorama Droit de la publicité (Mai 2021 - Mai 2022), Légipresse 2022. 321.

10 Paris, pôle 5 - ch. 1, 20 mars 2024, n° 22/03594.

11 V. notre panorama Droit de la publicité (Mai 2021 - Mai 2022), préc.

12 Paris, pôle 5 - 1^{er} ch., 8 nov. 2023, n° 21/18834.



Après avoir relevé que « Toute publicité commerciale est par nature incitative et son pouvoir de séduction, qui n'est pas retenu par la loi comme un des éléments constitutifs de l'infraction, ne peut pas fonder une condamnation dès lors que chaque élément graphique ou rédactionnel se rapporte à une des mentions autorisées par l'article L. 3323-4 du code de la santé publique », le tribunal estime que les expressions « *Restart slowly* », « *Drink responsibly* » et « *Low alcohol* » ne pouvaient être perçues que « comme une invitation, de surcroît décomplexée par la mise en avant du faible taux d'alcool et de la faible teneur calorique du produit objet de la publicité, à reprendre une consommation festive d'alcool à l'issue d'une période [le confinement] insinuée comme ayant été d'abstinence ». Il ajoute que « le message peut même être compris comme une incitation paradoxale à absorber de plus grandes quantités du produit promu puisqu'il est présenté comme inoffensif car moins alcoolisé et moins calorique ». Puis que « l'apparente publicité objective sur le produit s'est muée en publicité sur le boire, par nature illicite en l'état de la législation encadrant la propagande pour l'alcool », ce qui est une distinction dont on ne voit pas en quoi elle résulterait des termes de la loi Évin.

Sur la responsabilité de la personne morale, il juge qu'« il est indifférent que le contenu de la démarche de conseil et de conception du visuel des affiches ait pu être réalisé par des subordonnés dès lors que ceux-ci opéraient en exécution de la mission approuvée par le dirigeant de la société », ce qui semble une confusion entre le principe de la communication certes décidée par le dirigeant et sa réalisation sur laquelle son intervention ne paraissait pas établie. En conséquence, l'agence de publicité poursuivie a été condamnée. En revanche, le support ADN, qui avait évoqué la campagne et qui est une publication à destination des professionnels de la communication, a été relaxé au motif que « son propos n'a pas dépassé les limites d'une démarche journalistique d'information et n'a pas présenté un contenu publicitaire sous la forme d'un article informatif avec pour objectif de promouvoir la boisson alcoolique objet de la campagne ».

2. L'ANPAA poursuivait une publicité réalisée en faveur de la marque « Grimbergen ».



Le tribunal¹³ avait déclaré illicites le slogan « La flamme ne s'éteint jamais » et la représentation du phénix. Il avait en conséquence fait interdiction sous astreinte à Kronenbourg de faire usage de ces éléments sur tous supports publicitaires.

La Cour d'appel de Paris¹⁴ infirme cette décision et déclare illicite la seule publicité, sans interdire l'usage du slogan et de la représentation du phénix de façon générale. La motivation de la cour reprend celle de la Cour de cassation dans son arrêt du 20 mai 2020, puisqu'après avoir rappelé le texte de l'article L. 3323-4, elle écrit : « Il en résulte que si la publicité pour les boissons alcooliques est licite, elle demeure limitée aux seules indications et références mentionnées à l'article L. 3323-4 précité, doit présenter un caractère objectif et informatif et ne pas être incitative. »

Elle justifie cette affirmation de principe par le fait que « l'emploi du terme "indication" démontre en effet la volonté du législateur de limiter la publicité des boissons alcooliques à une information objective sur l'origine, le degré volumique d'alcool, la dénomination, la composition du produit et le nom et l'adresse du fabricant. L'objectivité est également prévue pour les caractéristiques olfactives, gustatives ainsi que la couleur », ce qui nous semble une déformation du texte et une prise de position une nouvelle fois contraire à la notion même de publicité. Sur le fond, la cour estime que le visuel du phénix associé au slogan « La flamme ne s'éteint jamais » avec une flamme entourant un verre de bière, a un caractère incitatif et non purement objectif, qu'elle est donc illicite.

3. La Cour d'appel de Paris¹⁵ était amenée à statuer sur l'appel interjeté par Meta contre le jugement du tribunal¹⁶ l'ayant condamnée à retirer de nombreuses publications d'influenceurs sur Instagram et lui ayant ordonné de

¹³ V. notre panorama Droit de la publicité (Mai 2020 - Mai 2021), *Légipresse* 2021. 366.

¹⁴ Paris, 18 janv. 2024, n° 20/16596, *Légipresse* 2024. 87 et les obs.

¹⁵ Paris, 21 déc. 2023, n° 23/06581, *Légipresse* 2024. 19 et les obs.

¹⁶ V. notre panorama Droit de la publicité (Mai 2022 - Mai 2023), *Légipresse* 2023. 305.

communiquer à l'ANPAA les données de nature à identifier les éditeurs des comptes concernés.

La cour retient, sans fournir aucune précision sur chacune des publicités concernées, ni sur ce en quoi chacune serait contraire aux règles du code de la santé publique, que : « Il résulte des procès-verbaux de constat produits par l'ap [il faut sans doute lire "l'ANPAA"] que les publications listées contiennent des publicités directes ou indirectes en faveur de boissons alcoolisées, les mettant en scène dans des contextes joyeux ou festifs sans qu'elles comportent la mention sanitaire exigée par l'article L. 3323-4 du code de la santé publique. En effet, ces publications tendent à faire associer l'image de moments festifs de vacances et vie quotidienne des détenteurs de comptes comportant un nombre important d'abonnés ou followers à des marques d'alcool, utilisant nécessairement la notoriété de ces titulaires de comptes Instagram, sans aucune mention légale, ce qui constitue incontestablement des publicités illicites ». La cour en déduit qu'il existe donc un dommage pour l'ANPAA et qu'en exécution des dispositions de la [loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)], Meta est tenue de lui communiquer les nom et prénoms ou la raison sociale des titulaires des comptes, les pseudonymes utilisés et les adresses de courriers électroniques ou de comptes associés.

4. L'ANPAA poursuivait la Brasserie du Comtat, société commercialisant des bières, notamment sous les marques « Diable en Rose », « Pop my Cherry », « La favorite du père Noël », « La Rousse », « Pompette à bicyclette », « KSS KSS KSS », « Le Templier », « Le Géant » ou encore « Perle Noire ». Le Tribunal correctionnel de Paris l'a condamnée par jugement du 2 novembre 2023¹⁷. Il est manifeste que certains éléments présents sur le site internet et la page Facebook de la société dépassaient ce qu'autorise la loi Évin.

Ainsi, par exemple :

- de la représentation d'une femme aux seins nus affublée de cornes de diable et dont le sexe est caché par une queue de diable en forme de cœur pour « Diable en Rose » ;
- du visuel d'une jeune femme dénudée tenant entre ses doigts un duo de cerises pour « Pop my Cherry » ;
- d'une jeune fille à vélo, jupette au vent laissant entrevoir ses dessous, pour « Pompette à bicyclette »...



¹⁷ Paris, 2 nov. 2023, n° 22255000712.

Le tribunal sanctionne logiquement ces représentations mais relève qu'elles sont « sans rapport avec des éléments objectifs et informatifs concernant la boisson » et qu'une mention telle que « c'est la bière préférée de notre brasseur », en plus d'être subjective, peut être qualifiée d'incitative ». Ainsi, cette juridiction s'éloigne comme d'autres du texte de la loi Évin et de la définition de la publicité pour apprécier celles qui lui étaient soumises, d'une manière excessivement restrictive dans sa motivation.

On peut observer que, pour le tribunal, certains éléments auraient pu être légitimement utilisés :

- le terme « rose » pour décrire la couleur de la boisson qui renvoyait aux baies roses la composant, mais ce terme était ici associé à l'image du diable décrite ci-dessus ;
- le terme « cherry » pour les cerises utilisées dans la recette de la bière, mais sans accompagner une jeune femme dénudée ;
- « bière du père Noël » aurait pu être admise mais pas « La favorite du père Noël » compte tenu du double sens impliqué (bière et jeune femme). Pour cette bière, le tribunal retient également le caractère convivial lié aux festivités de Noël « incitant par là même à la consommation » ;
- la dénomination « La Rousse » renvoyant à la couleur de la bière, mais sans qu'elle soit associée « au caractère sexualisé et fantasmé de l'image » ;
- « Le Templier », « Le Géant » ou « La Perle Noire » qui évoquent des références historiques et géographiques, ce que le tribunal sanctionne malgré tout en relevant, sur les étiquettes, la représentation de « personnages imaginaires, mythologiques, tout au plus historiques », ce qui aurait peut-être pu être une référence à leur origine ;
- « KSS KSS KSS » qui, associée à un dessin de cigale, peut faire penser à la Provence d'où la bière est originaire, ce qui n'empêche pas une sanction compte tenu de la référence extrêmement large de la cigale qui rappelle « moins une indication géographique particulière qu'un mode de vie et des moments de convivialité propres au Sud et incitent ainsi à la consommation ».

En conséquence, pour chacun de ces exemples, les juges estiment que l'ensemble de la présentation et les éléments associés rendent ces éléments illicites. Le tribunal sanctionne également des tee-shirts comprenant les noms des produits ainsi que l'absence de mentions sanitaires sur le site internet. Celui-ci limite la condamnation à une amende de 1 000 € avec sursis, outre 1 000 € de dommages-intérêts et 4 000 € au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale.

5. La société Pernod Ricard France et son ancien président étaient poursuivis pour la diffusion sur un site internet d'une vidéo consacrée à l'édition limitée d'une bouteille « Chivas XV », réalisée en collaboration avec Olivier Rousteing, directeur artistique de Balmain.



Le tribunal a relevé¹⁸ que la bouteille de whisky y était « constamment visible » et présentée dans des conditions telles que le spectateur puisse regarder « sous tous les angles » le résultat de la collaboration entre Chivas et Olivier Rousteing. Après avoir noté l'intégralité des textes figurant sur la page internet, le tribunal constate qu'elle cherche « avec une grande insistance » à associer le nom et l'image du styliste à Chivas « afin de profiter de son aura positive, créatrice et élitiste pour rendre le produit attrayant, rare et recherché ». Il ne s'agirait pas ainsi seulement d'informer le consommateur mais « de rendre la marque [...] encore plus désirable en raison de cette association à un artiste influent ». Pour le tribunal, c'est d'autant plus vrai que la page internet « martèle » qu'il s'agit d'une édition limitée seulement disponible pendant quelques jours, ce qui aura eu pour effet d'augmenter le désir de l'acquérir. Notant que cette publicité « dépasse la simple indication objective des caractéristiques de cet alcool », le tribunal estime qu'elle est illicite au regard du code de la santé publique.

Sur la responsabilité de la personne morale et de l'ancien président, le tribunal relève que cette campagne « participe d'une stratégie de communication de l'entreprise nécessairement arrêtée par la direction de la société en raison du coût qu'il en est nécessairement résulté et du retentissement qui en était attendu ». Au demeurant, quand bien même le président aurait approuvé la stratégie de communication, cela n'impliquerait pas qu'il soit intervenu à quelque titre que ce soit dans la conception, la réalisation, ni même la validation de la vidéo. Le tribunal voit « un indice de l'importance de ce partenariat » pour Pernod Ricard en relevant qu'« il a été fait le choix d'indiquer comme responsable du site [directeur de la publication] le nom du président de la société et non celui d'un sous-directeur chargé de la marque Chivas ou d'un responsable de communication du groupe ». Cette observation surprend dans la mesure où la mention d'un directeur de la publication est imposée par l'article 6-III-1 de la LCEN qui renvoie à l'article 93-2 de la loi du 29 juillet 1982, lequel prévoit que : « Lorsque le service est fourni par une personne morale, le directeur de la publication est le président du directoire ou du conseil d'administration, le gérant ou le représentant légal, suivant la forme de la personne morale. » Le tribunal ajoute enfin que la loi Évin étant très stricte, « c'est en toute logique que le contrôle du respect de [ses] règles incombe au dirigeant et participe de compétences qu'il ne peut déléguer », ce qui ne résulte d'aucune disposition légale et alors que,

contrairement aux infractions de presse par exemple, il est tout à fait possible de prévoir une délégation de pouvoir dans cette matière. Malgré cela, le tribunal estime que le président de l'entreprise a personnellement participé à la commission de l'infraction et condamne à la fois la société et son ancien dirigeant.

6. La Cour de cassation¹⁹ était saisie par l'ANPAA du pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion ayant rejeté ses demandes à l'encontre d'une publicité pour une marque de rhum sous la forme d'une bouteille en trois dimensions à taille d'homme présentant la mention « Rhum arrangé, aveur banane flambée » au motif qu'il se serait agi d'une affiche autorisée au sens du code de la santé publique.

Sans surprise, la chambre criminelle estime que ce support n'est pas assimilable à une affiche ou à une enseigne.

On observera de plus que la société prévenue avait retiré sa bouteille une fois « informée de la difficulté », repentir actif dont la Cour retient qu'il n'exonère pas l'auteur d'une infraction de sa responsabilité.

B - Tabac et vapotage

1. Les associations Comité national contre le tabagisme (CNCT) et DNF - Pour un monde zéro tabac (DNF) poursuivaient la société British American Tobacco France (BAT) du fait de publicités en faveur des produits de vapotage de la marque Vype sur le site « govype.com » ainsi que sur Instagram.

La Cour d'appel de Paris²⁰ reprend pour l'essentiel la motivation du tribunal judiciaire²¹. Elle estime tout d'abord que les deux associations, bien qu'ayant un objet consacré à la lutte contre le tabagisme et non contre le vapotage, sont recevables dans cette demande dans la mesure où « le législateur, en faisant le choix d'assimiler dans un même titre répressif... intitulé "Lutte contre le tabagisme" les produits du tabac et les produits du vapotage, confère logiquement et dans un souci d'efficacité de la politique de santé publique aux acteurs traditionnels de la lutte contre le tabagisme la possibilité de développer la lutte contre le vapotage, alors même que ce produit nouveau était inexistant à la date de rédaction de leurs statuts ». Puis que les produits de vapotage représenteraient « un danger semblable pour la santé publique » à celui des produits du tabac.

Après avoir rappelé que le site de vente sur internet « govype.com » était autorisé, la cour juge qu'il devait être « épuré de toute publicité illicite » et constate que de nombreux éléments n'étaient pas conformes à la réglementation comme (i) des clips vidéo rapprochant la consommation de cigarettes électroniques d'un contexte jeune et festif ou mettant en scène des jeunes décontractés et à la mode aimant la fête et la musique, (ii) des onglets publicitaires tels que « Nouvelle saveur. À rougir de plaisir. Fraise sauvage », ou encore (iii) des conseils de bien-être.

¹⁹ Crim. 6 mai 2024, n° 23-84.905, v. *supra*, p. 287.

²⁰ Paris, pôle 2 - 8^e ch., 20 déc. 2023, n° 22/05581.

²¹ TJ Paris, 31^e ch., 28 févr. 2022, n° 20188000679.

¹⁸ TJ Paris, 31^e ch., 3 avr. 2024, ANPAA c/ Sté Pernod Ricard France et a., Légipresse 2024. 217.

De même, la page Instagram « govype.fr » est sanctionnée, cette page elle-même étant selon la cour constitutive d'une publicité et, contrairement au site internet, ne constituant pas une interface de vente du produit.

III - DIVERS

Une loi « visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux » a été promulguée le 9 juin 2023²².

Cette loi donne une définition de l'influenceur : « Les personnes physiques ou morales qui, à titre onéreux, mobilisent leur notoriété auprès de leur audience pour communiquer au public, par voie électronique, les contenus visant à faire la promotion, directement ou indirectement, de biens, de services ou d'une cause quelconque, exercent l'activité d'influence commerciale par voie électronique. »

Cette loi impose la signature de contrats écrits entre les influenceurs (ou leurs agents) et les annonceurs au-delà d'un seuil de rémunération ou d'avantages en nature qui sera défini par décret. La loi prévoit l'interdiction pour les influenceurs d'assurer la promotion d'un certain nombre de produits et services bancaires et financiers, de conseils ou pronostics sportifs, de jeux d'argent et de hasard (sauf sur les plateformes offrant la possibilité technique d'exclure les mineurs). Sont également interdites la promotion en matière de chirurgie esthétique, d'abstention thérapeutique ou encore de produits de nicotine. Il est rappelé, en tant que de besoin, que sont applicables à cette activité d'in-

fluence les règles sur la publicité des médicaments, des dispositifs médicaux, des allégations de santé sur les denrées alimentaires ou encore sur les produits du tabac et du vapotage. Enfin, il est imposé de mentionner, sur toute communication promotionnelle des influenceurs, les termes « publicité » ou « collaboration commerciale ».

La loi n° 2024-364 du 22 avril 2024 « portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'économie, de finances, de transition écologique, de droit pénal, de droit social et en matière agricole » (loi DADDUE) habilite le gouvernement à modifier par voie d'ordonnance, dans un délai de neuf mois, la loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale, aux fins de mettre certaines de ses dispositions en conformité avec divers textes européens. Ces adaptations concernent les articles 1 (définition de l'influence), 2 (métier d'agent d'influenceurs), 4 (secteurs interdits de promotion), 5 (mention du caractère publicitaire), 8 (contrats entre influenceurs et agents) et 9 (assurance des influenceurs extraeuropéens), et permettront de prendre en compte les remarques exprimées par la Commission européenne dans le cadre de la procédure de notification de la loi.

De plus, cinq articles de la loi (art. 10, 11, 12, 15 et 18) sont abrogés car entrant dans le champ du DSA. Ils concernent l'obligation pour les hébergeurs de mettre en place des mécanismes d'alerte permettant aux internautes de signaler la présence de contenus illicites, ou encore l'obligation leur incombant de prendre les mesures nécessaires pour donner suite, dans les meilleurs délais, aux injonctions émises par les autorités judiciaires et administratives.

²² Pour un commentaire exhaustif, v. L. Carrié, L'influenceur et son influence commerciale depuis la loi du 9 juin 2023, *Légipresse* 2023. 459 ; v. égal., Ass. nat., rapp. d'information n° 2339 déposé en application de l'art. 145-7, al. 1^{er}, du régl., par la commission des affaires économiques (et présenté par A. Delaporte, S. Vojetta, L. Morel et V. Duby-Muller) sur l'application de la loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux (assemblee-nationale.fr/dyn/16/rapports/cion-eco/116b2339_rapport-information).