

Dossier n°1303718
SNC Pepsico France

Audience du 22 juin 2017

Merci Monsieur le président,

Monsieur le président, madame, monsieur les conseillers,

I. La SNC Pepsico France, qui commercialise sous l'enseigne Alvalle sa célèbre soupe froide fabriquée en Espagne, dénommée Gazpacho, a développé il y a plusieurs années un produit intitulé « Gazpacho vert », dont les ingrédients principaux sont les concombres, la courgette, les poivrons verts et les petits poids. Nulle trace donc dans ce produit de *solanum lycopersicum*, autrement appelée tomate ou, en certaines contrées, pomme d'or. C'est précisément ce qui a chagriné un des contrôleurs de la direction départementale de la protection des populations des Hauts-de-Seine qui, à la suite d'un contrôle, a établi un rapport par lequel il estimait que la dénomination du produit relevait, envers les consommateurs, d'une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article L. 121-1 du code de la consommation. Après ce contrôle, la société Pepsico France a été destinataire d'un courrier l'informant de ce que l'administration envisageait de lui adresser une injonction de mettre fin à cette pratique et l'invitant à présenter ses observations. Les arguments développés par la société en réponse à ce courrier n'ont guère convaincu le contrôleur, qui a finalement adressé une telle injonction, le 22 mars 2013, à la requérante. Celle-ci se tourne aujourd'hui vers vous pour obtenir l'annulation de cette décision.

II. Aucune question particulière de compétence ou de recevabilité ne se posant dans ce dossier, nous nous pencherons directement sur le fond de l'affaire.

A) Un mot tout d'abord sur la nature de la décision attaquée. Bien que le rapport de contrôle ait pour but de constater l'existence de manquements à la réglementation applicable en matière de pratiques commerciales, la décision qui vous est soumise, est fondée sur les dispositions du V de l'article L. 141-1 du code de la consommation, qui prévoient (nous citons) : « *Les agents habilités à constater les infractions ou manquements aux obligations mentionnées aux I, II et III peuvent, après une procédure contradictoire, enjoindre au professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable, de se conformer à ces obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite* ». Elle n'a par conséquent pas pour objet de sanctionner ce manquement, mais seulement de le faire cesser. Elle peut donc sans difficulté se ranger dans la catégorie des mesures de police, dont il vous incombe nécessairement, sauf dispositions

contraires, de contrôler la légalité. Comme presque toujours en matière de police, vous exercez un contrôle normal sur l'appréciation portée par l'administration.

B) La société soulève en premier lieu un moyen, tiré de l'insuffisance de motivation de la décision attaquée, sur lequel nous ne nous attarderons pas dès lors que, si vous nous suivez, vous annulerez l'injonction en litige sur un autre fondement. Vous noterez simplement qu'en l'espèce, la décision attaquée, qui doit être motivée dès lors qu'elle a pour effet de restreindre les libertés, ne comporte aucun motif de fait mais fait référence au rapport établi par l'agent chargé du contrôle de la société, préalablement adressé à celle-ci. Une telle motivation, dite par anticipation, est admise dans la jurisprudence lorsque la teneur des débats contradictoires qui ont précédé l'édition de la décision ne laisse guère planer de doute sur les motifs de fait retenus par l'administration. Voyez notamment en ce sens une décision du **Conseil d'Etat du 10 janvier 1986, M. Croquette, n°61478, fichée en B**, ainsi qu'une autre décision de la même juridiction datée du **6 mars 1992, Société du spectacle de la place Blanche, n°99614, fichée en A**. En l'espèce, la formule « je vous renvoie au rapport transmis en pièce jointe de mon courrier du 4 février 2013 », qui plus est surlignée, nous semble tout à fait entrer dans le champ de cette ligne jurisprudentielle. Ajoutons que l'administration n'était pas tenue de répondre, dans la motivation de la décision, aux observations présentées par la société à la suite du premier courrier de la direction départementale.

C) Ceci étant dit, c'est sur le terrain de l'appréciation que nous nous exprimerons plus longuement. Pour fonder la décision en litige, l'administration s'appuie sur les dispositions du 2° du I de l'article L. 121-1 du code de la consommation, selon lesquelles une pratique commerciale est trompeuse lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant, entre autres choses, sur les caractéristiques essentielles du bien, et notamment sa composition. Le rapport de contrôle énonce à propos du gazpacho que (nous citons) : « *d'après des usages non codifiés ni écrits, cette appellation désigne un potage ordinaire de la péninsule ibérique, servi froid et dont la base est composée de tomates mixées, allongées avec de l'eau ou des glaçons* » (fin de citation). Le raisonnement repose donc sur un syllogisme très simple : le Gazpacho est une soupe froide à base de tomates, le produit commercialisé sous l'enseigne Alvalle ne contient pas de tomates, donc l'intitulé du produit est trompeur et entre dans le champ des pratiques commerciales déloyales définies par les articles L. 120-1 et suivants du code de la consommation.

Pour simple qu'il est, ce raisonnement est erroné dès lors qu'il repose, ainsi que le démontre parfaitement la requérante, sur un présupposé dépourvu de

tout fondement. En effet, la définition du gazpacho donnée par le contrôleur, dont la source n'est d'ailleurs pas citée, ne correspond pas à une situation réglementaire, puisqu'ainsi que le soutient la SNC Pepsico, ce produit n'est régi en France par aucun texte, et ne l'est en Espagne que par le décret royal espagnol du 17 novembre 1998 sur les soupes, qui traite indifféremment de l'ensemble des soupes et autres potages, sans faire un sort particulier à la soupe froide qui nous occupe.

Cette définition ne correspond pas davantage à l'origine du mot, le terme *gaspacho* signifiant « creuset » en espagnol, et désignant donc seulement le récipient destiné à contenir un ensemble de légumes. Le dictionnaire de l'académie royale espagnole définit quant à lui ce breuvage comme un genre de soupe froide qui se prépare habituellement avec des bouts de pain, de l'huile, du vinaigre, de l'ail, de l'oignon et d'autres ingrédients. Nulle mention du caractère obligatoire de la solanacée à la robe rouge, donc.

La définition donnée par l'administration ne correspond pas, enfin, avec la réalité commerciale. C'est le cas en Espagne, où sont commercialisés des *Gaspacho* dits vert (constitué principalement de concombres et de courgettes), jaune (constitué de poivrons jaunes et de carottes) ou même blanc (à base d'amandes). Mais c'est également le cas en France, où au moins un des concurrents de Pepsico commercialise un *gaspacho* également sans tomate.

Nous n'ignorons certes pas que les recettes traditionnelles andalouses du *gaspacho* contiennent de la tomate. Pour autant, une telle revisite de la recette traditionnelle n'est pas de nature, à nos yeux, à tromper le consommateur sur le produit qu'il envisage d'acheter. Nous disons cela avec d'autant plus de certitude qu'il ne suffit pas que la présentation du produit soit légèrement ambiguë pour le faire basculer dans les pratiques trompeuses. L'article L. 120-1 du code de la consommation, qui introduit les articles suivants définissant les pratiques trompeuses ainsi que les pratiques agressives, dispose (nous citons) : « *Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service* » (fin de citation). **La chambre commerciale de la Cour de cassation** a confirmé, par un **arrêt n°10-15648 du 27 avril 2011**, que ces éléments constitutifs de l'infraction étaient valables également pour les pratiques réputées déloyales, à savoir les pratiques trompeuses et les pratiques agressives définies par les articles suivants.

Le texte et la jurisprudence judiciaire reprennent ainsi l'exigence qu'avait rappelé la **Cour de justice des communautés européennes**, interrogée sur l'interprétation des dispositions de la directive 2000/13/CE du 20 mars 2000 relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard, **dans sa décision du 4 avril 2000, Darbo, affaire C-465/98**.

Selon cet arrêt, il incombe à la juridiction nationale d'apprécier le caractère éventuellement trompeur d'une dénomination, d'une marque ou d'une indication publicitaire en prenant en considération l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé. Cette cour retient notamment que les consommateurs, dont la décision d'acheter est déterminée par la composition des produits qu'ils se proposent d'acquérir, lisent d'abord la liste des ingrédients dont la mention est obligatoire en application de l'article 6 de la directive. Elle juge en particulier dans cette affaire qu'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, ne saurait être induit en erreur par la mention « purement naturelle » inscrite sur l'étiquette, du simple fait que la denrée alimentaire comporte du gélifiant pectine dont la présence est régulièrement mentionnée sur la liste des ingrédients qui la composent.

Revenons à notre espèce. Si le terme gazpacho peut effectivement, pour un consommateur moyen, évoquer de la tomate, d'autant que le produit phare vendu sous l'enseigne Alvalle par Pepsico est un produit à base de tomate, l'ajout du mot « vert » au mot Gazpacho, le packaging du produit qui ne représente pas de tomate mais uniquement des légumes verts et des oignons, ainsi que la liste des ingrédients qui ne comporte aucune ambiguïté sur l'absence de tomate dans la soupe, sont de nature à lever tout doute dans l'esprit du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif. La direction départementale de la protection des populations n'a donc pu légalement, sur ce fondement, faire injonction à la société de faire cesser une pratique trompeuse par action.

III. L'administration, en défense, change son fusil d'épaule en soutenant implicitement qu'elle aurait pu prendre la même décision en se fondant sur les termes du II de l'article L. 121-1 du code de la consommation, qui dispose (nous citons) : « *Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle* ». Ce faisant, elle peut être regardée comme vous demandant de substituer aux dispositions du 2° du I de l'article L. 121 celles de son II, ce qui à nos yeux peut être regardé comme une substitution de base légale. Il est vrai qu'en l'espèce, la nuance entre substitution de base légale et substitution de motifs est subtile, et que les deux types de substitution ne répondent pas aux mêmes conditions. Alors que la substitution de base légale peut être, voire doit être, effectuée d'office par le juge, la substitution de motifs doit être expressément demandée par l'administration. Quoi qu'il en soit, au regard de la teneur de l'argumentation dont vous êtes saisis, nous vous invitons à vous prononcer sur cette substitution, quelle que fût sa nature, afin de vider le litige.

Pour appuyer sa demande, l'administration explique que le contexte général de présentation du produit et de la marque, ainsi que des gammes commercialisées conduisent inexorablement à penser à la présence de tomates dans la composition du produit. Nous ne sommes pas sûre, à vrai dire, que l'administration puisse, sur le principe, reprocher à la société Pepsico une pratique commerciale trompeuse par omission. En effet, la direction départementale ne justifie pas quelle information aurait été omise ou fournie de façon ambiguë, puisqu'elle semble s'arc-bouter sur la dénomination Gazpacho, et non demander à la société de préciser sur l'emballage une formule du type « 100 % sans tomates ».

A) Elle se réfère en premier lieu à la présentation de la marque sur son propre site, que nous ne résistons pas à reprendre, de manière légèrement tronquée : *« Depuis plus de 20 ans, Alvalle puise son inspiration de sa terre d'origine, l'Espagne, pour créer des gazpachos et des soupes froides aux saveurs toujours plus originales et gourmandes. Le secret de ses recettes ? Un savoir-faire remarquable et la sélection de légumes gorgés de soleil associés à des ingrédients de toute première qualité. Par ses couleurs, ses textures et ses saveurs subtiles et délicates, Alvalle offre à notre table ce que la cuisine méditerranéenne a de meilleur ».*

Nous peinons sérieusement à comprendre les raisons qui conduisent l'administration à associer les mots « Espagne », « méditerranéenne » et « couleurs » à la pomme d'or, qui n'est jamais mentionnée dans cette présentation. Amis méditerranéens et espagnols, sachez que la tomate vous est consubstantielle, alors tâchez de ne l'omettre dans vos plats sous aucun prétexte. Cet argument ne nous semble en rien permettre de justifier l'injonction adressée à la société requérant.

B) La direction départementale fait valoir, ensuite, que les publicités pour les Gazpacho Alvalle représentent systématiquement une pyramide de tomates, avec la présence d'un code couleur rouge affirmé. Néanmoins, il s'agit de publicités mettant en avant essentiellement le produit Gazpacho d'Alvalle, qui est son produit phare et est effectivement composé principalement de tomates. Est-ce à dire que l'image de la marque est irrémédiablement frappée du sceau de la solanacée, et qu'aucune digression n'est permise en matière de Gazpacho ? Nous ne le pensons pas. Quant au packaging, mis également en avant par l'administration, qui note que la gamme Gazpacho d'Alvalle utilise y compris dans la description de ses produits un code couleur rouge, par opposition au code couleur bleu utilisée pour les soupes froides, celui-ci s'explique à notre sens, ainsi que vous l'indique la société, par le caractère épicé, relevé, des Gazpachos par opposition aux soupes froides, qui sont plus douces. Ce qui explique que la composition du Gazpacho vert de la marque se rapproche, sans en être néanmoins identique, de celle de certaines de ses soupes. D'ailleurs, pour

revenir sur la publicité mentionnée par la direction départementale, le code couleur dans son ensemble, le choix de l'acteur, de sa gestuelle aguicheuse et de son accent, renvoie au contraste entre le caractère froid mais épicé du Gazpacho et le pays « chaud » dont il est issu, en jouant sur le caractère polysémique de ce dernier mot.

C) Enfin, *last but not least*, l'administration affirme que l'adjonction du mot « vert » à côté de la dénomination Gazpacho ne préjuge en rien de l'absence de tomates dans le produit, puisque Alvalle aurait très bien pu réaliser un Gazpacho à base de tomates vertes. Cet argument est tout à fait savoureux et imaginaire, et nous espérons qu'il pourra donner de nouvelles idées de recettes à la société Pepsico. Pour autant, il est vraiment capillotracté si vous nous autorisez cette expression, et nous vous renvoyons, pour l'écarter, à ce que nous avons dit précédemment à propos de la présentation du produit et de la liste des ingrédients.

A dire la vérité, au bout du compte, aucun des arguments de l'administration ne nous semble avoir une once de pertinence, y compris en les mettant bout à bout.

PCMNC :

- **à l'annulation de la décision attaquée ;**
- **à ce qu'une somme de 1 000 euros soit mise à la charge de l'Etat sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;**
- **et enfin, au rejet du surplus des conclusions présentées la requérante.**