

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 1 - Chambre 3
ARRET DU 08 JUIN 2010
(n° 324 ,18 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 10/04015
Décision déferée à la Cour : Ordonnance du 16 Février 2010 -Tribunal de Grande Instance de
PARIS, RG n° 10/51504

APPELANTES ET INTIMEES

ASSOCIATION NATIONALE DE PREVENTION EN ALCOOLOGIE ET
ADDICTOLOGIE prise en la personne de son représentant légal

20 rue Saint Fiacre

75002 PARIS

représentée par Me Lionel MELUN, avoué à la Cour

assistée de Me Catherine GIAFFERI, avocat au barreau de PARIS, toque : C107

SAS LIXIR prise en la personne de ses représentants légaux

44 avenue du Capitaine glarner

93585 SAINT OUEN CEDEX

représentée par la SCP FISSELIER - CHILOUX - BOULAY, avoués à la Cour

assistée de Me Eric ANDRIEU plaidant pour le cabinet DEFLERS-ANDRIEU, avocat au
barreau de

PARIS, toque : R047

INTIMEE

S.A.S RAPP

55 rue d'Amsterdam

75008 PARIS

représentée par la SCP FISSELIER - CHILOUX - BOULAY, avoués à la Cour

assistée de Me DEPRez Pierre de la SCP DEPRez DIAN GUIGNOT & ASSOCIES, avocats
au barreau de PARIS, P 221

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 10 Mai 2010, en audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Joëlle BOURQUARD, Président de chambre

Madame Claire DAVID, Conseillère

Madame Sylvie MAUNAND, Conseillère

qui en ont délibéré sur le rapport de Madame Joëlle BOURQUARD

Greffier, lors des débats : Mlle Véronique COUVET

ARRET :

- CONTRADICTOIRE

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Madame Joëlle BOURQUARD, président et par Mlle Véronique COUVET, greffier

FAITS ET PROCEDURE

Dans le cadre de la refonte de l'espace relationnel du whisky Glenfiddich, la société RAPP, agence de marketing relationnel et de communication interactive, mandatée par la société LIXIR, distributeur de ce whisky, a créé un « parcours initiatique du club Glenfiddich » sous forme d'un jeu accessible sur le site internet Glenfiddich entre le 2 novembre 2009 et le 31 juillet 2010. Se prévalant de ce qu'il résulte du procès verbal de constat d'huissier, qu'elle a fait dresser les 11 et 19 janvier 2010, que certains visuels et certaines mentions figurant sur le site www.Glenfiddich.fr constituaient de la publicité illicite, l'Association Nationale de Prévention en Alcoologie et Addictologie (ANPAA) a, par acte des 29 janvier 2010, assigné la société LIXIR SAS et la société THE BRAND NATION SAS devant le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris afin de voir ordonner leur retrait de ce site et de tous supports et de dire que l'opération de jeu « parcours initiatique du club Glenfiddich » doit être également retirée de ce site. La société RAPP est intervenue volontairement aux débats et par ordonnance rendue le 16 février 2010, le juge des référés

a :

Mis hors de cause la SAS BRAND NATION,

Ordonné à la société LIXIR SAS le retrait sur le site www.Glenfiddich.fr du sablier et des mots ou groupes de mots suivants : « la patience », « les sens », « la transmission », « le choix », « l'étiquette », « l'originalité », « les hommes », « le savoir faire », « l'alchimie », « le chef d'uvre », « rien ne se fait de grand en un jour », « l'esprit du parcours », « le temps est un luxe à la portée de tous », sous astreinte de 10 000 € par jour de retard à compter de la notification de l'ordonnance et ce sur trois mois renouvelables le cas échéant,

S'est réservé la liquidation de l'astreinte,

Condamné in solidum la société LIXIR SAS et la société RAPP, outre aux entiers dépens comprenant les constats des 11 et 19 janvier 2010, à payer à l'Association Nationale de Prévention en Alcoologie et Addictologie (ANPAA) une indemnité de 3 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Appelante de cette décision, la société LIXIR SAS, aux termes de ses écritures déposées le 4 mai 2010, conclut en son infirmation en ce qu'elle a « Ordonné à la société LIXIR SAS le retrait sur le site www.Glenfiddich.fr du sablier et des mots ou groupes de mots suivants : « la patience », « les sens », « la transmission », « le choix », « l'étiquette », « l'originalité », « les hommes », « le savoir faire », « l'alchimie », « le chef d'uvre », « rien ne se fait de grand en un jour », « l'esprit du parcours », « le temps est un luxe à la portée de tous » et l'a condamnée en une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile ; elle demande de débouter l'ANPAA de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions et de la condamner à lui verser une indemnité de 5 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens. La société RAPP, appelante et intimée, aux termes de ses écritures déposées le 4 mai 2010, conclut en son infirmation en ce qu'elle a fait droit à la demande de retrait sur le site www.Glenfiddich.fr du sablier et des mots ou groupes de mots suivants : « la patience », « les sens », « la transmission », « le choix », « l'étiquette », « l'originalité », « les hommes », « le savoir faire », « l'alchimie », « le chef d'uvre », « rien ne se fait de grand en un jour », « l'esprit du parcours », « le temps est un luxe à la portée de tous » et à sa confirmation en ce qu'elle a débouté l' ANPAA de ses

autres demandes.

Elle demande de constater que l'opération « parcours initiatique du club Glenfiddich » ne constitue pas un trouble manifestement illicite, de dire n'y avoir lieu à référé et de la condamner à lui verser une indemnité de 3 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

L'ANPAA, aux termes de ses écritures déposées le 10 mai 2010, conclut, vu les articles 808 et 809 du Nouveau Code de Procédure Civile, L 3323-2, L 3323-3, L 3323-4, L 3323-6, L 3355-1 du Code de la santé publique, à la confirmation de la décision dans les dispositions suivantes :

Constater que la publicité faite par la société LIXIR agissant pour le compte de Glenfiddich, (selon les mentions légales portées sur le site), par messages électroniques diffusés sur le site www.glenfiddich.fr constitue de la publicité illicite en faveur du whisky Glenfiddich caractérisée par :

Le visuel SABLIER EN VERRE

Et les mentions suivantes :

-LA PATIENCE,

-LES SENS

-LA TRANSMISSION

-LE CHOIX

-L'ETIQUETTE

-L'ORIGINALITE

-LES HOMMES

-LE SAVOIR FAIRE

-L'ALCHIMIE

« LE CHEF D' OEUVRE

« RIEN DE GRAND NE SE FAIT EN UN JOUR

« L'esprit du parcours

« Le temps est un luxe à la portée de tous

Constater le trouble le manifestement illicite qui en résulte,

En conséquence,

Ordonner à la société « LIXIR » es qualité d'éditeur du site Internet « www.glenfiddich.fr » et organisateur du jeu et à la société « RAPP » d'y mettre fin en retirant de ce site et de tout support, publicité par voie de presse ou d'affichage, sous astreinte de 10 000 € par jour de retard à compter de la notification, astreinte dont le juge des référés se réserve la liquidation :

LE SABLIER EN VERRE

Et les mentions suivantes :

LA PATIENCE,

-LES SENS

-LA TRANSMISSION

-LE CHOIX

-L'ORIGINALITE

-LES HOMMES

-LE SAVOIR FAIRE

-L'ALCHIMIE

« LE CHEFD OEUVRE

« RIEN DE GRAND NE SE FAIT EN UN JOUR

« L'esprit du parcours

« Le temps est un luxe à la portée de tous

Et elle demande d'infirmier partiellement la décision du 16 février 2010 et de :

Constater que l'opération de jeux concours intitulée « OPÉRATION« LE PARCOURS INITIATIQUE DU CLUB GLENFIDDICH» » et présentée selon neuf jeux concours actuellement diffusés sur le site « www.glenfiddich.fr » constitue de la publicité illicite, de la propagande illicite et du parrainage illicite en faveur du whisky Glenfiddich.

En conséquence Ordonner aux sociétés « LIXIR» et à la SOCIETE RAPP d'y mettre fin en retirant du « site www.glenfiddich.fr », tout élément se référant à ladite opération « Le parcours initiatique du club glenfiddich », ainsi que de tout support, et leur faire interdiction d'utilisation, de diffusion de tout élément relatif à ce jeu concours par tout moyen sous astreinte de 10 000 € par jour de retard à compter de la notification de la décision à intervenir, astreinte dont le juge des référés se réserve la liquidation.

Débouter la société LIXIR la société RAPP de toutes leurs demandes fins et conclusions à l'encontre de l'ANPAA,

Condamner solidairement la société LIXIR et la société RAPP au paiement de la somme de 7.000 euros, au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'en tous les dépens, comprenant notamment les constats de la SCP SIMONIN-LE MAREC-V. GUERRIER, huissier de justice en date du 11 et 19 janvier 2010.

SUR CE, LA COUR

Considérant qu'au soutien de son recours, la société LIXIR, après avoir rappelé que la publicité en faveur des alcools est autorisée, ne peut être réduite à de l'information et qu'elle est destinée à donner une image valorisante d'un produit pour inciter à son achat, fait grief à l'ordonnance entreprise de ne pas avoir tiré les conséquences factuelles de ses constatations juridiques en se contentant pour chacun des éléments critiqués et extraits de manière abstraite par l'ANPPA de leur contexte, de relever que chacun des termes visés était « non indicatif ou référent aux différents critères autorisés par l'article L 3323-4 du code de la santé publique » et d'indiquer que le site ne respectait pas la réglementation, s'agissant avant tout d'une présentation attractive de qualité mais non informative et sans références autorisées ;

Qu'elle estime que le caractère très qualitatif du site est logique compte tenu de la nature du produit, qu'il est réservé aux internautes qui souhaitent s'y inscrire, s'adresse à une clientèle de connaisseurs et que chacun des éléments qui y sont contenus se justifie au regard de l'article L 3323-4 du code de la santé publique :

Le sablier alambic illustre le passage du temps et la lenteur qui caractérise la fabrication du produit, « la patience » se rattache aussi à la durée son élaboration, spécificité objective de la marque, « les sens » présentent différentes bouteilles de la gamme accompagnées des plats avec lesquels elles peuvent être consommées, mettant en évidence les conditions optimales de dégustation en conformité avec la recommandation « alcool » de l'ARPP,

« la transmission » se rattache à l'origine du produit à travers le temps et le monde,

« les choix » consistent à associer l'un des produits de la gamme à une couleur, à un arôme à travers des indications objectives,

« l'étiquette » fait référence aux différents modes de consommation possibles,

« l'originalité » vise à inviter les consommateurs à attribuer à chaque single malt ses propres arômes et saveurs,

« les hommes » visent la présentation des différents intervenants au sein de la distillerie avec communication de renseignements purement factuels et rappellent le caractère artisanal de l'élaboration du produit,

« le savoir-faire » concerne les conditions objectives d'élaboration du produit,

« l'alchimie : de l'orge, de l'eau et du temps » s'y rattache également objectivement, « rien de grand ne se fait en un jour » accompagne la bouteille de 40 ans d'âge en tant que référence aux spécificités du produit et à sa longue durée de maturation, « le chef d'uvre » illustre cette même bouteille qui constitue un véritable produit de luxe très couteuse, à distribution très restreinte et réalisée par des maîtres orfèvres écossais,

Que la société LIXIR soutient par ailleurs que l'ANPAA est mal fondée à contester le principe même de l'organisation d'un jeu promotionnel nullement interdit par la loi et qui ne saurait constituer un des supports prévus à l'article L 3323-2 du code de la santé publique ; qu'elle fait valoir que ce jeu ne saurait s'analyser, contrairement à ce que prétend l'ANPAA en une opération de parrainage ; qu'elle estime enfin, étant rappelé le caractère particulièrement récent de l'autorisation de la publicité sur internet, qu'en l'absence de toute décision de justice rendue depuis la loi du 21 juillet 2009 qui consacre cette autorisation, la fixation du cadre interprétatif de ce texte excède les pouvoirs de la juridiction des référés étant constaté l'absence de caractère manifeste de l'infraction reproché au site ;

Considérant que la société RAPP fait valoir que le juge des référés en extrayant arbitrairement des mentions de leur contexte sur le site a utilisé une méthode d'interprétation erronée qui aboutit à une décision injustifiée et disproportionnée, que le site internet doit être apprécié dans sa globalité ; qu'en effet, compte tenu de la définition du service de communication en ligne par la loi du 24 juin 2004 (articles 1er IV et 2) qu'il ne s'agit pas d'une émission unilatérale d'un message mais d'un procédé de communication permettant un échange réciproque entre l'émetteur et le récepteur, qu'un site de communication est constitué de signaux, d'écrits, de sons ou de messages de toute nature qui forment un message intelligible pour le récepteur, que les termes utilisés sur ce site ne peuvent donc être analysés isolément comme une simple transposition sur écran d'une annonce ou affiche publicitaire au mépris du caractère indissociable des signes multimédia composant un site interactif de communication en ligne ;

Qu'elle estime que le raisonnement de la juridiction du premier degré porte une atteinte disproportionnée aux libertés fondamentales, qu'en effet l'application de la loi Evin ne peut réduire à néant la liberté d'expression protégée par l'article 10 § 1 de la CEDH et la liberté d'entreprendre ainsi que l'a jugé le Conseil Constitutionnel, que si le législateur peut limiter l'expression de ces deux libertés au nom de la protection de la santé, l'application disproportionnée de la loi Evin par le juge des référés aboutit à en dénaturer la portée ;

Qu'elle soutient que les conditions de licéité de ce site au regard de cette loi sont réunies en ce qu'il fait référence aux caractéristiques et informations se rapportant directement au produit et n'incite ainsi pas à une consommation excessive d'alcool, que l'analyse du juge des référés résulte d'une interprétation erronée de la loi ;

Que reprenant les mentions figurant sur le site et les reliant à leur contenu, elle se prévaut de ce que chaque étape de jeu prise isolément et le parcours initiatique pris en son ensemble ont été conçus pour informer l'internaute sur les caractéristiques du produit afin de mieux le faire connaître, de distinguer ses qualités par rapport à d'autres whiskys et n'incite pas à la consommation ;

Qu'elle fait valoir par ailleurs, que le jeu « parcours initiatique du club Glenfiddich » est une pratique commerciale licite et ne constitue ni une propagande, (à savoir une promotion en faveur d'un produit générique) ni un parrainage (associant le nom ou la marque du whisky à

un événement dans un autre domaine pour bénéficier d'une image positive et ne peut s'analyser en trouble manifestement illicite ;

Considérant que L'ANPPA soutient en réplique que les mentions et visuels critiqués et accessibles sur internet ne se rapportent pas aux indications autorisées par la loi, que la publicité sur internet avec sa spécificité est tenue de respecter les termes de l'article L 3323-4 du code de la santé publique, que notamment,

Le sablier ne peut illustrer le temps ni symboliser la production du whisky dans un alambic,
La patience est sans rapport avec l'élaboration et n'est pas une qualité objective du produit,
Les sens sont sans relations avec le mode de consommation,
La transmission ne se rattache pas à son origine,
Le choix n'est pas davantage autorisé,
L'étiquette ne se rattache à aucun mode de consommation même s'il renvoie au second degré à une éventuelle notion de saveur autorisée
Que de même, elle estime que la bouteille qui émerge en fin d'animation titrée le CHEF d'ŒUVRE avec le texte suivant « RIEN NE SE FAIT EN UN JOUR » « tel est l'esprit du parcours initiatique que vous propose le club Glenfiddich » « rassemblez donc toute votre Patience, vos connaissances de la distillerie Glenfiddich et « de l'univers du single Malt. Au bout de ce parcours vous attend la très rare Glenfiddich de 40 ans d'âge » ainsi que le texte apparaissant, ensuite après avoir « cliqué » sur les chiffres de 1 à 9 comportent des mentions, qui ne se rapportent pas aux éléments autorisés par la loi, et constituent un trouble manifestement illicite dont doit répondre la société LIXIR et « BRAND NATION », responsable de la publication du service en ligne ;

Qu'elle se prévaut de ce que cette opération de neuf jeux intitulés jeux concours constitue de la publicité et de la propagande illicite en faisant référence à des mentions non autorisées et en ce qu'elle ne se rapporte à aucun des modes de propagande ou de publicité visées à l'article L 3323-2 du code de la santé publique ; qu'elle fait valoir que cette opération constitue également une opération de parrainage interdite par ce texte et dont la société LIXIR organisatrice est responsable et justifie le retrait de toute référence à ces jeux concours et leur suppression du site ;

Et considérant qu'aux termes de l'article L 3324-4 du code de la santé publique la publicité en faveur des boissons alcoolisées est limitée à « l'indication du degré volumétrique d'alcool, de l'origine, de la dénomination du produit, du nom et de l'adresse du fabricant, de l'agent et des dépositaires ainsi que de son mode d'élaboration, des modalités de ventes et du mode de consommation du produit », qu'elle « peut comporter des références relatives au terroir de production et aux distinctions obtenues, aux appellations d'origine telles que définies à l'article L 115 du code de la consommation et aux indications d'origine géographique telles que définies dans les traités internationaux régulièrement ratifiés. Elle peut également comporter des références objectives relatives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit. Le conditionnement ne peut être reproduit que s'il est conforme aux dispositions précédentes » ;

Que l'article L3323-2 du même code, modifié par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 dispose que « La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites sont autorisées exclusivement :

- 1° Dans la presse écrite à l'exclusion des publications destinées à la jeunesse, définies au premier alinéa de l'article 1er de la loi du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse ;
- 2° Par voie de radiodiffusion sonore pour les catégories de radios et dans les tranches horaires déterminées par décret en Conseil d'Etat ;
- 3° Sous forme d'affiches et d'enseignes ; sous forme d'affichettes et d'objets à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé, dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat;
- 4° Sous forme d'envoi par les producteurs, les fabricants, les importateurs, les négociants, les concessionnaires ou les entrepositaires, de messages, de circulaires commerciales, de catalogues et de brochures, dès lors que ces documents ne comportent que les mentions prévues à l'article L3323-4 et les conditions de vente des produits qu'ils proposent ;
- 5° Par inscription sur les véhicules utilisés pour les opérations normales de livraison des boissons, dès lors que cette inscription ne comporte que la désignation des produits ainsi que le nom et l'adresse du fabricant, des agents ou dépositaires, à l'exclusion de toute autre indication ;
- 6° En faveur des fêtes et foires traditionnelles consacrées à des boissons alcooliques locales et à l'intérieur de celles-ci, dans des conditions définies par décret ;
- 7° En faveur des musées, universités, confréries ou stages d'initiation oenologique à caractère traditionnel ainsi qu'en faveur de présentations et de dégustations, dans des conditions définies par décret ;
- 8° Sous forme d'offre, à titre gratuit ou onéreux, d'objets strictement réservés à la consommation de boissons contenant de l'alcool, marqués à leurs noms, par les producteurs et les fabricants de ces boissons, à l'occasion de la vente directe de leurs produits aux consommateurs et aux distributeurs ou à l'occasion de la visite touristique des lieux de fabrication ;
- 9° Sur les services de communications en ligne à l'exclusion de ceux qui, par leur caractère, leur présentation ou leur objet, apparaissent comme principalement destinés à la jeunesse, ainsi que ceux édités par des associations, sociétés et fédérations sportives ou des ligues professionnelles au sens du code du sport, sous réserve que la propagande ou la publicité ne soit ni intrusive ni interstitielle.

Et considérant que la publicité litigieuse doit certes être examinée en tenant compte de sa spécificité, comme délivrée sur un site interactif via internet, au regard du message délivré au consommateur afin de donner une image valorisante du produit, mais que ce message doit, pour ne pas constituer un trouble manifestement illicite qu'il conviendrait de faire cesser, se conformer aux critères légaux et aux références objectives exigées par le code de la santé publique ; que les appelantes ne sauraient sérieusement contester que l'accès au site est ouvert à tout internaute et qu'il suffit de prétendre avoir l'âge légal pour s'y connecter ;

Considérant que l'ANPAA se fonde pour démontrer l'existence d'un trouble manifestement illicite sur un procès verbal de constat des 11 et 19 janvier 2010, qu'aux termes de cet acte, l'huissier mandaté par elle, relate (pages 3, 4, 5):

« Je clique sur ces termes actifs, la page qui s'ouvre a pour adresse :

<http://www.glenfiddich.fr/>

La page s'ouvre sur une page préalable au site. Dans un bandeau situé en haut de la page je relève le nom de «Glenfiddich», puis dans la partie centrale :

« Pour accéder au site Glenfiddich vous devez avoir l'âge légal de consommation du pays dans lequel vous résidez

Je n'ai pas l'âge légal J'ai l'âge légal »

Je clique sur les termes actifs « J'ai l'âge légal ».

Dans la partie centrale de la page ainsi ouverte je relève le texte suivant : « nous suivons notre propre chemin depuis 1887.

Vous aussi, faites vos propres expériences et découvrez les valeurs de Glenfiddich ».

Puis suit un encart contenant une interpellation « Rejoignez LE CLUB Glenfiddich et entrez dans le Parcours Initiatique ». Je clique sur les termes actifs « PAS INSCRIT ».

Une page similaire à la page préalable s'ouvre, elle contient «pour accéder au site Glenfiddich vous devez avoir l'âge légal de consommation du pays dans lequel vous résidez », je clique sur les termes sensibles « j'ai l'âge légal ».

La page qui s'ouvre a pour adresse :

<http://www.glenfiddich.fr/inscriptions.aspx#>

Le préambule suivant précède un formulaire d'inscription au CLUB :

« Découvrez l'histoire de la distillerie de Dufftown et la naissance du Whisky Single Malt Glenfiddich Concentration et patience sont de rigueur ! Jouez en découvrant une sélection de recettes pour accompagner un Whisky Single Malt. Partagez les traditions du Single Malt Glenfiddich et gagnez un voyage en écosse pour 2 personnes. Apprenez à choisir votre whisky single malt et gagnez des bons de réduction Glenfiddich. »

Puis je remplis les champs requis aux fins de m'inscrire audit CLUB.

Je constate dans ce formulaire les interrogations et les amorces de réponses suivantes : combien de bouteilles de whisky achetez-vous par an 'Glenfiddich : ' 1 ' 2 ' 3 et Autres marques de whisky : ' 1 ' 2 D 3 et +« Quelles autres marques de whisky consommez-vous ' ' Grant's ' The Balvenie Autres Marques ;

Marque 1 :

Marque 2 :

Marque 3 :

Marque 4 :

Quelles autres spiritueux consommez-vous '

VODKA

CHAMPAGNE

COGNAC

RHUM

Je valide mon formulaire pour lequel je coche que « J'ai lu les termes du règlement du jeu et je les accepte » en cliquant sur le terme actif présent en bas de page « continuez », un encart apparaît en indiquant « Votre inscription a bien été prise en compte. Vous pouvez commencer votre parcours initiatique immédiatement ».

Je clique de nouveau sur le terme de « continuez », la page qui s'ouvre me demande de confirmer une nouvelle fois que j'ai l'âge légal, ce que je fais.

La page qui s'ouvre est la même que celle précédemment visionnée, invitant à rejoindre LE CLUB, je remplis les deux champs requis afin d'accéder au site. La page qui s'ouvre a pour adresse : <http://www.glenfiddich.fr/club.aspx>

Une animation apparaît. Il s'agit d'un sablier de verre contenant un liquide, à chaque goutte un terme surgit.

Puis en fin d'animation, une bouteille émerge et est titrée « le chef d'oeuvre ».

La bouteille s'immerge, le texte suivant est lisible :

« RIEN DE GRAND NE SE FAIT EN UN JOUR.

Tel est l'esprit du parcours initiatique que vous propose Le Club Glenfiddich. Rassemblez donc toute votre Patience, vos connaissances de la distillerie Glenfiddich et de l'univers du Single malt. Au bout de ce parcours vous attend le très rare Glenfiddich de 40 ans d'âge. »

Puis sous ce texte apparaissent, les chiffres de 1 à 9, cliquant sur le chiffre « 1 », un homme tenant un verre à pied rempli apparaît. Sur la gauche de la page figure le texte suivant :

« PATIENCE

Le temps est un luxe à la portée de tous

L'histoire de chaque bouteille de Glenfiddich commence en Ecosse, au bord de la rivière Robbie Dhu, dans un petit vallon perdu au c'ur du speyside. Prenez le temps d'en suivre les méandres... »

En bas de la page, figure des termes actifs et notamment ceux de « Règlement complet du jeu » et de « mentions légales ».

Que l'huissier reproduit ensuite pages 6 à 19 de son constat le « règlement complet du jeu » ; qu'il indique qu'à la date du 19 janvier 2010, il s'est à nouveau connecté sur le site en partie et mentionne à cette occasion les coordonnées de la société LIXIR, éditeur du site, agissant pour le compte de la société Glenfiddich et de son hébergeur, The brand Nation By Aastuce, que sont annexées à cet acte les copies d'écran qu'il a effectuées ;

Considérant que ces constats, copies d'écran et les éléments versés aux débats par les intimées (pièces 1- 2- 3- 10-11 de la société RAPP) conduisent à relever que. Lors de la représentation du « sablier » composé de deux cubes translucides, le liquide de teinte ambré qu'il contient, déclenche à l'occasion de son écoulement, goutte à goutte de sa partie haute vers sa partie basse, d'une part en fond d'écran l'apparition furtive des mots : « patience », « sens », « transmission », « choix », « étiquette », « originalité », « hommes », « savoir-faire », « alchimie » suivis presque simultanément de leur adjectif et d'autre part à l'intérieur de la partie supérieure de cet objet, successivement les nombres 12, 15, 18, 21, 30 et 40 ;

Les termes, la patience, les sens, la transmission, le choix, l'étiquette, l'originalité, les hommes, le savoir faire et le chef d'œuvre sont repris comme titre de chaque jeu, ils sont respectivement accompagnés à l'ouverture de la séquence du jeu qui s'y rapporte d'un message distinct suivi de la description et des conditions de déroulement du jeu,

La patience : le temps est un luxe à la portée de tous. L'histoire de chaque bouteille commence en Ecosse au bord de la rivière Robbie Dhu, dans un petit vallon perdu au c'ur de Speyside. Prenez le temps d'en suivre les méandres '.

« Pour participer au jeu-concours Patience, le participant doit visionner une vidéo de deux minutes. Pour valider sa participation au jeu-concours Patience et visionner la vidéo, le participant doit laisser son doigt appuyé sur la souris jusqu'à la fin de la vidéo. »

Les sens : Le temps affine le goût. Chaque Single Malt Glenfiddich a ses propres saveurs et arômes. Saurez-vous les accorder aux recettes suivantes '.

« Le participant doit trouver la bonne association culinaire entre les plats (amuse-bouches) présentés et chaque bouteille de Single Malt.

Il y a quatre bouteilles de Single Malt (le Single Malt 12 ans d'âge, le Single Malt 15 ans d'âge, le Single Malt 18 ans d'âge et le Single Malt 21 ans d'âge) et huit plats à associer.

Pour chacune des bouteilles de Single Malt, le participant doit associer deux plats. »

la transmission : Fidèle à nos traditions, ouvert à notre temps. Depuis 1887, l'esprit Glenfiddich s'est transmis à travers le temps et le monde. En invitant vos proches et amis qui partagent votre goût du Single Malt, vous gagnerez peut-être une visite mémorable où tout a commencé, la distillerie de la famille Grant.

« Le participant peut, s'il le souhaite, augmenter ses chances d'être tiré au sort. Pour cela, il lui est proposé de donner le nom, le prénom et l'adresse électronique de 1 à 5 amis majeurs pour les inviter à jouer, et cliquer sur « valider ».

Chaque adresse électronique différente valable donnée accompagnée du nom et du prénom du destinataire donnera au participant une chance supplémentaire de gagner au tirage au sort c'est-à-dire que cela aura pour effet de le faire participer une fois de plus au tirage au sort. Un courrier électronique sera envoyé aux amis désignés afin de les inviter à participer à l'opération. Ces noms, prénoms et adresses électroniques ne seront pas conservés. Pour chaque ami destinataire qui s'inscrit à l'opération, le participant aura une chance de plus d'être tiré au sort. »

Le choix : le temps sculpte le caractère. Apprendre à connaître ses goûts et les nuances de chaque Glenfiddich est un long cheminement. Pour vous orienter, nous vous proposons un jeu: réagissez aux mots que nous vous soumettons, nous vous dirons le Glenfiddich qui vous ressemble. « Le participant devra choisir avec sa souris une saveur parmi une liste de 3 saveurs puis cliquer sur « suivant ». Le participant devra répéter cette opération pour les 8 listes proposées pour valider sa participation. Ce jeu-concours permet au participant de deviner, à partir d'arômes et saveurs qu'il choisit, quel type de whisky correspond le mieux à ses critères (le Single Malt 12 ans d'âge, le Single Malt 15 ans d'âge et le Single Malt 18 ans d'âge). » L'étiquette

« Le participant doit déterminer si les modes de dégustation proposés pour un Single Malt Glenfiddich existent ou non. Il y a 5 modes de dégustation de Single Malt Glenfiddich proposés. Le participant devra cocher la case « oui » s'il pense que le mode de dégustation proposé existe, ou la case « non », s'il n'existe pas. Le participant devra cliquer sur « valider » pour valider sa participation et voir le résultat »

l'originalité : le temps renforce les arômes et saveur. Un véritable amateur de Glenfiddich peut distinguer un 15 ans d'âge au premier regard. Et que savez-vous des arômes et saveurs qui composent Glenfiddich « Le participant doit retrouver quels arômes et saveurs composent les 4 Single Malt Glenfiddich (le Single Malt 12 ans d'âge, 15 ans d'âge, 18 ans d'âge et 21 ans d'âge). Douze images de saveurs et arômes défilent à l'écran. Il y a trois arômes/saveurs à retrouver pour chaque type de Single Malt » les hommes : le temps enrichit les hommes. Rares sont les distilleries qui, comme Glenfiddich, ont su conserver leurs méthodes de fabrication. Il y a encore aujourd'hui 8 corps de métier à la distillerie.

Trouvez l'intrus et vous gagnerez peut-être une invitation au Whisky Live de Paris 2010.

« Pour participer au jeu-concours Hommes, le participant doit trouver quel métier n'existe pas parmi les 8 métiers présentés de la distillerie Glenfiddich (une fiche par métier).

Le participant devra cocher la case « c'est l'intrus » sur la fiche présentée, s'il pense que le métier n'existe pas » le savoir faire : le temps construit l'expérience. Méthodes et outils s'affinent au fil des ans, préservant l'essentiel, pour s'enrichir de détails originaux. Saurez-vous reconnaître les détails authentiques de l'histoire de Glenfiddich '

« Le participant doit répondre correctement à 8 questions sur l'univers Glenfiddich en cochant la case « vrai » ou « faux » dans un temps limité de trois minutes »

le chef d'œuvre accompagne la bouteille 40 ans d'âge

« Le jeu-concours Chef d'œuvre est composé de trois étapes. Le participant doit réussir les trois étapes pour valider sa participation.

1ère étape : le brûlage : Le participant doit brûler correctement le tonneau à l'aide du curseur « tourner le tonneau » situé à la gauche du tonneau pour réussir cette étape.

2ème étape : le « nozing » : le participant doit attendre 24 heures après la validation de la première étape. Un courrier électronique de rappel lui sera envoyé lui indiquant le moment où il peut se reconnecter pour passer à l'étape 2.

3e étape : le mariage : Pour débiter cette étape, le participant doit cliquer sur « commencer ».

Pour réussir cette étape le participant doit choisir trois couleurs parmi une palette de six couleurs et retrouver la couleur de référence placée à droite de la palette. » ;

entre chaque jeu, réapparaissent la représentation d'un sablier suivie des chiffres 1 à 9 et ensuite du message suivant :

« RIEN NE SE FAIT EN UN JOUR

Tel est l'esprit du parcours initiatique que vous propose le club Glenfiddich. Rassemblez donc toute votre Patience, vos connaissances de la distillerie Glenfiddich et de l'univers du single Malt. Au bout de ce parcours vous attend la très rare Glenfiddich de 40 ans d'âge » ;

Qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que les termes litigieux pris dans le contexte de leur reproduction tant lors de leur apparition initiale que de leur reprise à l'occasion de chaque

jeu vise à délivrer, pour certains d'entre eux, un message non conforme aux critères légaux imposés et aux références objectives exigées par le code de la santé publique ;
Qu'en effet si, le sablier peut être considéré comme un signe objectif évocateur du temps nécessaire à la fabrication et à la maturation du produit,
le terme « les sens », rattaché au goût et aux saveurs et arômes propres de chaque single malt par association avec différents mets susceptibles de mettre le plus en valeur se réfère objectivement aux caractéristiques gustatives de cet alcool, à son mode de consommation et à son évolution gustative suivant sa maturité ;
«l'originalité » se réfère objectivement aux caractéristiques particulières propres (arômes et saveurs) de chaque type de whisky de la gamme par référence à son âge,
« Le savoir faire » se rattache aux méthodes d'élaboration spécifiques de cette marque de whisky, « Les hommes » suivis de la présentation des différents corps de métiers qui participent à l'élaboration du produit à la distillerie et de l'incitation à exclure le corps de métier qui n'y participe pas visent également le mode d'élaboration de cet alcool,
Par contre, les termes et expressions suivants ne respectent manifestement pas la loi en ce que, Contrairement à ce que prétendent les appelantes, « la patience » ne saurait se rattacher à la durée d'élaboration du produit comme spécificité objective de la marque, dès lors que le message qu'elle contient renvoie directement au consommateur qu'il vise, en lui impartissant d'abord un délai d'attente avant de commencer le jeu titré par ce mot qui revient avec insistance et répétition au cours des 9 jeux en lui rappelant avant chaque jeu « RIEN NE SE FAIT EN UN JOUR Tel est l'esprit du parcours initiatique que vous propose le club Glenfiddich. Rassemblez donc toute votre Patience, vos connaissances de la distillerie Glenfiddich et de l'univers du single Malt. Au bout de ce parcours vous attend la très rare Glenfiddich de 40 ans d'âge » ; qu'il répond à la définition de « la qualité d'une personne qui sait attendre en conservant son calme », et suscite donc que seules les personnes dotées de cette qualité peuvent accéder à la consommation de ce whisky qui leur est réservé,
« Le choix » renforce cette idée que seuls certains initiés sont capables d'apprécier l'un des whisky de la gamme après avoir parcouru un « long cheminement»,
Le terme «L'étiquette » ne se contente pas de faire référence ainsi que le soutiennent les appelantes, aux différents modes de consommation possibles mais se rattache ainsi qu'il est habituellement défini à l'ordre de préséance, au cérémonial en usage auprès d'un grand personnage, suscitant ainsi une magnification de la consommation du whisky en ce que le cérémonial de son mode de consommation le réserve exclusivement à une élite capable de respecter ce cérémonial, « La transmission » ne peut être associée, comme il est soutenu, à l'origine du produit à travers le temps et le monde, ni à un des critères imposés ou références légalement autorisées en ce qu'elle vise à inciter le joueur pour gagner, prioritairement à contacter d'autres internautes et à obtenir qu'ils se connectent au site Glenfiddich,
« L'alchimie » dont la définition correspond à une « transformation, une transmutation mystérieuse » et dans son acception première à « une science occulte d'origine moyenâgeuse née de la fusion de techniques chimiques gardées secrètes et de spéculations mystiques », quant à elle, ne saurait se rattacher, même suivie des termes « de l'eau, de l'orge et du temps » à une des conditions objectives d'élaboration du produit,
La qualification « le chef d'oeuvre » qui accompagne la bouteille de whisky de 40 ans d'âge et qui, se rapportant à une publicité pour alcool ne peut qu'être attribuée au contenu de la bouteille et non à son conditionnement, ne saurait, même s'il s'agit d'un produit de luxe à distribution très restreinte, être considérée comme objective, en ce qu'elle revient à désigner ce whisky comme « une oeuvre capitale, une chose très remarquable, parfaite, une merveille », en conséquence magnifiée et inaccessible ;

Qu'il s'ensuit que ces termes et expressions, replacées dans leur contexte, visent à délivrer aux

internauts une image selon laquelle en s'adonnant à la consommation de cette marque de whisky, ils ne peuvent qu'appartenir qu'à une élite restreinte et ainsi magnifier dans une démarche incitative la consommation de cet alcool, qu'ils ne satisfont pas aux exigences légales et sont donc constitutifs d'un trouble manifestement illicite justifiant les pouvoirs de la juridiction des référés d'ordonner de le faire cesser ;

Et considérant que le concours organisé par la société LIXIR à la demande de la société GLENFIDDICH ne répond pas à la définition de l'article L 3323-3 du code de la santé publique qui considère « comme propagande ou publicité indirecte la propagande ou publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre qu'une boisson alcoolique qui, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une dénomination, d'une marque, d'un emblème publicitaire ou d'un autre signe distinctif, rappelle une boisson alcoolique. » ;

Que les jeux et concours ne sont pas répertoriés dans la liste autorisant exclusivement certaines formes de propagande ou publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites telle que prévue à l'article L 3323-2 du code de la santé publique ;

Que le concours litigieux ne peut être, compte tenu de l'évidence qui s'impose à la juridiction des référés, être qualifié de parrainage ayant « pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques » au sens de l'article L 3323-2., le parrainage impliquant en effet le soutien à un tiers ;

Mais considérant qu'en l'espèce, dès lors qu'il est constant que l'objectif ultime du concours ainsi organisé est de parvenir à gagner une bouteille de Single Malt de 40 ans d'âge d'une valeur unitaire de 3 900 € TTC, objectif rappelé à chaque étape du jeu par la formule « Au bout de ce parcours vous attend le très rare Glendfiddich de 40 ans d'âge » et que ce concours en ligne, dont le caractère publicitaire n'est pas contesté, doit nécessairement répondre aux exigences du code de la santé publique, il convient d'estimer qu'en offrant à titre gratuit en tant que lot éminemment enviable une bouteille d'alcool considérée comme prestigieuse tant par ses caractéristiques, sa rareté et son prix, ce jeu et les mentions y insérées à chacune de ses étapes, renforcent la suggestion d'élitisme attachée à la consommation de whisky de cette marque dont il sublime la consommation, qu'il enfreint le code de la santé publique et constitue donc un trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser en en ordonnant l'interdiction sous astreinte de 10 000 € par jour de retard à compter de la signification du présent arrêt ;

Qu'il n'y a pas lieu de se réserver la liquidation de l'astreinte ;

Que l'ordonnance déferée doit en conséquence être partiellement infirmée ;

Considérant que l'équité commande d'allouer une indemnité complémentaire à l'intimée en cause d'appel au titre de l'article 700 du code de procédure civile d'un montant tel que précisé au dispositif de cette décision ; que les appelantes doivent supporter les dépens ;

PAR CES MOTIFS

Infirme l'ordonnance déferée en ce qu'elle a ordonné à la société LIXIR SAS le retrait sur le site www.Glenfiddich.fr du sablier et des mots ou groupes de mots suivants : « la patience », « les sens », « l'originalité », « les hommes », « le savoir faire », sous astreinte de 10 000 € par jour de retard à compter de la notification de l'ordonnance et ce sur trois mois renouvelables le cas échéant et s'est réservé la liquidation de l'astreinte,

Débouté pour le surplus les parties de leurs prétentions plus amples et contraires,
Statuant à nouveau quant à ce,

Déboute l'ANPAA de ses demandes visant à obtenir le retrait des mentions et visuels le sablier, « les sens », « l'originalité », « le savoir-faire », « les hommes » figurant sur le site www.Glenfiddich.fr,

Ordonne à la SAS LIXIR le retrait sur le site www.Glenfiddich.fr du jeu con cours intitulé « opération le parcours initiatique du Club Gleenfiddich » sous astreinte de 10 000 € par jour de retard à compter de la signification du présent arrêt,

Dit n'y avoir lieu de se réserver la liquidation de l'astreinte,

Confirme l'ordonnance entreprise pour le surplus,

Condamne in solidum les sociétés LIXIR SAS et RAPP SAS à verser à l'ANPAA une indemnité complémentaire en cause d'appel de 4 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne in solidum les sociétés LIXIR SAS et RAPP SAS aux entiers dépens et autorise les avoués de la cause à les recouvrer comme il est prescrit à l'article 699 du code de la santé publique.

LE GREFFIER
LE PRESIDENT