Dossier British American Tobacco, audience du 10 janvier 2022

Par citation délivrée le 29 septembre 2020 à personne morale, l'association DNF-Pour un monde zéro tabac (DNF) a fait citer la société British American Tobacco France (BATF) devant le Tribunal Correctionnel au visa des articles L3513-4 et L3515-3 I 11° du Code de la Santé Publique afin:

-qu'il soit jugé qu'elle s'est rendue coupable de l'infraction de propagande ou de publicité, directe et indirecte, en faveur des produits du vapotage, pour avoir diffusé sur son site internet www.govype.com des contenus (articles et photographies) à finalité de propagande ou de publicité en faveur des produits du vapotage, faits commis depuis le 15 novembre 2019 et au moins jusqu'au 10 mars 2020 et en tout cas depuis temps non prescrit et sur le territoire national.

-qu'elle soit condamnée à lui verser la somme de 20000 euros à titre de dommages et intérêts et 12390 euros en application de l'article 475-1 du Code de Procédure Pénale, ainsi qu'aux dépens de l'instance.

Elle détaille dans sa citation les éléments qu'elle considère comme publicité directe ou indirecte vantant les produits du vapotage et incitant le consommateur à y recourir:

-l'intitulé du site internet Govype.com, dont la société British American Tobacco France est propriétaire, auteur et éditeur,

-la mise en scène sur ce site de l'arrivée de nouveaux parfums par des visuels du site internet évoquant une ambiance festive,

-l'association entre les produits de vapotage vendus et des aliments bénéfiques pour la santé comme les fruits,

-les vocables choisis pour désigner les parfums associant le produit à la liberté, à l'évasion, aux vacances (« sauvage », « tropical », « fusion »)

-les parties du site internet de vente consacrées aux conseils en matière de sport, d'alimentation ou de méditation, associant les produits du vapotage à ces pratiques bénéfiques pour la santé,

-les références au « mois sans tabac » (le mois de novembre)

-les références aux propriétés « naturelles » de la nicotine délivrée,

-les références au plaisir du vapotage,

-la mise en avant de l'esthétique du produit au profit du consommateur,

-le recours à des mécanismes de fidélisation: jeux concours, programme de fidélité, abonnements pour automatiser la consommation.

L'association en déduit que le site marchand est une forme de communication commerciale qui a pour but de promouvoir les produits du vapotage, et qu'il s'agit donc d'une publicité directe ou indirecte proscrite par le Code de la Santé Publique.

Elle produit un constat d'huissier daté du 15 novembre 2019 qui matérialise ces constats, et affirme qu'au 10 mars 2020 le site www.govype.com était toujours accessible au public avec des contenus violant les interdictions prescrites.

L'association DNF-Pour un monde zéro tabac reproche également à la société British American Tobacco d'avoir diffusé à compter du 1er avril 2020, à travers le site www.whatwesees.com une série musicale composée de vidéos réalisées par des artistes, mettant en avant le logo Vype, visible tout au long du visionnage.

Par citation délivrée le 5 août 2020 à personne morale, le Comité National Contre le Tabagisme (CNCT) représenté par M. Yves MARTINET, a fait citer la société British American Tobacco France devant le Tribunal Correctionnel au visa notamment des articles L3513-4 et L3515-3 I 11° du Code de la Santé Publique afin:

- qu'il soit jugé que constitue de la propagande ou de la publicité illicite en faveur des produits du vapotage le fait pour la société British American Tobacco France, entre le 1er janvier 2019 et la date de la citation, à Paris et sur l'ensemble du territoire national:
 - *d'éditer le site internet www.govype.com lequel est intégralement constitué par du contenu publicitaire,
 - *d'éditer sur ce site internet le clip publicitaire en faveur de la cigarette électronique « VYPE EPOD », la vidéo relative au festival crossover, l'onglet publicitaire « nouvelle saveur. A rougir de plaisir. Fraise sauvage », l'onglet publicitaire « annonce ta couleur », la mention « disponible en 5 saveurs 18MG/ML » avec la déclinaison des 5 saveurs proposées, le « vype Blog », les textes figurant sous les titres « vype: plaisir prêts à vaper », « pourquoi choisir vype? », et « e-liquides inégalés ».
 - *d'éditer une page intitulée govypefr sur le réseau Instagram accessible en France sur le réseau internet à l'adresse <https://www.instagram/govypefr/>
 - *d'éditer sur la page intitulée govypefr sur le réseau social instagram le contenu publicitaire constaté par procès verbal d'huissier joint à la citation,
 - *d'adresser des courriels électroniques aux clients figurant dans ses listings d'adresses en vue de leur offrir des promotions de toute nature,
- que soit interdite la vente, la distribution, ou l'offre des produits à titre gratuit de la marque « Vype » sur le territoire national,
- que la société British American Tobacco France soit condamnée à verser au CNCT la somme de 2 millions d'euros en réparation du préjudice causé à la lutte contre le tabagisme, avec exécution provisoire,
- que la société British American Tobacco France soit condamnée à verser au CNCT la somme de 10000 euros sur le fondement de l'article 475-1 du Code de Procédure Pénale.

A l'audience du 10 janvier 2022, le CNCT a abandonné sa demande tendant à l'interdiction de la vente, de la distribution ou de l'offre des produits à titre gratuit de la marque Vype sur le territoire national, relevant que cette interdiction n'est prévue à l'article L3515-3-II qu'en cas de récidive.

Le CNCT considère que conformément à la jurisprudence élaborée en matière de publicité illicite pour le tabac, transposable à la question du vapotage, une publicité doit être définie comme toute forme de communication commerciale, quel qu'en soit le support, ayant pour but ou pour effet de promouvoir, directement ou indirectement un produit, et que la société BAT, en multipliant les mentions publicitaires à l'attention d'un jeune public sur son site internet de commercialisation de dispositifs électroniques de vapotage, en lançant la promotion de ses produits sur le réseau social instagram et en utilisant une méthode de fidélisation de ses clients viole la prohibition de l'article L3515-7 du Code de la Santé Publique.

A l'appui de sa citation, le CNCT a produit deux constats d'huissier datés des 10 et 20 décembre 2019 effectués à partir du site internet govype.fr, et un constat d'huissier du 14 avril 2020 relatif à la page instagram govypefr comportant 141 publications et 11000 abonnés. Un autre constat daté du 30 octobre 2020, effectué sur le site internet govype.com a également été produit postérieurement à la délivrance de la citation.

SUR CE le tribunal,

Sur la collégialité:

L'article 398 du Code de Procédure Pénale prévoit que « *Le tribunal correctionnel est composé d'un président et de deux juges.*

(...)

Toutefois, pour le jugement des délits énumérés à l'article 398-1, il est composé d'un seul de ces magistrats exerçant les pouvoirs conférés au président. »

L'article 398-1 du Code de Procédure Pénale indique que « *Sont également jugés dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 398 du présent code les délits pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue, à l'exception des délits de presse. »*

L'article 398-2 du Code de Procédure Pénale dispose que « *Le tribunal correctionnel siégeant dans sa composition prévue par le troisième alinéa de l'article 398 peut, si ce renvoi lui paraît justifié en raison de la complexité des faits ou, au regard notamment des dispositions du dernier alinéa, en raison de l'importance de la peine susceptible d'être prononcée, décider, d'office ou à la demande des parties ou du ministère public, de renvoyer l'affaire devant le tribunal correctionnel siégeant dans les conditions prévues au premier alinéa du même article. Les dispositions de l'alinéa qui précède ne sont alors pas applicables. Cette décision constitue une mesure d'administration judiciaire qui n'est pas susceptible de recours. »*

Dans le cas présent il est allégué de la nouveauté des questions juridiques posées par ces deux actes de poursuite, visant l'interdiction de la publicité directe ou indirecte en faveur des produits du vapotage, qui n'a fait l'objet d'aucune décision des hautes juridictions nationales et européennes eu égard au caractère récent de l'introduction dans le droit positif français de cette interdiction, datant de 2016, contrairement aux questions visant la publicité directe ou indirecte en faveur des produits du tabac qui ont généré de multiples contentieux depuis, notamment, l'entrée en vigueur de la loi Evin en 1991. L'affaire a donc été orientée vers le Tribunal Correctionnel siégeant en sa forme collégiale.

Sur la jonction:

L'article 387 du Code de Procédure Pénale prévoit que « *Lorsque le tribunal est saisi de plusieurs procédures visant des faits connexes, il peut en ordonner la jonction soit d'office, soit sur réquisition du ministère public, ou à la requête d'une des parties. »*

Par application de ce texte, alors que les citations des deux parties civiles visent en grande partie les mêmes faits de publicité et des périodes de prévention qui se recoupent, et sont fondées sur une infraction identique aux interdictions posées par l'article L3513-4 du Code de la Santé Publique, il a été procédé à la jonction des deux citations à l'audience du 10 janvier 2022.

Sur la recevabilité des constitutions de parties civiles:

En matière de citation directe devant le tribunal correctionnel, il est constant que l'irrecevabilité d'une constitution de partie civile met également un terme à l'action publique si celle-ci n'est pas soutenue par le Ministère Public.

En réponse aux éléments présentés par les deux associations, la société BATF a in limine litis soulevé la question de l'irrecevabilité de leur constitution de partie civile au motif:

- d'une part que DNF et le CNCT n'auraient aucun intérêt à agir, l'existence d'un texte d'habilitation ne dispensant pas les associations poursuivantes de la charge de démontrer l'existence d'une atteinte à leur objet social, et leurs statuts ne comportant aucune mention à la lutte contre le vapotage en sus de la lutte contre le tabagisme,
- d'autre part que ces associations n'auraient en tout état de cause aucune capacité à agir puisqu'en

vertu du principe de spécialité des personnes morales elles n'auraient aucune capacité à agir en dehors des strictes limites de leur objet social, ici limité à la lutte contre le tabagisme. La société BATF insiste sur la différence profonde existant entre les produits du tabac et les produits du vapotage, qui ne contiennent pas de tabac, n'ont pas d'impact négatif démontré sur la santé publique et ne sont pas de façon incontestable un mode d'initiation au tabagisme.

L'article 2 du Code de Procédure Pénale prévoit que « *L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction.* »

La recevabilité d'une constitution de partie civile dépend donc de l'intérêt direct et personnel de son auteur à agir. Sur cette base il a longtemps été admis par la Cour de Cassation, initialement dans un arrêt de principe de 1923, que les associations, en l'absence d'une habilitation législative expresse, ne pouvaient pas agir au nom d'une collectivité dépassant celle de l'ensemble de leurs adhérents, ou pour la défense d'un objet social excédant la défense des seuls intérêts individuels de leurs membres.

Afin de contourner cette difficulté, et permettre à des associations ou d'autres groupements de se pourvoir en justice, la solution préconisée par l'arrêt de principe de 1923 a d'abord été largement utilisée: l'habilitation législative.

Il est admis désormais que ce cadre contraint de l'habilitation peut être dépassé pour admettre la recevabilité de l'action associative indépendamment de tout agrément et texte d'habilitation, au regard de l'étendue de son seul objet social: une association a ainsi intérêt à agir dès qu'il existe une atteinte aux intérêts collectifs qu'elle a pour mission de défendre, définis à travers l'objet social décrit dans ses statuts.

L'intérêt de l'habilitation persiste cependant, lorsqu'il s'agit d'éviter tout débat sur l'étendue de l'objet social de l'association. Dans un tel cas, l'habilitation législative confère à la structure habilitée une qualité pour agir, dans les limites de l'habilitation, qui fait présumer son intérêt et ne nécessite plus d'opérer la démonstration prévue par l'article 2 du Code de Procédure Pénale. En matière civile l'article 31 du Code de Procédure Civile précise à ce titre explicitement que « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention - sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ».

En ce sens l'article L3515-7 du Code de la Santé Publique, qui dispose que « *Les associations dont l'objet statutaire comporte la lutte contre le tabagisme, régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits, peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile pour les infractions aux dispositions du présent titre.* », confère automatiquement qualité pour agir dans la lutte contre les produits du vapotage (chapitre III du titre premier intitulé « lutte contre le tabagisme ») aux associations de lutte contre les produits du tabac (chapitre II du même titre), sans qu'il ne soit plus nécessaire de démontrer que l'infraction commise porte une atteinte directe à leur objet social, qui peut être cantonné à la lutte contre le tabagisme.

Le législateur, en faisant le choix d'assimiler dans un même titre répressif (titre premier du livre V du Code de la Santé Publique) 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, et que ces derniers ne pouvaient avoir intégré cette mission à leur objet social au moment où l'édiction des interdictions était transposée en droit français.

Ainsi l'habilitation contenue dans ce texte rend par elle même recevable l'action civile de l'association DNF et du CNCT, sans qu'elles n'aient ni à démontrer que leur objet social englobe explicitement, en sus de la lutte contre le tabagisme, celle contre le vapotage, ni à débattre du bien fondé de l'assimilation entre lutte contre le tabagisme et lutte contre le vapotage, question tranchée à ce stade par le législateur dans l'organisation même du Code de la Santé Publique.

Dans le cas présent ces deux associations produisent leurs statuts aux termes desquels leur objet comporte incontestablement la lutte contre le tabagisme.

La loi, en énonçant que les moyens de lutte contre le tabagisme doivent être en partie appliqués à la lutte contre le vapotage, et en tenant pour acquis que ces produits représentent un danger semblable pour la santé publique, permet également d'affirmer que la lutte contre le tabagisme englobe la lutte contre le vapotage. Par voie de conséquence, en engageant une action pénale pour faire prospérer la lutte contre le vapotage, ni le CNCT ni DNF n'agissent en dehors du cadre fixé par leurs statuts et n'excèdent ainsi les limites de leur capacité à agir.

Elles seront déclarées recevables à agir.

I- SUR L'ACTION PUBLIQUE:

Sur la conventionnalité des dispositions du Code de la Santé Publique relatives à l'interdiction de la publicité en faveur des produits du vapotage:

La société BATF considère qu'une interdiction de la publicité en faveur des produits du vapotage aussi stricte que celle prévue pour les produits du tabac n'est ni nécessaire ni proportionnée au but poursuivi et de ce fait porte une atteinte à la liberté d'expression commerciale du fabricant, contraire aux dispositions de l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et partant à la liberté de commercer. Elle insiste sur les bienfaits du vapotage dans la lutte contre le tabagisme, et sur l'absence de nocivité des produits contenus dans les cigarettes électroniques (la nicotine n'étant en elle même pas cancérigène). Elle conteste ainsi, études à l'appui, que le vapotage soit une porte d'entrée vers le tabagisme, et affirme même que la publicité en faveur de ces produits permettrait de faire connaître au plus grand nombre une voie vers l'arrêt du tabac et serait bénéfique à la santé publique.

L'article L. 3512-4, alinéa 1er du Code de la santé pose un principe d'interdiction de la «*propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac* » dont l'application aux cigarettes électroniques apparues à compter de 2005 a d'abord fait débat en jurisprudence.

Une circulaire du ministère des affaires sociales du 25 septembre 2014 a d'abord détaillé, sous réserve de l'interprétation souveraine des juges, les modalités d'application aux dispositifs électroniques de « vapotage » des dispositions relatives à l'interdiction de la publicité en faveur du tabac et de celles relatives à la publicité en faveur des médicaments à usage humain (Circ. n° DGS/MC2/2014/273, 30 sept. 2014).

La loi de modernisation de notre système de santé (L. n° 2016-41, 26 janv. 2016, art. 23) a ensuite modifié l'article L. 3511-3, alinéa 1er du Code de la santé publique en visant expressément les «*dispositifs électroniques de vapotage* » et les «*flacons de recharge qui leur sont associés* ». L'ordonnance n° 2016-623 du 19 mai 2016 a consacré un chapitre spécifique aux produits du

vapotage qui a repris à l'article L. 3513-4 du Code de la santé publique le principe d'interdiction de la propagande ou de la publicité en faveur de ces produits.

L'article L3513-4 du Code de la santé Publique désormais en vigueur est issu de l'ordonnance n°2016-1812 du 22 décembre 2016.

Ces textes de droit interne ne sont en réalité que la transposition dans le droit français de la directive 2014/40/UE du Parlement Européen et du Conseil du 3 avril 2014 sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes. Le considérant 43 de cette directive annonce que *« les cigarettes électroniques peuvent devenir le point d'entrée d'une dépendance à la nicotine et favoriser au bout du compte la consommation de tabac traditionnel, dans la mesure où elles imitent et banalisent l'action de fumer. C'est la raison pour laquelle il y a lieu d'adopter une approche restrictive en ce qui concerne la publicité pour les cigarettes et les flacons de recharge »*.

Ainsi le choix a été opéré démocratiquement au niveau européen, en l'état des connaissances scientifiques disponibles au moment de l'adoption de cette directive, d'une assimilation presque complète entre les produits du tabac et les produits du vapotage, eu égard au caractère addictif de la consommation de nicotine et à la circonstance que la commercialisation de ce produit n'est pas destinée aux seuls fumeurs suivis médicalement dans l'objectif d'un arrêt total de leur consommation, à titre de dispositif médical d'aide au sevrage, mais à la conquête d'un nouveau public, dans le contexte d'une perte de vitesse manifeste de la vente de tabac.

Si le débat sur les risques présentés pour le grand public, et notamment pour le jeune public, par l'utilisation des produits du vapotage est toujours d'actualité, comme en témoignent les études produites de part et d'autre par les parties, il n'appartient pas au juge judiciaire de se substituer à la représentation nationale ou européenne pour renverser sa politique de santé publique, alors que rien ne vient à ce jour démontrer de manière incontestée que les craintes ayant fondé cette politique sont devenues obsolètes et scientifiquement erronées, ou que les produits du vapotage largement distribués seraient totalement inoffensifs.

En l'état du droit positif, produits du tabac et produits du vapotage sont donc assimilés, comme en témoigne la construction du livre V du Code de la Santé Publique.

L'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme prévoit que :*« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.*

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de la santé ou de la morale (...) »

La Cour Européenne des droits de l'homme a constamment admis sur la base de l'article 10 de la CEDH que des impératifs de santé publique justifiaient que soient interdites ou contrôlées les publicités portant sur les produits de santé, l'alcool ou le tabac, dans le respect de la liberté de communication et de la liberté d'entreprendre.

En effet, si l'annonce commerciale a été rattachée aux discours et idées susceptibles de recevoir la protection de l'article 10 au motif qu'*« elle aussi constitue de l'information puisqu'on ne peut pas nier le droit des opérateurs commerciaux, des entreprises ou individus, de porter à la connaissance du public leurs produits, et le droit du public d'être informé sur l'existence et sur les qualités des produits mis à sa disposition sur le marché »*, cette liberté d'expression commerciale bénéficie d'un degré moindre de protection que le discours politique, d'autres impératifs pouvant conduire à des

restrictions.

Au même titre que l'alcool, le tabac suscite des préoccupations de santé publique qui justifient des atteintes à la liberté de communication. Selon la Cour *« Compte tenu de l'importance de la protection de la santé publique, de la nécessité de lutter contre le fléau social que constitue, dans nos sociétés, le tabagisme, du besoin social impérieux d'agir dans ce domaine, et de l'existence d'un consensus européen sur la question de l'interdiction de la publicité en faveur du tabac, la Cour considère que les restrictions apportées en l'espèce à la liberté d'expression des requérants répondait à un tel besoin, et n'étaient pas disproportionnées au but légitime poursuivi. Eu égard à ce qui précède, l'ingérence litigieuse peut passer pour « nécessaire dans une société démocratique ». Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention. »* (CEDH, 5 mars 2009, n° 26935/05, SCPE et Ponson c/ France. Et même date n°13353/05 Hachette Filipacchi Presse automobile et Dupuy c/ France).

Par conséquent, de la même manière que la restriction apportée à la liberté d'information par application des articles L. 3511-3 et L. 3512-4 du Code de la santé publique est nécessaire et proportionnée au but légitime de protection de la santé publique poursuivi par le législateur, et n'est donc pas contraire à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, la restriction apportée à cette même liberté par l'article L3513-4 du Code de la Santé Publique n'est pas non plus contraire à l'article 10.

Sur la caractérisation de l'infraction:

1) sur l'élément légal:

L'article L3513-4 du Code de la Santé Publique qui dispose que *« La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des produits du vapotage est interdite. (...) Toute opération de parrainage ou de mécénat est interdite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité directe ou indirecte en faveur de produits du vapotage. »*

L'article L3515-3 du même code prévoit en conséquence que:

I.-Est punie de 100 000 euros d'amende :

(...)

11° Toute propagande ou publicité, directe ou indirecte, en faveur des produits du vapotage en méconnaissance de l'interdiction prévue à l'article L. 3513-4 ;

(...)

20° Le fait d'utiliser, sur les unités de conditionnement ainsi que sur tout emballage extérieur de produits du vapotage contenant de la nicotine, un message, un symbole, une marque, une dénomination commerciale, un signe figuratif ou tout autre élément ou dispositif qui :

a) Contribue à la promotion des produits du vapotage ou incite à leur consommation en donnant une impression erronée quant aux caractéristiques, effets sur la santé, risques ou émissions du produit ;

b) Suggère que le produit est moins nocif que d'autres ou vise à réduire l'effet de certains composants nocifs de la fumée ou présente des propriétés vitalisantes, énergisantes, curatives, rajeunissantes, naturelles, biologiques ou a des effets bénéfiques sur la santé ou le mode de vie ;

c) Ressemble à un produit alimentaire ou cosmétique ;

d) Suggère que le produit est plus facilement biodégradable ou présente d'autres avantages pour l'environnement ;

e) Suggère un avantage économique au moyen de bons imprimés, d'offres de réduction, de distribution gratuite, de promotion de type " deux pour le prix d'un " ou d'autres offres similaires ;

(...)

II.-Pour les infractions pénales mentionnées au I, est encourue la peine complémentaire de confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, en application de l'article 131-21 du code pénal.

III.-La récidive est punie d'une amende de 200 000 €. En cas de récidive, le tribunal peut, en outre, prononcer l'interdiction pendant une durée inférieure ou égale à cinq ans, de la vente des produits qui ont fait l'objet de l'opération illégale.

Le tribunal ordonne, s'il y a lieu, la suppression, l'enlèvement ou la confiscation de la publicité interdite aux frais des délinquants.

La cessation de la publicité peut être ordonnée soit sur réquisition du ministère public, soit d'office par le juge d'instruction ou le tribunal saisi des poursuites. La mesure ainsi prise est exécutoire nonobstant toutes voies de recours. Mainlevée peut en être donnée par la juridiction qui l'a ordonnée ou qui est saisie du dossier. La mesure cesse d'avoir effet en cas de décision de non-lieu ou de relaxe.

(...) ».

-Sur la notion de publicité:

La société BATF défend les contenus de son site internet et de sa page instagram en évoquant d'une part qu'il ne s'agit que de communications commerciales « amélioratives » nécessaires pour la commercialisation d'un produit qui peut valablement être vendu par internet, d'autre part que la notion de publicité pour les produits du vapotage doit être interprétée plus soupagement que celle de publicité pour les produits du tabac eu égard au caractère moins nocif du produit et à son rôle dans l'arrêt de la consommation du tabac.

Ce second argument sera écarté suivant les motifs énoncés ci-dessus, la loi assimilant produits du tabac et produits du vapotage dans le cadre d'un choix européen de politique de santé publique qu'il n'appartient au juge judiciaire de remettre en cause, compte tenu de débats persistants portant sur la dangerosité de ces produits. Ainsi la notion de publicité telle qu'elle a été élaborée dans le cadre des décisions rendues sur la publicité des produits du tabac est parfaitement applicable à la réglementation de la publicité des produits du vapotage, l'article L'article L3513-4 du Code de la Santé Publique reprenant d'ailleurs presque mot pour mot l'article L3512-4 du même code prohibant la publicité en faveur du tabac.

Sur le premier argument, la Chambre Criminelle a défini de façon constante la notion de publicité comme « *toute forme de communication commerciale, quel qu'en soit le support, et toute diffusion d'objet, ayant pour but ou pour effet de promouvoir, directement ou indirectement* » un produit (notamment Crim 3 mai 2006 n°05-85.089; Chambre criminelle, 21 Février 2017 – n° 15-87.688). En l'état du droit positif cette définition développée à propos des produits du tabac est donc parfaitement applicable à la publicité en faveur des produits du vapotage.

Cette définition s'inspire de celle développée par la directive communautaire 2003/33/CE du 26 mai 2003 sur la publicité et le parrainage en faveur des produits du tabac qui définit, en son article 2, la publicité comme « *toute forme de communication commerciale qui a pour but ou pour effet direct ou indirect de promouvoir un produit du tabac* ».

Ces définitions reprennent celle de la convention cadre de l'OMS pour la lutte anti-tabac qui précise en son article 1c) que « *on entend par publicité en faveur du tabac et promotion du tabac toute forme de communication, recommandation ou action commerciale ayant pour but, effet ou effet vraisemblable de promouvoir directement ou indirectement un produit du tabac ou l'usage du tabac* »

L'article 20 de la directive N°2014/40/UE cette fois applicable aux produits du vapotage, entendus comme produits annexes du tabac, prévoit que *« les Etats Membres veillent à ce que les communications commerciales dans les services de la société de l'information, dans la presse et dans d'autres publications imprimées, qui ont pour but ou effet direct ou indirect de promouvoir les cigarettes électroniques et les flacons de recharge, soient interdites, à l'exception des publications destinées exclusivement aux professionnels du commerce des cigarettes électroniques ou des flacons de recharge et des publications imprimées et éditées dans des pays tiers et non principalement destinées au marché de l'Union. »*

La notion de publicité est donc très large, et recouvre tout acte ou image ou communication audio ou vidéo dont le but ou l'effet est la promotion du produit, soit l'incitation à sa consommation. La Cour Européenne a d'ailleurs adopté cette définition large de la publicité : elle a considéré qu'elle n'a *« pas à juger de l'impact réel de l'interdiction de la publicité, y compris indirecte, sur la consommation du tabac. Que la publication litigieuse soit considérée comme susceptible d'inciter à la consommation, en particulier les jeunes, lui paraît être un motif "pertinent" et "suffisant" pour justifier l'ingérence »* (CEDH, 5 mars 2009, n° 26935/05, Ponson c/ France, § 58 – CEDH, 5 mars 2009, n° 13353/05, Hachette Filipacchi c/ France, § 48).

Contrairement à ce qu'avance la société BATF en soutenant qu'un produit ne peut être vendu sans communication commerciale « méliorative », il est parfaitement possible de commercialiser un produit sans en faire la promotion ni inciter le consommateur à l'achat, par l'utilisation de stratégies de communication reposant sur des ressorts psychologiques sans rapport avec les qualités intrinsèques du produit (bien être, santé, plaisir, convivialité...). Si l'article D3513-1 du Code de la Santé Publique permet explicitement la commercialisation des cigarettes électroniques et de leurs flacons de recharge par le biais d'internet, à la différence des produits du tabac, il est possible d'offrir au consommateur déjà décidé à l'achat de produits du vapotage la consultation d'un simple site internet vitrine, neutre, qui expose visuellement les produits et les décrit objectivement, et ne bénéficie d'aucun relai publicitaire sur d'autres sites ou pages fréquentées par les internautes permettant de cibler des publics particuliers et de les attirer vers un site de vente qu'ils n'auraient pas consulté sans sollicitation. La société BAT commercialise d'ailleurs à ce jour son produit sur internet sous une nouvelle appellation Vuse, par l'intermédiaire d'un site dont la sobriété démontre qu'elle est parfaitement en mesure de comprendre la notion de communication commerciale illicite.

En ce qui concerne les produits du vapotage contenant de la nicotine, l'article L3513-18 du Code de la Santé Publique liste précisément les mentions interdites sur les étiquetages et emballages. Ce texte spécial, qui ne saurait être interprété comme fournissant une liste limitative de mentions publicitaires prohibées, énumère cependant une litanie illustrative de mentions qui peuvent déjà en elles même être considérées comme promouvant le produit et donc interdites. Des communications reprenant ces mêmes éléments sur des supports distincts de l'emballage même du produit ne sauraient par conséquent être licites.

L'article L3513-18 dispose en effet que *« I.-L'étiquetage des unités de conditionnement, tout emballage extérieur ainsi que le produit du vapotage contenant de la nicotine proprement dit ne peuvent comprendre aucun élément ou dispositif qui :*

1° Contribue à la promotion des produits du vapotage ou incite à leur consommation en donnant une impression erronée quant aux caractéristiques, effets sur la santé, risques ou émissions du produit ;

2° Suggère que le produit est moins nocif que d'autres ou vise à réduire l'effet de certains composants nocifs de la fumée ou présente des propriétés vitalisantes, énergisantes, curatives,

rajeunissantes, naturelles, biologiques ou a des effets bénéfiques sur la santé ou le mode de vie ;

3° Ressemble à un produit alimentaire ou cosmétique ;

4° Suggère que le produit est plus facilement biodégradable ou présente d'autres avantages pour l'environnement ;

5° Suggère un avantage économique au moyen de bons imprimés, d'offres de réduction, de distribution gratuite, de promotion de type deux pour le prix d'un ou d'autres offres similaires.

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

L'article L3515-3 20° réprime ainsi pénalement de la même peine de 100000 euros d'amende la violation de ce texte en reprenant le listing précédent in extenso.

-Sur la notion d'affichettes:

La société BATF affirme subsidiairement, pour défendre les communications commerciales figurant sur son site internet, que les textes et visuels diffusés sur celui-ci et sur sa page instagram peuvent correspondre à la notion d'affichette, appliquée au cas du magasin virtuel, modalité de publicité expressément autorisée par la loi, puisque seul le consommateur qui se rend sur le site internet est en mesure de voir ce qui s'y trouve, de la même manière que seul le consommateur qui se rend dans un magasin physique est en mesure de voir l'affichette qui y est disposée, invisible de l'extérieur.

L'article L3513-4 du Code de la Santé Publique qui dispose que « *La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des produits du vapotage est interdite.* » prévoit trois exceptions à cette prohibition.

« Ces dispositions ne s'appliquent pas :

1° Aux publications et services de communication en ligne édités par les organisations professionnelles de producteurs, fabricants et distributeurs des produits du vapotage, réservés à leurs adhérents, ni aux publications professionnelles spécialisées dont la liste est établie par arrêté ministériel signé par les ministres chargés de la santé et de la communication ; ni aux services de communication en ligne édités à titre professionnel qui ne sont accessibles qu'aux professionnels de la production, de la fabrication et de la distribution des produits du vapotage ;

2° Aux publications imprimées et éditées et aux services de communication en ligne mis à disposition du public par des personnes établies dans un pays n'appartenant pas à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen, lorsque ces publications et services de communication en ligne ne sont pas principalement destinés au marché communautaire ;

3° Aux affichettes relatives aux produits du vapotage, disposées à l'intérieur des établissements les commercialisant et non visibles de l'extérieur.

Toute opération de parrainage ou de mécénat est interdite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité directe ou indirecte en faveur de produits du vapotage. »

L'article D3513-1 Code de la Santé Publique placé dans le chapitre de la partie réglementaire intitulée « produits du vapotage » précise néanmoins que « *Une affiche rappelant les dispositions de l'article L. 3513-5 (l'interdiction de vente aux mineurs) est placée à la vue du public dans les établissements des débitants de tabac, tous commerces, lieux publics ou distributeurs vendant ces produits.*

Lorsque le produit est vendu en ligne, les dispositions de l'article L. 3513-5 sont rappelées sur un bandeau d'information s'affichant en permanence sur la page internet de paiement en ligne du produit. »

Le mode de rédaction de ce texte démontre bien que la notion d'établissement figurant simultanément aux articles L3513-4 et D3513-1 n'est susceptible de s'appliquer qu'aux établissements physiques puisqu'il distingue parfaitement « *les établissements des débiteurs de tabac, tous commerces, lieux publics ou distributeurs vendant ces produits* » et le cas où le produit est vendu en ligne. La notion d'affichette doit donc être entendue au sens strict et ne concerne que les affiches papier.

Au surplus les exceptions visées à l'article précité mentionnent d'abord deux exceptions s'appliquant aux services de communication en ligne qui ne peuvent publier de publicité que s'ils s'adressent aux professionnels ou s'ils sont mis en place par des sociétés basées hors de l'Union Européenne à destination d'un public principalement non européen. La troisième exception ne concerne donc pas les services de communication en ligne, mais seulement les établissements physiques.

Aucune communication commerciale promouvant le produit ne peut donc être considérée comme une affichette licite si elle figure sur le site internet de vente des produits du vapotage.

2) sur l'élément matériel:

Il doit d'abord être rappelé que les produits Vype sont des produits de vapotage, tels que définis par l'article L. 3513-1 du code de la santé publique et qu'à ce titre l'interdiction de propagande ou de publicité, directe ou indirecte, s'applique aux produits à ces derniers. La société BATF ne le conteste pas, même si elle critique l'opportunité de ce dispositif législatif.

-sur le site govype.com:

Le CNCT soutient que le site govype.com a été conçu comme un site publicitaire et n'a d'autre fonction que d'assurer la promotion des produits de la société BATF, que par conséquent il doit être déclaré en lui-même illicite.

Il a néanmoins été rappelé que l'article D3513-1 du Code de la Santé Publique permettait la vente par internet de dispositifs de vapotage. La société BATF procède à la vente par internet de ses produits Vype par l'intermédiaire exclusivement de son site govype.com. Le site internet ainsi dénommé ne saurait donc en lui-même être déclaré illicite puisque la loi l'autorise, à condition qu'il soit épuré de toute publicité illicite.

-sur le contenu du site govype.com:

Le CNCT produit deux constats d'huissier datés des 10 et 20 décembre 2019 réalisés par l'étude de Maître THOMAZON sur le site internet govype.com qui attestent à ces deux dates de la réalité des publications litigieuses visées à la prévention.

Sans qu'il ne soit nécessaire d'entrer dans le détail descriptif des publications contestées, alors que la société BATF reconnaît elle-même implicitement que ces publications sont illicites en produisant des constats d'huissier des 25 et 30 juin 2020 attestant de leur suppression, on peut observer que:

-le clip vidéo en faveur de la cigarette électronique VYPE EPOD rapproche la consommation de cigarettes électroniques d'un contexte jeune et festif et en fait un objet de mode et de décontraction, l'objectif de cette publication, qui vise un public jeune, étant clairement incitative. Cette vidéo était retirée le 30 juin 2020.

-le clip vidéo du festival crossover qui met en scène des jeunes décontractés et à la mode, aimant la fête et la musique ainsi que les cigarettes électroniques, poursuit le même objectif incitatif. Cette

vidéo était retirée le 25 juin 2020.

-l'onglet publicitaire « *nouvelle saveur. A rougir de plaisir. Fraise sauvage* » fait écho à la prohibition de toute assimilation des produits du vapotage avec un produit alimentaire visée par l'article l'article L3513-18. Cette mention était retirée le 25 juin 2020.

-l'onglet publicitaire « *annonce ta couleur* » qui vise à séduire le consommateur par la personnalisation de son produit incite ainsi à la consommation par le biais d'un argument esthétique. Cette mention était retirée le 25 juin 2020.

-la mention des différents saveurs des recharges « *blend doré* », « *saveur fraise sauvage* », « *fusion fruits des bois* », « *mangue tropicale* » fait également écho à la prohibition de toute assimilation des produits du vapotage avec un produit alimentaire visée par l'article l'article L3513-18.

-le « *vype blog* » qui comporte des conseils bien-être (relaxation, conseils nutritionnels et sportifs...) fait ainsi implicitement un rapprochement entre le vapotage et une vie équilibrée et en bonne santé, et comporte par conséquent sans contestation possible des mentions incitatives à la consommation « *en donnant une impression erronée quant aux caractéristiques, effets sur la santé, risques ou émissions du produit* » ou en suggérant « *que le produit est moins nocif que d'autres ou vise à réduire l'effet de certains composants nocifs de la fumée ou présente des propriétés vitalisantes, énergisantes, curatives, rajeunissantes, naturelles, biologiques ou a des effets bénéfiques sur la santé ou le mode de vie* », mentions prohibées sur l'emballage de produits nicotiques et a fortiori sur n'importe quel autre support. Les articles litigieux ont été supprimés selon constat du 25 juin 2020 produit en défense.

-les textes figurant sous les titres « *vype: plaisirs prêts à vaper* » « *pourquoi choisir Vype?* » et des « *e-liquides inégalés* », évoquent une « *expérience* » et un plaisir inégalés, un produit qui s'adapte à son consommateur et lui ressemble, autant d'arguments publicitaires incitant le consommateur à se laisser tenter pour des motifs sans lien avec les caractéristiques essentielles et objectives du produit. Ces mentions étaient retirées le 25 juin 2020.

L'association DNF, qui produit également un constat d'huissier daté du 15 novembre 2019, évoque les mêmes publications du site govype.com, comportant des références à l'esthétique, au plaisir, à la liberté et à l'évasion, à des produits alimentaires bénéfiques pour la santé, à des pratiques de vie et sportives saines, mentions dont il est suffisamment démontré qu'elles sont illicites.

Elle conteste également à bon droit l'intitulé du site internet Govype.com, qui est en lui-même une incitation à consommer des produits du vapotage, les mises en scène sur ce site de l'arrivée de nouveaux parfums évoquant une ambiance festive pour associer illicitement la consommation du produit à la jeunesse, au plaisir et à la décontraction, les références au « *mois sans tabac* » (le mois de novembre) laissant présumer que les produits du vapotage sont un atout majeur de la lutte contre le tabagisme, information partielle et partielle occultant l'objectif majeur de conquête de nouvelles parts de marché chez les jeunes non-fumeurs, et les références aux propriétés « *naturelles* » de la nicotine délivrée laissant supposer que la cigarette électronique est bénéfique pour la santé, le tout en violation manifeste des dispositions du texte précité L3513-18 du Code de la Santé Publique et notamment de la prohibition visée au premier paragraphe des mentions qui « *Contribue(nt) à la promotion des produits du vapotage ou incite à leur consommation en donnant une impression erronée quant aux caractéristiques, effets sur la santé, risques ou émissions du produit* ».

Le CNCT et l'association DNF démontrent donc que l'ensemble des publications critiquées sur le site internet govype.com correspondent bien à des publications illicites au regard des textes visés.

Si une partie de ces publications a été supprimée ou modifiée depuis la date de ces premiers constats et que les commentaires du blog ont été revus pour se recentrer sur le produit, le contenu

du site étant mouvant, le dernier constat, daté du 30 octobre 2020 et réalisé par le CNCT permet d'observer que malgré les retraits opérés, il persiste des mentions illicites relatives à la promotion de saveurs fruitées assorties de jeux de mot évoquant la fraîcheur, la détente, le voyage, une expérience extraordinaire (cassis on ze banquise, pomme on the rocks, mangue tropicale, « *fin des cigarettes mentholées, et si c'était le début d'une nouvelle expérience de fraîcheur?* » « *préparez vous pour le grand frisson experimenthe* »), à la personnalisation du produit mettant en valeur le consommateur (« *vous avez du goût, tout comme Epod, c'est pour cela qu'il est satisfaisant* »), à la présence de visuels évoquant la jeunesse et la fête.

L'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 7 octobre 2021 note à ce titre, à propos des mentions figurant sur le site et constatées par l'huissier le 30 octobre 2020, sans qu'il ne soit utile d'y ajouter:

« elles ne se limitent pas à renseigner le consommateur sur les caractéristiques objectives et essentielles de ses produits de vapotage, relativement à "leur nature, composition, utilité, conditions d'utilisation ou modalités de vente". Au contraire, elles constituent à l'évidence des messages à caractère publicitaire visant à promouvoir les produits du vapotage vendus sur le site "govype.com.fr" et à encourager leur consommation. En effet, eu égard à leurs contenus et libellés tels qu'ils apparaissent sur le constat du 30 octobre 2020 mais également sur celui du 3 novembre 2020 produit par l'appelante, les mentions litigieuses ont à l'évidence pour objectif ou pour effet de:

- valoriser la qualité et la sécurité des produits et à mettre ainsi en confiance le potentiel acheteur, sous couvert notamment d'une validation scientifique ou par les consommateurs eux-mêmes (exemples : "la qualité, notre priorité"; "championne des français", "Vype est un pionnier dans la science du vapotage"; "la qualité au coeur de la conception", "rencontrer nos scientifiques experts en vapeur"; "comment est testée la qualité de nos cigarettes électroniques?"; "notre directeur de la recherche scientifique parle de nos ingrédients et des tests de sécurité"),*
- vanter les sensations pouvant être attendues de la consommation des produits, notamment dans l'onglet "experimenthe" (exemples: "préparez-vous au grand frisson", "la fraîcheur est à l'honneur") ou encore en évoquant leur intensité et le bien-être perçus par le consommateur (ex : "vapeur plus riche, format compact", "inspiration illimitée"),*
- encourager la consommation en mettant en avant les avantages du programme de fidélisation et la simplicité de l'acte d'achat (exemples : "abonnez-vous & faites des économies", "un abonnement flexible; modifiez-le, mettez le en pause ou arrêtez-le librement"),*
- mettre en avant les avantages du produit par une comparaison au tabac (exemples : "vapoter peut coûter en moyenne 3 fois moins cher qu'un simple paquet de cigarettes traditionnelles", "fin des cigarettes mentholées: et si c'était le début d'une nouvelle expérience de fraîcheur")*
- associer le produit à une image moderne, éco-responsable et dynamique du consommateur (exemples : "restez connecté", "améliorer la collecte des capsules et d'e-cigarette", l'article en page 82 du constat).*

Elles constituent ainsi de manière évidente des slogans publicitaires tendant à promouvoir les produits du vapotage de la société BATF et à inciter à une consommation régulière à travers notamment un programme de fidélisation supposé économique (...)

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que les mentions publicitaires dénoncées par le CNCT sur la base du constat d'huissier de justice du 30 octobre 2020 constituent une violation manifeste de l'interdiction de toute publicité en faveur desdits produits prévue par l'article L. 3513-4 3° du code de la santé publique, caractéristique d'un trouble manifestement illicite que le premier juge a justement fait cesser en ordonnant la suppression des mentions litigieuses qui seront précisées dans le dispositif du présent arrêt. »

L'infraction de publicité illicite a donc persisté au delà de la délivrance de la citation, et, dès lors que le délit de publicité directe ou indirecte en faveur des produits du tabac est une infraction continue, jurisprudence élaborée en matière de produits du tabac et applicable aux produits du vapotage, il sera donc jugé que, s'agissant du contenu du site govype.com, elle est caractérisée entre le 15 novembre 2019, date du premier constat, et le 29 septembre 2020 date de la seconde citation délivrée par le CNCT.

-sur la page instagram govypefr:

Le CNCT produit deux constats datés des 14 avril 2020 et 13 mai 2020 relatifs à la page instagram govypefr, que la société BATF ne conteste pas avoir édité pour servir de simple interface du site de vente selon elle.

Sans même qu'il ne soit nécessaire de détailler en quoi les mentions de cette page doivent être caractérisées de publicités illicites, il y a lieu d'observer que si la vente de produits du vapotage est autorisée sur internet, la page instagram govypefr n'est pas une interface de vente du produit.

Sa seule utilité est de diffuser le plus largement possible les publications successivement mises en ligne sur la page (141 à la date du constat), par l'utilisation de tous les mécanismes exponentiels de diffusion de l'information utilisés par les réseaux sociaux (abonnement des internautes à hauteur de 11000 selon le constat, relai des publications sur la propre page des internautes ayant commenté la page concernée assurant une diffusion démultipliée du message, mécanismes de référencement et de ciblage des publicités, usage des hashtags par les internautes dans leurs propres publications, pratiques rémunérées des influenceurs acceptant de faire la promotion d'un produit...). Une page instagram dédiée à la promotion d'un produit est donc nécessairement une publicité.

Par conséquent, la mise en ligne d'une page instagram dédiée aux produits du vapotage doit être jugée comme illicite.

-sur le site whatwesees.com:

L'association DNF produit des captures d'écran du site whatwesees.com et une pièce 14 attestant de la mise en place par la marque Vype d'un partenariat avec des artistes musicaux pour la diffusion sur internet de clips musicaux comportant le logo Vype lors du premier confinement, au mois d'avril 2020.

Cette démarche, qui vise à diffuser le plus largement possible le logo Vype en rémunérant des artistes pour que la marque puisse profiter de l'impact positif de leur propre image et réputation à l'égard d'un public jeune, représentant le coeur de cible des produits du vapotage, correspond indubitablement à de la publicité illicite, dont l'objectif est de populariser un produit et de l'associer à des valeurs positives de mode et de détente sans aucun lien avec les caractéristiques essentielles de celui-ci.

-sur le mailing:

Le CNCT reproche à la société BATF ses méthodes de commercialisation agressives et intrusives et notamment l'utilisation de courriels répétitifs et publicitaires adressés aux consommateurs.

Il y a lieu à nouveau de rappeler les énumérations non exhaustives de l'article L3513-18 du Code de la Santé publique, susceptibles d'orienter le juge dans la détermination de ce qui doit être considéré

comme une publicité illicite en matière de produits du vapotage. Ainsi sont prohibées sur les étiquetages et emballages de produits nicotiques les mentions qui « *Suggère(nt) un avantage économique au moyen de bons imprimés, d'offres de réduction, de distribution gratuite, de promotion de type deux pour le prix d'un ou d'autres offres similaires.* » ou qui « *Suggère(nt) que le produit est moins nocif que d'autres ou vise à réduire l'effet de certains composants nocifs de la fumée ou présente des propriétés vitalisantes, énergisantes, curatives, rajeunissantes, naturelles, biologiques ou a des effets bénéfiques sur la santé ou le mode de vie ;* »

Les pratiques décrites par le CNCT sont donc là encore des modalités de publicité illicites des produits de la marque Vype, en ce qu'elles visent clairement à inciter les consommateurs occasionnels ou réguliers qui ont du donner leur adresse mail au moment d'une commande sur le site à poursuivre leur consommation, et notamment celles annonçant la livraison gratuite en 24H chrono sur tout le site, ou celles orientant les consommateurs de tabac vers une « *alternative moins nocive et aussi intense* » et les consommateurs de tabac mentholé vers la saveur menthe des produits vype, avec pour objectif de les maintenir dans une consommation de fumée et dans une pratique, quelle qu'elle soit, qui préserve les parts de marché des industriels du secteur.

Le CNCT produit une pièce 12 correspondant à la copie de courriels adressés par l'adresse vypefr@govype.com dont la société BATF ne conteste pas qu'ils sont issus du site internet dont les publications ont fait l'objet des constats cités précédemment.

3) sur l'imputabilité:

Pour engager la responsabilité d'une personne morale, en application de l'article 121-2 du code pénal, le tribunal doit établir que les faits reprochés résultent de l'action ou de l'abstention d'un organe ou représentant de la société prévenue, ou d'une personne physique détentrice d'une délégation de pouvoir au sein de la personne morale, à condition que les faits aient été commis pour le compte de cette dernière.

La société BATF est propriétaire, auteur et éditrice du site en ligne govype.com sur lequel elle commercialise les produits Vype pour lesquels elle bénéficie d'une licence de la société British American Tobacco dont elle est une filiale, et de la page instagram govypefr, ce qu'elle n'a pas contesté.

Les infractions listées ci-dessus et afférentes au contenu du site internet, à la page instagram et aux diffusions de courriels provenant du site govype.com ont donc nécessairement été commises par le représentant de la société BATF Monsieur Pierre Georges DURINCK, à son profit et pour son compte.

Elle ne peut sérieusement affirmer ne pas avoir eu l'intention de commettre ces infractions aux règles de la publicité, en se méprenant sur leur sens et en souhaitant simplement commercialiser au mieux ses produits sur son site internet, dès lors que les textes européens et nationaux sont sans ambiguïté dans leur assimilation des produits du vapotage et du tabac. La société BATF a en outre lancé son site internet et la marque Vype courant 2015 alors qu'elle savait pertinemment que la réglementation européenne adoptée en 2014 allait être transposée en France. Elle a donc sciemment utilisé cette espace temporel pour développer une communication agressive destinée à populariser ses produits et à inonder ce segment du marché. Elle connaissait parfaitement les sanctions encourues du fait de son expérience dans la commercialisation du tabac, visé par les mêmes règles d'interdiction de la publicité. Ces infractions lui sont donc imputables et elle en sera déclarée coupable.

La société BATF conteste en revanche être l'éditrice du site whatwesees.com et à l'origine du partenariat la liant aux artistes qui ont diffusé le logo Vype dont elle indique ne pas être propriétaire. Aucun élément n'a été produit pour démontrer que les publications effectuées sur ce site, ou à tout le moins l'organisation de ce partenariat et de sa diffusion aurait été mis en place par un organe ou représentant de la société BATF. Elle sera donc relaxée de ce chef.

Sur la peine:

L'article 130-1 du code pénal précise les fonctions de la peine : punitive, dissuasive et réparatrice, elle doit concilier protection de la société et de l'intérêt des victimes ainsi que la réinsertion du condamné : « *Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonction :*

1° de sanctionner l'auteur de l'infraction ;

2° de favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion »

Aux termes de l'article 132-1 du code pénal « *Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée [...] Le Tribunal détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale* ».

Ainsi, avant d'examiner la situation personnelle de la société BATF, il y a lieu de rappeler que la peine doit conserver une fonction dissuasive et réparer le trouble causé à l'ordre public par les auteurs de l'infraction.

Le tribunal se doit de tenir compte que la législation concernant la publicité pour le tabac et les produits associés répond à des objectifs de santé publique et d'ordre public, afin d'éviter la consommation excessive de produits à l'origine de maladies particulièrement graves prises en charge par la collectivité, et de trafics divers et variés, incluant la contrefaçon, liés aux addictions que ces produits entraînent.

Les producteurs de tabac étaient parfaitement au fait de cette réglementation restrictive pour avoir fait l'objet de plusieurs condamnations dans le cadre de l'interdiction de la publicité relative au tabac. En se plaçant sur ce nouveau segment du marché pour renouveler leur clientèle et maintenir leur chiffre d'affaires dans un contexte de forte baisse de la consommation du tabac, ils ne peuvent sérieusement et sans cynisme arguer de leur participation à la lutte contre le tabagisme, quant il s'agit en réalité de conserver et de fidéliser leur clientèle de consommateurs sur de nouveaux produits, et d'acquérir de nouvelles parts de marché, et qu'ils continuent parallèlement à tirer la majeure partie de leur chiffre d'affaires des produits du tabac.

La surface financière de ces industriels du tabac leur a permis de se lancer dans des campagnes massives de publicité en faveur des produits de vapotage et de monopoliser presque exclusivement ce marché avant même que la publicité n'en soit interdite.

Ces campagnes de publicité ont été maintenues malgré l'adoption par l'Europe de la directive de 2014, à la faveur des atermoiements de la jurisprudence, démunie entre 2014 et 2016 de textes répressifs adaptés à ces nouveaux produits, alors même qu'ils avaient parfaitement conscience d'une entrée en vigueur prochaine de ces interdictions de publicité sur le territoire français et du montant des sanctions encourues, ayant déjà éprouvé la jurisprudence judiciaire sur la question de l'interdiction de la publicité pour les produits du tabac.

La sanction doit être à la hauteur des sommes conséquentes engagées dans cette bataille de la communication, qu'ils ont remportée, et des enjeux que représente ce segment du marché.

La société BATF a déjà été condamnée le 7 octobre 2011 à la peine de 10000 euros d'amende pour infraction aux règles de la publicité relative aux produits du tabac, amende réglée le 13 août 2014. Elle a été à nouveau condamnée du même chef le 12 septembre 2013 à la peine maximale de 100000 euros d'amende sur appel d'une décision prononcée le 5 octobre 2012 pour des faits multiples recouvrant la période du mois de janvier 2010. L'amende a été réglée le 12 novembre 2013.

Compte tenu des enjeux et des profits générés par cette publicité, de la prévisibilité de la présente décision, eu égard aux textes indiscutables pris par la communauté européenne puis par la France dans le domaine des produits du vapotage depuis 2014, de l'expérience acquise dans ce domaine par la société BATF et de ses antécédents judiciaires, de la persistance pendant plusieurs mois de la diffusion des publications illicites, la peine d'amende qui doit être prononcée ne saurait être inférieure au maximum encouru, soit 100000 euros d'amende.

II – SUR L'ACTION CIVILE:

Le CNCT, qui se constitue partie civile sollicite la somme de 2 millions euros de dommages intérêts et 10000 euros au titre de ses frais de défense outre l'exécution provisoire de la décision à intervenir sur les intérêts civils.

L'association DNF qui se constitue partie civile sollicite la somme de 200000 euros de dommages intérêts et 12390 euros au titre de ses frais de défense outre l'exécution provisoire de la décision et la condamnation de la société BATF aux dépens.

Le CNCT a été reconnu d'utilité publique le 9 février 1977. Il est habilité à poursuivre judiciairement les infractions aux dispositions des articles L 3511-1 et suivants du code de la santé publique. Il justifie lutter depuis sa création sur l'ensemble du territoire national, contre le tabagisme et l'addiction. Son action est donc recevable comme indiqué préalablement.

L'association DNF a également été reconnue d'utilité publique et est également habilitée par la loi à agir dans la lutte contre le vapotage, eu égard au contenu de ses statuts.

Il est incontestable que les délits commis portent atteinte aux intérêts de santé publique que le CNCT et l'association DNF protègent. Les délits commis sont la négation de toutes leurs actions.

Le CNCT réclame une somme conséquente qui correspondrait selon lui à un principe de réparation médiatique, lui permettant de mener une contre-offensive publicitaire de même envergure que celle engagée par la société BATF. Il chiffre sa demande au regard du nombre de publications par abonné effectuées sur instagram (plus de 1,5 millions de vues), du nombre de consommateurs visés par la société BAT dans le monde d'ici à 2050 (50 millions), enfin du bénéfice de 6 millions d'euros environ généré par la société BATF en 2017, en augmentation de plus de 30% par rapport à l'année précédente.

L'association DNF évoque quant à elle sa représentativité et ses frais engagés pour lutter efficacement contre le tabagisme, à hauteur de 80% de son budget annuel, ainsi que ce même principe de réparation médiatique, en le chiffrant cependant à une somme inférieure que le CNCT. Elle ajoute que la CNAM l'a subventionnée à hauteur de 300000 euros sur 4 ans pour assurer la diffusion sur les réseaux sociaux de messages de prévention. Elle évoque le lancement en grande

pompe du site govype.com en 2015, alors que l'interdiction de la publicité pour les produits du vapotage devait entrer en vigueur en France suite à l'adoption de la directive de 2014.

Les documents comptables produits par le CNCT démontrent qu'il a bénéficié en 2020 de 500000 euros environ de subventions et de 150000 euros environ de dommages et intérêts issus de ses actions judiciaires. Ses ressources et ses charges s'équilibrent à environ 2 millions d'euros par an. 80% de son budget est consacré à ses projets et missions et 20% à ses actions judiciaires.

L'association DNF a justifié quant à elle de subventions annuelles en 2020 avoisinant les 400000 euros, et d'un budget annuel de 500000 euros.

Aucun élément plus précis ne permet de chiffrer les frais consacrés à la lutte précise contre le vapotage menée parallèlement au développement de ces nouveaux produits par ces deux structures et au montant des projets destinés à cette mission.

Par arrêt du 7 octobre 2021 la Cour d'appel de Paris a accordé au CNCT une provision de 30000 euros à valoir sur son préjudice moral en évoquant « *la stratégie et la puissance marketing mise en oeuvre par la société BATF, filiale du groupe à dimension internationale British American Tobacco, à travers les slogans publicitaires présents sur son site internet qui porte en soi atteinte à sa mission et l'oblige à renforcer ses mesures de vigilance ainsi que sa propre communication à l'égard notamment des jeunes publics pour lutter contre la publicité faite aux produits du vapotage et prévenir toute addiction nicotinique. (...) Pour l'ensemble de ces raisons, par voie d'infirmation, il convient de porter la provision allouée au CNCT au titre de la réparation de son préjudice moral, à un montant non sérieusement contestable de 30 000 euros, l'évaluation au delà de cette somme du préjudice réellement subi par l'intimé relevant du juge du fond à défaut d'élément en permettant un chiffrage évident à hauteur du montant de 150 000 euros qu'il réclame. »*

En conséquence, en réparation du préjudice moral subi par ces deux associations, aggravé:

- par la persistance dans le temps de l'infraction commise par la société BATF alors même que la réglementation assimilant produits du vapotage et produits du tabac était sans ambiguïté,
- et par l'attitude de la société BATF qui les a obligées à de multiples démarches judiciaires pour aboutir à la suppression des mentions prohibées du site internet,

ce qui démontre que le profit généré par la campagne de publicité menée dépassait largement le risque pénal, il y a lieu de condamner la société BATF, prise en la personne de son représentant légal, à leur verser la somme de 50 000 euros de dommages intérêts à chacune outre la somme de 10000 euros chacune sur le fondement de l'article 475-1 du code de procédure pénale.

En application de l'article 800-1 du code de procédure pénale, les frais de justice exposés au cours de la procédure, comprenant le coût de la citation, sont à la charge de la société BATF.

La nature du litige justifie d'ordonner l'exécution provisoire des dispositions civiles du jugement.

PAR CES MOTIFS

Le tribunal statuant publiquement, contradictoirement et en premier ressort,

Vu l'article L3515-7 du Code de la Santé Publique,

Déclare la constitution de partie civile du Comité National Contre le Tabagisme et de l'association DNF-POUR UN MONDE ZERO TABAC recevable,

Déclare la société British American Tobacco France, prise en la personne de son représentant légal Monsieur Pierre Georges DURINCK, coupable d'avoir à Paris, sur le territoire national, du 15 novembre 2019 au 29 septembre 2020 et depuis temps non prescrit commis l'infraction de propagande ou de publicité, directe et indirecte, en faveur des produits du vapotage,

-en ayant diffusé sur son site internet www.govype.com des contenus (articles et photographies) à finalité de propagande ou de publicité en faveur des produits du vapotage, et notamment un clip publicitaire en faveur de la cigarette électronique « VYPE EPOD », une vidéo relative au festival crossover, un onglet publicitaire « nouvelle saveur. A rougir de plaisir. Fraise sauvage », un onglet publicitaire « annonce ta couleur », la mention « disponible en 5 saveurs 18MG/ML » avec la déclinaison des 5 saveurs proposées, un « vype Blog », des textes figurant sous les titres « vype: plaisir prêts à vaper », « pourquoi choisir vype? », et « e-liquides inégalés ».

-en ayant édité une page intitulée govypefr sur le réseau Instagram accessible en France sur le réseau internet à l'adresse <https://www.instagram/govypefr/>

-en ayant adressé des courriels électroniques aux clients figurant dans ses listings d'adresses en vue de leur offrir des promotions de toute nature,

Faits prévus et réprimés par les articles L3513-4 et L3515-3 I 11° du Code de la Santé Publique,

Relaxe la société British American Tobacco France du surplus et notamment des mêmes faits commis entre le 1er janvier 2019 et le 15 novembre 2019, ainsi que des faits de publicité consistant en la seule édition de son site internet www.govype.com,

Condamne la société British American Tobacco France, prise en la personne de son représentant légal Monsieur Pierre Georges DURINCK, à la peine de 100 000 euros d'amende ;

Condamne la société British American Tobacco France, prise en la personne de son représentant légal Monsieur Pierre Georges DURINCK, à verser au Comité National Contre le Tabagisme et à l'association DNF-POUR UN MONDE ZERO TABAC la somme de 50 000 euros de dommages-intérêts à chacun et la somme de 10000 euros à chacun en application de l'article 475-1 du code de procédure pénale ;

Précise que les frais de justice exposés au cours de la procédure, comprenant le coût de la citation, sont à la charge de la société British American Tobacco France, prise en la personne de son représentant légal Monsieur Pierre Georges DURINCK et au besoin la condamne en paiement ;

Ordonne l'exécution provisoire des dispositions civiles du jugement ;

Déboute les parties de leurs autres demandes.