

N° 351618

Société Neptune Distribution

9^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies

Séance du 8 janvier 2014

Lecture du 26 mars 2014

CONCLUSIONS

Mme Claire LEGRAS, rapporteur public

1- La SNC Neptune Distribution assure le marketing et la commercialisation des eaux du groupe Alma, désormais propriété du groupe Roxane et d'Otsuka – une entreprise pharmaceutique japonaise – historiquement celle du groupe Castel, troisième acteur du marché de l'eau embouteillée en France après Danone et Nestlé.

Cette société distribue notamment les eaux commercialisées sous les noms de Saint-Yorre et Vichy Célestins. Elle a fait figurer sur les étiquettes de ses bouteilles les mentions suivantes : « *Le sodium de St-Yorre est essentiellement du bicarbonate de sodium. St-Yorre ne contient que 0,53 g de sel (ou chlorure de sodium) par litre, soit moins que dans un litre de lait !!!* » ; « *Il ne faut pas confondre sel et sodium – le sodium de Vichy Célestins est essentiellement celui apporté par le bicarbonate de sodium. A ne surtout pas confondre avec le sel de table (chlorure de sodium). Vichy Célestins ne contient que 0,39 g de sel par litre, soit 2 à 3 fois moins que dans un litre de lait !* ».

L'affirmation selon laquelle le bicarbonate de sodium (NaHCO_3) ne doit pas être confondu avec le chlorure de sodium (NaCl) a alerté le chef de l'unité départementale de l'Allier de la direction régionale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes d'Auvergne : il a estimé qu'elle était de nature à créer une confusion dans l'esprit du consommateur sur la teneur totale en sel ou sodium de ces eaux. En effet, la réglementation applicable ne fait pas la distinction entre le sodium, qui est l'un des éléments chimiques du tableau périodique de Mendeleiev, et le sel, qui est du chlorure de sodium, c'est-à-dire un corps composé de chlore et de sodium. Elle exige, plus exactement, que des « équivalents sel » soient calculés sur la base de la teneur totale en sodium. En d'autres termes, la vérité scientifique ne correspond pas à la vérité juridique, et c'est ce qui constitue le cœur du litige... ou le sel de l'affaire.

Le 5 février 2009, l'agent de la DGCCRF a mis en demeure la société Neptune Distribution de supprimer les mentions en cause de l'étiquetage et de la publicité de Saint-Yorre et Vichy Célestins, ainsi que toute mention faisant croire que ces eaux seraient pauvres ou très pauvres en sel ou sodium, en se fondant sur l'article L. 218-5 du code de la consommation, selon lequel lorsque les agents compétents constatent qu'un lot n'est pas conforme à la réglementation, ils peuvent en ordonner la mise en conformité dans un délai qu'ils fixent.

La société a formé un recours hiérarchique contre cette décision qui a été rejeté par une décision signée du directeur de cabinet du ministre de l'économie et des finances du 25 août 2009. Relevons qu'il n'avait *a priori* pas compétence pour le faire, puisqu'il résulte des deux premiers articles du décret du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du gouvernement que la délégation de signature d'un directeur de cabinet ne vaut que pour les actes qui n'entrent pas dans le champ des délégations dont disposent les responsables administratifs du ministère – ici, le DGCCRF et ses collaborateurs ayant délégation – ou qui entrent dans le champ de compétences de plusieurs d'entre eux. En tout état de cause, cette illégalité demeure sans incidence sur la décision initiale, à laquelle la décision signée du directeur ne se substituait pas, en l'absence de recours administratif préalable à caractère obligatoire, et qui pouvait donc être contestée devant le juge.

C'est ce que la société a fait, sans succès jusqu'à ce stade. Elle vous demande d'annuler l'arrêt du 9 juin 2011 par lequel la cour administrative d'appel de Lyon a confirmé le jugement rendu en sa défaveur par le tribunal administratif de Clermont-Ferrand le 27 juin 2010.

2- Le cadre juridique du litige ne vous est guère familier. La liberté des acteurs économiques d'afficher des allégations nutritionnelles est très encadrée : d'une part, ils ne peuvent en publier que sous certaines conditions bien précises ; d'autre part, la notion de « confusion dans l'esprit du consommateur » les empêche de jouer avec les éventuelles ambiguïtés de cet encadrement.

Les allégations nutritionnelles figurant sur des étiquettes de bouteilles d'eau minérale sont régies par trois textes communautaires.

Le plus ancien est la directive 80/777/CEE du 15 juillet 1980, qui a pour objet l'exploitation et la mise dans le commerce des eaux minérales naturelles. La directive 2009/54/CE du 18 juin 2009 a procédé à sa refonte et l'a abrogée, sans modifier les dispositions en cause dans notre cas d'espèce : il s'agit de celles de son article 9, transposé aux articles R. 1322-44-13 et R. 1322-44-14 du code de la santé publique, qui encadre très fortement les mentions qui peuvent figurer sur les étiquettes des eaux minérales. Seules certaines allégations de santé, c'est-à-dire des messages « *attribuant à une eau minérale naturelle des propriétés de prévention, de traitement ou de guérison d'une maladie humaine* », sont permises, sous réserve du respect des prescriptions de l'annexe de la directive (ou, en droit interne, de l'arrêt du 14 mars 2007). Parmi ces mentions, « *convient pour un régime pauvre en sodium* » est autorisée si la teneur en sodium est inférieure à 20 mg par litre, seuil que ne respectent pas les eaux Saint-Yorre et Vichy Célestins.

La société Neptune Distribution n'a jamais attribué à ces eaux une telle propriété, puisque toute sa stratégie publicitaire consiste justement à distinguer le sel et le sodium ; mais si l'on estime que le consommateur européen doit comprendre « sel » quand il lit « sodium », alors les allégations litigieuses (les eaux sont pauvres en sel) sont effectivement interdites.

Le règlement 1924/2006 du 20 décembre 2006 sur les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires procède en effet à une telle assimilation entre sodium et sel. Il s'agit de la première base légale invoquée dans la mise en demeure adressée à la société requérante.

Ce texte interdit les allégations affirmant un bienfait quelconque pour la santé, sauf si elles sont expressément autorisées par un règlement communautaire, pris après avis de l’Autorité européenne de sécurité des aliments ; les allégations nutritionnelles, pour leur part, doivent s’inscrire dans un cadre strict, fixé dans son annexe. Selon l’article 2 du règlement, est une allégation nutritionnelle celle qui affirme, suggère ou implique qu’une denrée possède des propriétés nutritionnelles bénéfiques de par les nutriments qu’elle contient, contient en proportion moindre ou plus élevée ou ne contient pas.

L’annexe au règlement interdit l’allégation « *très pauvre en sodium ou en sel* » pour les eaux minérales et, s’agissant de l’allégation « *pauvre en sodium ou en sel* », renvoie les concernant à la directive du 15 juillet 1980. Ce règlement ne peut donc servir de base légale de la mise en demeure – l’administration a d’ailleurs demandé une substitution de base légale au tribunal administratif, qui y a fait droit. Mais il demeure important pour le règlement du litige car c’est lui qui introduit la notion d’« équivalent en sel » obtenu en multipliant par 2,5 la quantité de sodium. Les autres textes doivent donc être lus à la lumière des définitions données par ce règlement. Il a d’ailleurs été fusionné avec le troisième texte européen dont il nous faut vous parler, la directive 2000/13/CE du 20 mars 2000¹ relative à l’étiquetage et la présentation des denrées alimentaires, en un nouveau règlement 1169/2011 du 25 octobre 2011 concernant l’information des consommateurs sur les denrées alimentaires, applicable à partir du 13 décembre 2014. Ce dernier règlement précise bien, dans son point 37, que pour que le consommateur final comprenne les informations figurant sur l’étiquetage, il faut que le terme « sel » soit utilisé de préférence au terme « sodium ». Y figure également le mode de calcul de l’équivalent sel – la teneur en sodium multipliée par 2,5.

Les dispositions de la directive du 20 mars 2000 relative à l’étiquetage et la présentation des denrées alimentaires qui nous intéressent, celles de son article 2, ont été transposées à l’article R. 112-7 du code de la consommation. Il est ainsi rédigé : « *L’étiquetage et les modalités selon lesquelles il est réalisé ne doivent pas être de nature à créer une confusion dans l’esprit de l’acheteur ou du consommateur, notamment sur les caractéristiques de la denrée alimentaire et sur la nature, l’identité, les qualités, la composition, la quantité, la durabilité, l’origine ou la provenance, le mode de fabrication ou d’obtention* ».

L’administration puis les juges du fond ont tous admis que les allégations portées sur les étiquettes des eaux St-Yorre et Vichy Célestins étaient exactes : la teneur en sodium de ces eaux est assez élevée, mais leur teneur en chlorure de sodium, ou sel, est elle effectivement inférieure à celle du lait. Ils ont cependant estimé que ces allégations pouvaient créer une confusion dans l’esprit du consommateur.

3- C’est ce raisonnement qu’attaque la société Neptune Distribution, qui soulève cinq moyens et vous demande de poser une question préjudicielle à la CJUE.

3-1- Elle soutient, en premier lieu, que la cour a entaché son arrêt d’une contradiction de motifs en jugeant que les informations litigieuses étaient exactes, mais susceptibles de créer une confusion dans l’esprit du consommateur.

¹ Qui codifie la directive 79/112/CEE.

Ce moyen n'est pas fondé : des informations exactes peuvent tout à fait créer une confusion ; si l'information n'avait pas été exacte, c'est son caractère mensonger qui aurait été pointé. C'est bien sûr pour lutter contre les messages exacts mais susceptibles d'induire en erreur des consommateurs que la notion de confusion a été créée.

Vous pouvez vous référer à votre décision du **28 octobre 2009, T. p. 629** dans laquelle, à la demande de l'*Association régionale des producteurs de fromages fermiers de Corse*, vous avez annulé un décret au motif qu'il ne définissait pas de manière suffisamment exigeante les conditions requises pour qu'un fromage puisse être qualifié de fermier et méconnaissait ce faisant les dispositions de l'article R. 112-7 du code de la consommation : il en ressort bien que la confusion est caractérisée au regard des représentations du consommateur et non de l'exactitude des informations qui lui sont données.

3-2- Il est soutenu, en deuxième lieu, que la cour a commis une erreur de droit en citant la directive du 15 juillet 1980 relative aux eaux minérales alors que celle-ci était, au jour de son arrêt, abrogée et remplacée par la directive 2009/54/CE du 18 juin 2009.

Ce moyen est sans portée : outre qu'il n'est même pas soutenu que la cour se serait méprise sur les textes applicables à la date de la décision litigieuse, en tout état de cause, la nouvelle directive codifie l'ancienne à droit constant et la décision initiale attaquée lui est antérieure.

3-3- En troisième lieu, la société Neptune Distribution soutient que la cour a commis une erreur de droit au regard des articles R. 1322-44-13 et R. 1322-44-14 du code de la santé publique et de l'article R. 112-7 du code de la consommation en jugeant qu'ils interdisent la délivrance d'informations exactes et loyales sur un produit.

Ce moyen est un petit peu plus délicat.

L'article R. 1343-44-13 du code de la santé publique prohibe les indications attribuant une propriété thérapeutique autre que celles prévues par arrêté des ministres ; même si l'arrêté en cause, en date du 14 mars 2007², ne traite pas de la pauvreté en sodium, l'annexe à la directive n'autorise la mention « *convient à un régime pauvre en sodium* » que si la teneur est inférieure à celle des eaux litigieuses. L'article R. 1343-44-14 du même code prohibe les indications suggérant une caractéristique que cette eau ne possède pas.

Enfin, selon l'article R. 112-7 du code de la consommation, une réglementation relative à l'étiquetage de mentions valorisantes ne peut avoir pour effet de créer un doute dans l'esprit de l'acheteur ou du consommateur sur les caractéristiques du produit.

La cour a cité les dispositions de l'ensemble de ces articles. Elle a ensuite relevé que les caractéristiques alléguées des eaux Saint-Yorre et Vichy Célestins relatives à leur richesse en bicarbonate de sodium et à leur teneur en chlorure de sodium par litre, bien qu'exactes, étaient susceptibles de laisser croire au consommateur que ces eaux étaient pauvres, voire très pauvres en sodium ou en sel. Et elle en a conclu que les modalités de leur étiquetage étaient de nature à créer une confusion dans l'esprit de l'acheteur ou du consommateur sur leurs

² Arrêté relatif aux critères de qualité des eaux conditionnées et mentions d'étiquetage particulier des eaux minérales naturelles.

caractéristiques, notamment sur leurs qualités et leur composition, et que la mise en demeure litigieuse n'était donc pas entachée d'erreur de droit.

La lecture combinée des dispositions du code de la santé publique et du code de la consommation à laquelle s'est livrée la cour nous semble exempte d'erreur de droit. Nous pensons en effet qu'elles peuvent conduire, eu égard à l'absence de distinction entre bicarbonate et chlorure de sodium dans le règlement 1924/2006, à interdire, au-delà d'un certain seuil, de vanter la faible teneur en sel d'une eau riche en bicarbonate de sodium, au terme du raisonnement suivant : les allégations en cause – pauvre en sel – peuvent suggérer au consommateur une caractéristique – la pauvreté en sodium – que les eaux ne possèdent pas, et l'induisent donc en erreur. Dès lors, en effet, que l'annexe à ce règlement définit les seuils sous lesquels une allégation de pauvreté d'une denrée en sodium ou en sel est autorisée par référence à la teneur en sodium de la denrée ou de son équivalent en sel, tout le sodium présent dans une denrée alimentaire doit être pris en compte pour vérifier si cette denrée est pauvre en sel, et ce bien que le bicarbonate de sodium se distingue du chlorure de sodium. Il est alors cohérent de lire les restrictions pesant sur les modalités d'étiquetage et de publicité des eaux minérales prévues par la directive 2000/13/CE du 20 mars 2000 – et désormais par la directive 2009/54/CE du 18 juin 2009 – à la lumière de cette relation d'équivalence entre le sodium et le sel.

Nous vous invitons donc à écarter ce moyen.

3-4- La société Neptune Distribution soutient ensuite que la cour a inexactement qualifié les faits de l'espèce en relevant que les messages figurant sur les étiquettes des bouteilles de Saint-Yorre et Vichy-Célestins étaient de nature à créer une confusion dans l'esprit du consommateur.

Vous n'avez jamais pris parti sur le contrôle qu'il vous revenait d'effectuer en cassation sur le maniement par les juges du fond de la notion de « *confusion dans l'esprit du consommateur* » au sens et pour l'application de l'article R. 112-7 du code de la consommation. Nous pensons qu'un contrôle de qualification juridique est de mise pour trois raisons : cette notion détermine l'application d'un régime d'interdiction indéniablement restrictif ; elle conduit le juge à confronter un message litigieux à la démarche putative d'un « consommateur moyen » – il ne s'agit donc pas d'une appréciation de fait au sens le plus évident du terme ; enfin, la question est relativement nouvelle et elle touche à un aspect particulièrement sensible du droit de la consommation.

Mais même dans le cadre d'un tel contrôle, il ne nous semble pas que l'erreur de qualification juridique des faits soit caractérisée au cas présent : même si cela relève d'un certain paternalisme à son égard, le consommateur, présenté dans les textes communautaires comme ne pouvant opérer de distinction entre teneur en sel de table et teneur en sodium, n'est pas forcément en mesure de faire la part des choses. L'injonction de ne pas les confondre que lui adresse l'étiquetage litigieux est alors bien susceptible de créer une confusion dans son esprit...

3-5- La société soulève un dernier moyen dont la portée, sinon la formulation, nous semble claire : elle soutient qu'à supposer que la cour ait correctement lu les textes du code de la santé publique et du code de la consommation sur lesquels est fondée la décision litigieuse et eu raison de juger qu'ils transposaient fidèlement les dispositions de l'article 2, § 1 de la

directive du 20 mars 2000 sur l'étiquetage des eaux minérales, et celles de l'article 9, § 1 et 2 de la directive du 15 juillet 1980 relative aux eaux minérales, ces dispositions de droit dérivé, en interdisant que soient mises en avant les qualités d'un produit à l'aide d'informations exactes sur sa composition, méconnaissent la liberté d'expression et d'information et la liberté d'entreprendre, garanties, respectivement, par les articles 11 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que par l'article 10 de la CEDH. Plus exactement, ces dispositions, en tant qu'elles assimilent pauvreté en chlorure de sodium et pauvreté en sodium, pour interdire toute indication sur une pauvreté en chlorure de sodium qui ne serait pas accompagnée d'une pauvreté globale en sodium, vont-elles au-delà de ce qui est nécessaire et proportionné au regard des libertés invoquées, étant donné que rien n'établit scientifiquement que le sodium soit, en lui-même, nocif pour la santé ?

Autre manière de présenter les choses : quelle interprétation est conforme à la Charte?

3-5-1- S'agissant de la CEDH, l'opérance du moyen ne fait pas de doute. Dans votre décision de **Section du 10 avril 2008, Conseil national des barreaux, p. 129**, vous avez en effet déduit de l'article 6, § 2 du traité sur l'Union européenne, selon lequel l'Union respecte les droits fondamentaux garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, en tant que principes généraux du droit communautaire, qu'il vous appartenait de rechercher si une directive était compatible avec les droits fondamentaux ainsi garantis. Et vous avez précisé, sans surprise, qu'il vous appartenait de saisir la CJUE d'une question préjudicielle dès que la difficulté apparaîtrait comme sérieuse. Bien évidemment, avant d'examiner une telle question de compatibilité d'un acte de droit dérivé avec la CEDH, le juge national doit s'être assuré que la loi procède à une exacte transposition des dispositions de cet acte.

Rappelons que l'article 10 de la CEDH stipule 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 (...). 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 sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ».

Il ne fait guère de doute à nos yeux que les messages à visée de promotion commerciale qui font l'objet du présent litige entrent dans le champ de protection de l'article 10. En effet, cet article ne protège pas seulement l'expression d'opinions ou d'informations politiques ou d'intérêt général. Son champ est beaucoup plus large, comme l'illustre la jurisprudence de la Cour et, par exemple, sa décision **Casado Coca c/ Espagne du 24 février 1994** dont nous vous citons quelques extraits : « *la Cour souligne d'abord que l'article 10 garantit la liberté d'expression à "toute personne"; il ne distingue pas d'après la nature, lucrative ou non, du but recherché. (...) L'article 10 ne joue pas seulement pour certains types de renseignements, d'idées ou de modes d'expression, notamment ceux de nature politique ; il englobe aussi l'expression artistique, des informations à caractère commercial ou même de la musique légère et des messages publicitaires* ». La Cour avait déjà écarté

l'argument pris de la moindre valeur de la publicité commerciale dans un arrêt du **20 novembre 1989, Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c/ Allemagne** et ces arrêts devraient vous convaincre d'abandonner la réticence que vous avez manifesté, s'agissant d'un message publicitaire, en écartant « en tout de cause » un moyen tiré en la matière de la violation de l'article 10, dans une décision **Association des groupements de pharmaciens d'officine et autres du 12 juin 1998, p. 227**.

3-5-2- S'agissant de l'invocation de la Charte, la question de l'opérance du moyen, à notre connaissance nouvelle, est intéressante. Le problème est celui de son invocabilité *rationae temporis*. Il se joue à deux niveaux.

La Charte, vous le savez, n'a acquis valeur contraignante qu'avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, soit postérieurement à la décision attaquée. Dans ces conditions, la société requérante ne pourrait utilement vous demander de confronter directement la décision administrative qu'elle conteste à la Charte, même si cette décision met en œuvre le droit de l'Union et répond donc à la condition posée par l'article 51 de la Charte à sa propre opposabilité aux Etats membres (voyez, en tirant les conséquences, votre décision du **4 juillet 2012, Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes, p.**) : vous jugez en effet qu'on ne saurait imposer à l'autorité administrative de respecter un texte qui n'avait à l'époque pas de portée contraignante (CE, **5 janvier 2005, Mlle D...**, n° 257341 p. 1).

Mais dans notre affaire, il s'agit de confronter une décision administrative à des directives dont il est soutenu qu'elles seraient elles-mêmes incompatibles avec la Charte : la question se présente donc sous un jour différent. Il faut ici se référer à la jurisprudence de la Cour de justice et constater qu'elle examine bien la légalité d'actes législatifs de l'Union entrés en vigueur avant le 1^{er} décembre 2009 et déployant leurs effets au-delà de cette date à l'aune des dispositions de la Charte. Elle ne se contente plus, en effet, de s'y référer lorsque la Commission européenne a pris l'initiative d'insérer des « considérants » la mentionnant dans les actes de droits dérivé (CJCE, **27 juin 2006, Parlement c/ Conseil, note L. Burgorgue-Larsen, AJDA 2006.2285**), elle confronte directement ces actes aux dispositions de la Charte, et ce même lorsqu'ils sont antérieurs à son entrée en vigueur : voyez, à cet égard, son arrêt du **9 novembre 2010, Volker et Markus Schecke, C-92/09 et C-93/09**³, et surtout son arrêt de grande chambre du **1^{er} mars 2011, Association belge des consommateurs Test Achats C-236/09, point 17, note L. Burgorgue-Larsen, AJDA 2011.967** : dans cette dernière affaire, répondant à une question préjudicielle de la Cour constitutionnelle belge, la Cour de Luxembourg a déclaré l'article 5, § 2 de la directive n° 2004/113/CE du 13 décembre 2004 relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et à la fourniture de biens invalide car contraire aux articles 21 et 23 de la Charte.

Dans ces conditions, rien ne s'oppose en principe à ce que vous confrontiez les directives relatives aux eaux minérales et à leur étiquetage aux principes de la Charte.

Vous ne l'avez jamais fait, le point le plus avancé de votre jurisprudence en la matière étant une récente décision **C..., n° 352393, du 13 mars 2013, à paraître au recueil**,

³ Dans cet arrêt, la Cour a déclaré non-valides les dispositions d'un règlement antérieur à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne au regard de principes posés par la Charte en relevant qu'ils reprenaient des principes généraux préexistants.

dans laquelle vous avez affirmé que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « peut être invoquée devant le juge pour l'interprétation des actes pris par les institutions de l'Union mettant en œuvre les principes qu'elle contient » : vous vous êtes en conséquence fondés, pour décider de la conformité du décret attaqué à une directive, sur les dispositions de celle-ci, telles qu'interprétées à la lumière des principes énoncés par la charte par la CJUE dans deux de ses arrêts. Et vous n'avez marqué aucune réserve relative à l'application dans le temps de la Charte.

3-5-3- Sur le fond, il est indéniable que la réglementation étroite des allégations nutritionnelles par les actes de droit dérivé que nous avons cités, en tant qu'elle interdit toute mention de la relative faible teneur en sel d'un produit par ailleurs riche en bicarbonate de soude, est constitutive d'une ingérence dans la liberté d'expression des agents économiques et dans leur liberté d'entreprise.

S'agissant, tout d'abord, de la liberté d'entreprise, il est intéressant de se référer à un arrêt ***Deutsches Weintor eG c/ Land Rheinland-Pfalz* du 6 septembre 2012**, dans lequel la CJUE s'est prononcée sur la question préjudicielle suivante : « est-il compatible avec (...) l'article 15 §1 (liberté professionnelle) et l'article 16 (liberté d'entreprise) de la Charte d'interdire sans exception à un producteur ou à un distributeur de vins de faire de la publicité au moyen d'une allégation de santé (...) alors même que cette allégation est exacte ? ».

Le litige opposait une coopérative viticole allemande aux services chargés de contrôler la commercialisation des boissons alcooliques ; ces services avaient interdit à la coopérative, sur le fondement du règlement 1924/2006 sur l'étiquetage des denrées alimentaires, de faire figurer l'indication selon laquelle les vins en cause étaient « digestes », fût-elle exacte, au motif qu'il s'agissait d'une allégation de santé interdite pour les boissons alcooliques.

La CJUE a posé différents principes qui nous intéressent directement : l'appréciation de la compatibilité de l'interdiction de l'allégation avec la Charte doit s'effectuer dans le respect d'un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux ; l'interdiction des allégations peut se justifier au regard de l'exigence de garantir un niveau élevé de protection de la santé pour le consommateur ; la liberté professionnelle et la liberté d'entreprise ne sont pas absolues. Elle en a déduit, s'agissant de la question qui lui était posée, que le principe de proportionnalité était bien respecté et, surtout, que la substance même de la liberté professionnelle et de la liberté d'entreprise n'était pas affectée, dans la mesure où la réglementation litigieuse se bornait à encadrer l'étiquetage et la publicité afférents aux boissons alcooliques, sans en prohiber la production et la commercialisation.

On pourrait estimer que la réponse apportée par la CJUE dans cette affaire est suffisamment claire pour trancher la question qui nous occupe, la substance de la liberté d'entreprise n'étant pas plus affectée dans notre litige que dans cette affaire. On peut toutefois hésiter, au vu notamment des conclusions de l'avocat général (*cf* points 73 et 74), à affirmer que la Cour prendrait le même parti s'agissant de simples allégations nutritionnelles, au surplus exactes.

S'agissant ensuite de la liberté d'expression, nous n'avons trouvé aucun précédent de la CJUE qui permettrait d'évacuer la question.

On peut, en revanche, se référer à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, dont il résulte, en substance, que le discours commercial est libre, mais ne doit pas pour autant entrer en conflit avec une question de santé publique, visée au § 2 de l'article 10 (CEDH, 25 août 1998, *Hertel c/ Suisse*, débat sur l'innocuité des fours à micro-ondes). Lorsque tel est le cas, le caractère nécessaire de la restriction imposée à la liberté d'expression sera appréciée en laissant une marge de manœuvre certaine aux autorités publiques.

La Cour veille toutefois à imposer la reconnaissance d'une très large liberté d'expression lorsque sont en cause des questions d'intérêt public : elle récuse toute mesure qui aurait pour conséquence de restreindre l'ampleur de la discussion, en dissuadant des personnes susceptibles de lui apporter une contribution intéressante d'y participer (CEDH, 25 mars 1985, *Barthold c/ Allemagne* ; CEDH, 17 octobre 2002, *Stambuk c/ Allemagne*). Cette dernière affaire est intéressante : la cour a constaté que l'Allemagne s'était rendue coupable d'une atteinte à la liberté d'expression du requérant, un ophtalmologiste condamné par un tribunal à une amende de 1000 DM pour avoir outrepassé l'interdiction frappant les médecins de faire de la publicité, après qu'un journal avait publié un article présentant sa nouvelle technique d'opération au laser. La Cour a souligné que si le devoir de vigilance des médecins sur la santé des personnes pouvait expliquer que des restrictions soient apportées à leurs démarches promotionnelles, dans le domaine de la presse, ces règles de conduite devaient être mises en balance avec l'intérêt légitime du public à obtenir des informations. Et elle a estimé que l'effet publicitaire de l'article était secondaire et qu'il fournissait en revanche au public des informations sur une question d'intérêt médical à caractère général, donnant une description équilibrée de la technique opératoire, de sorte que la restriction litigieuse était disproportionnée.

L'allégation « pauvre en sodium » est certes règlementée pour éviter la consommation excessive de sel, responsable notamment d'une augmentation de la tension artérielle. Mais dès lors que c'est l'association entre chlorure et sodium qui pose ce problème de santé, ainsi qu'il ressort clairement d'un avis de l'Autorité européenne de sécurité des aliments de juin 2005, et pas l'association entre bicarbonate et sodium, le caractère nécessaire de la restriction critiquée ne va pas de soi. Et comme, depuis l'Antiquité, le bicarbonate de sodium est utilisé comme pharmacopée improvisée pour calmer les maux les plus divers – gastralgies, eczéma, douleurs de coups de soleil, démangeaison occasionnée par le pied d'athlète – et utilisé comme agent de blanchiment des dents, son caractère proportionné n'est pas non plus évident, puisque les consommateurs peuvent *a contrario* avoir un intérêt à être informé de sa teneur importante dans une eau minérale.

Au total, la balance entre les libertés invoquées et la protection de la santé et du consommateur nous semble être une question suffisamment délicate pour justifier que soit posée à la CJUE la question suivante : les dispositions de l'article 2, § 1, de la directive 2000/13/CE et de l'article 9, § 1 et 2, de la directive 80/777/CEE du 15 juillet 1980, et, désormais, de la directive 2009/54/CE, combinées avec l'annexe III à cette directive, et lues à la lumière de la relation d'équivalence établie entre le sodium et le sel dans l'annexe au règlement (CE) n° 1924/2006, en interdisant à un distributeur d'eau minérale de faire figurer sur ses étiquettes et ses messages publicitaires toute mention relative à la faible teneur en sel d'une eau par ailleurs riche en bicarbonate de sodium, dans la mesure où elle serait de nature à induire l'acheteur en erreur sur la teneur totale en sodium de l'eau, méconnaissent-elles l'article 11, § 1 et l'article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 10 de la CEDH ?

Et par ces motifs nous concluons à ce qu'il soit sursis à statuer sur le pourvoi de la société Neptune Distribution jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur la question préjudicielle que nous avons définie.