

« Il y aurait donc, partout répandues, des forces mystérieuses et vagues, modelant à travers l'espace l'humanité et qui, par-dessus les douanes et les langues, assimileraient les générations entre elles... Je ne suis pas éloigné de penser que la publicité serait précisément un de ces agents qui transforment si profondément et si mystérieusement l'âme même des civilisés. »

Gaston RAGEOT, « Psychologie de la publicité »,
L'Illustration, 23 juin 1928, n° 4451, p. 650.

Publiphiles et publiphobes. La publicité fascine autant qu'elle agace. D'un côté, elle est esthétiquement belle, drôle, source de réflexions parfois, objet de festivals, d'émissions de télévision et même de culte pour certains. Mais d'un autre côté, elle est irritante, intrusive (spam, affichage public), opportuniste (ambush marketing...), agressive ou même choquante... Ce dernier sentiment l'emporte ces dernières années¹. Les mouvements anti-pub se sont multipliés², relayés par les pouvoirs publics qui n'ont pas hésité à parer la publicité de bien des maux. La suppression progressive de la publicité sur France Télévision par la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 sur la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, a ainsi été présentée comme l'un des moyens d'améliorer la qualité des programmes³...

1. Selon les chiffres diffusés par TNS Sofres en novembre 2005, 43 % des français se déclaraient publiphobes contre 36 % en 2002, et 37 % étaient publiphiles contre 43 % en 2002. Le sentiment anti-pub s'est même accru : selon une enquête menée par l'institut TNS en 2010 pour le compte de l'agence Australie, 8 français sur 10 trouvent la publicité plutôt ennuyeuse (La pub plaît de moins en moins aux français : *La Tribune*, 21 octobre 2010).
2. S. DARSY, *Le temps de l'antipub. L'emprise de la publicité et ceux qui la combattent* : Actes Sud, 2005.
3. Article 28 de la loi du 5 mars 2009 modifiant l'article 53 VI de la Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dite Loi Léotard : « Les programmes diffusés entre vingt heures et six heures des services nationaux de télévision mentionnés au I de l'article 44, à l'exception de leurs programmes régionaux et locaux, ne comportent pas

Auto-régulation professionnelle. Pourtant, la profession tente de faire « patte blanche » depuis bien des années. La publicité est en effet l'un des secteurs où l'auto-régulation professionnelle – interne et internationale – est la plus forte. Quelques mois avant la signature d'un code international des pratiques loyales, naissait l'OCA, l'Office de Contrôle des Annonces, institué le 29 août 1935. L'association réunissait la Chambre syndicale de la publicité, des groupements d'intérêt général tels que l'Association des directeurs commerciaux de France et douze syndicats, parmi lesquels l'Union syndicale des maîtres artisans publicitaires, le Syndicat des quotidiens de Paris, celui des journaux de province, les éditeurs créateurs... En 1953, l'OCA deviendra le BVP, Bureau de Vérification de la publicité qui se transforme lui-même en 2008 en ARPP, Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité.

Objectif de l'ouvrage. Dans ce climat mêlé de désamour, de suspicion mais aussi d'attirance et d'intérêts, un ouvrage consacré au droit de la publicité trouve toute sa place. Sans prendre parti sur le courant pro ou anti-pub, il se propose d'analyser les normes en vigueur qui tentent toutes de réconcilier la publicité et son destinataire, le consommateur.

de messages publicitaires autres que ceux pour des biens ou services présentés sous leur appellation générique. Cette disposition s'applique également aux programmes diffusés par ces services entre six heures et vingt heures à compter de l'extinction de la diffusion par voie hertzienne terrestre en mode analogique des services de télévision mentionnés au même I sur l'ensemble du territoire métropolitain. Elle ne s'applique pas aux campagnes d'intérêt général. Le temps maximal consacré à la diffusion de messages publicitaires s'apprécie par heure d'horloge donnée. À l'extinction de la diffusion par voie hertzienne terrestre en mode analogique des services de télévision sur le territoire d'un département d'Outre-Mer, d'une collectivité d'outre-mer ou de Nouvelle-Calédonie, et au plus tard le 30 novembre 2011, les programmes de télévision de la société mentionnée au même I diffusés sur le territoire de la collectivité en cause ne comportent pas de messages publicitaires autres que ceux pour des biens ou services présentés sous leur appellation générique, sous réserve de l'existence d'une offre de télévision privée diffusée par voie hertzienne terrestre en clair. » La distinction faite entre les chaînes nationales d'un côté et locales et régionales d'un autre côté n'est peut-être pas en conformité avec la jurisprudence communautaire qui a jugé qu'« en instaurant un dispositif conduisant à une interdiction de la publicité concernant les traitements médicaux et chirurgicaux sur les chaînes de télévision nationales, tout en offrant la possibilité de diffuser une telle publicité sur les chaînes de télévision locales, ce régime présente une incohérence que le gouvernement italien n'a pas essayé de justifier et n'est donc pas de nature à répondre utilement à l'objectif susmentionné qu'il entend poursuivre ». Aussi constitue-t-elle « une mesure nationale susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité aux articles 43 CE et 49 CE » (CJCE, 17 juillet 2008, aff. C-500/06, Corporacion Dermoestética SA: RLC n° 19/2009, p. 121, obs. L. ARCELIN-LÉCUYER; RLDA n° 30/2008, n° 1810).

I. Histoire de la publicité⁴

« Cette prise d'assaut de l'opinion publique engendra trois succès trois fortunes, et valut l'invasion des milles ambitions descendues depuis en bataillons épais dans l'arène des journaux où elles créèrent les annonces payées, immenses révolutions! En ce moment, la maison A. Popinot et Compagnie se pavanait sur les murs et dans toutes les devantures. Incapable de mesurer la portée d'une pareille publicité, Birotteau se contenta de dire à Césarine: "Ce petit Popinot marche sur mes traces!" sans comprendre la différence des temps, sans apprécier la puissance des nouveaux moyens d'exécution dont la rapidité, l'étendue embarrassaient beaucoup plus promptement qu'autrefois le monde commercial. »

BALZAC, *César Birotteau*, La Pléiade, tome V, p. 489.

La nuit des temps... La publicité au sens large est aussi ancienne que le commerce. Si l'on entend la publicité comme le fait de vanter son produit pour que le chaland l'achète alors il faut remonter aux temps ancestraux, dès le début du commerce avec le troc, les marchés, les foires... Pour attirer l'attention d'une population en grande majorité illettrée, deux techniques sont privilégiées: l'enseigne et les crieurs.

Les temps modernes... Il est courant de faire remonter l'histoire de la publicité moderne en 1836 lorsqu'Émile de Girardin publia dans son premier journal *La Presse* les premières annonces commerciales⁵. L'intérêt pour lui était de rentabiliser son journal en baissant le prix grâce aux recettes liées aux annonces et ainsi gagner des lecteurs. Cette bonne idée fit des émules et dès 1896 *Le Figaro* faisait 37 % de recettes publicitaires.

Le xx^e siècle... D'abord réservée à la presse, la publicité diversifia ses supports. Vint ainsi le temps des affiches publicitaires au début du xx^e siècle. Qui n'a pas en tête les affiches de Toulouse Lautrec peignant les lieux de fête parisiens ou celles de Jules Chéret, « le roi de l'affiche ».

Les logos de marque commencent aussi à faire leur apparition à cette époque et vont s'étendre à partir des années vingt aux produits dérivés (cendriers, boîtes d'allumettes, bob...).

Bien évidemment, la publicité suivra l'émergence des nouveaux médias. En 1922, apparaît la radio et 6 ans après les premiers spots sont diffusés.

4. V. 150 ans de Publicité, Musée de la publicité, 2004. – M. MARTIN, *Trois siècles de publicité en France*: Odile Jacob, 1992. – M.-E. CHESSEL, *La publicité. Naissance d'une profession. 1900-1940*: CNRS éditions, 2002.

5. Des pratiques similaires antérieures n'ont cependant pas été retenues par l'histoire. On citera quand même celle du périodique *Le Tam-Tam*, créé en 1835, premier journal gratuitement payé par les annonces. Même avant, dès 1825, de grands quotidiens (*Le Constitutionnel*, *Le Siècle*, *La Gazette de France*, *Les débats*) disposent de recettes publicitaires non négligeables. V. M. MARTIN, *Trois siècles de publicité en France*, op. cit., p. 55 et suiv.

La publicité va utiliser la musique et se doter de slogans. C'est ainsi que le graphiste-affichiste Cassandre va réaliser la célèbre affiche du paquebot Normandie en 1930 mais aussi le slogan : *Dubo, Dubon, Dubonnet* pour la marque de Vermouth français. Le 1^{er} octobre 1968, les téléspectateurs peuvent découvrir les premiers spots publicitaires télévisés. Ils sont encore en noir et blanc et d'une accroche marketing « minimaliste⁶ ». Tout s'accélère à la fin du xx^e siècle : le bouleversement des nouvelles technologies n'échappera pas aux annonceurs qui s'empareront de ces nouveaux canaux. Ainsi verra-t-on le développement des publicités sur Internet, sur les consoles de jeux, les téléphones portables, pad...

xxi^e siècle... L'aphorisme d'Andy Warhol selon lequel « n'importe quelle publicité est une bonne publicité » est loin d'être vérifiée aujourd'hui. On a plutôt le sentiment que trop de pub tue la pub ! Rien de pire qu'une publicité qui passe inaperçue. Pour mesurer l'impact d'un message, les agences ont désormais recours à des dispositifs de mesure d'audience publicitaire. Ces outils consistent à placer des caméras sur des panneaux publicitaires afin de compter le nombre de personnes qui regardent le panneau, le temps passé devant celui-ci, et parfois même l'estimation de leur âge et de leur sexe. Existente également des dispositifs de mesure de fréquentation des lieux (tels que les centres commerciaux et les aéroports), par lesquels des boîtiers captent les données émises par le téléphone portable et calculent la position géographique des personnes. Grâce à ces systèmes, des statistiques de fréquentation sur la base d'une analyse des comportements sont réalisées. Par exemple, dans le cas des centres commerciaux, il est possible de savoir combien de personnes ont fréquenté un centre tel jour à telle heure mais aussi avoir connaissance des trajets, à l'intérieur du centre, d'une même personne. Certains capteurs reconnaissent même la « cible » en lui envoyant au moment de son passage devant l'écran, par exemple un bon de réduction sur son téléphone portable. C'est l'enjeu des marques et des agences : connaître intimement le consommateur pour lui adresser des publicités personnalisées. Il y a un côté Big Brother qui ne manque pas de faire peur et qui ne laisse assurément pas la CNIL indifférente⁷.

L'avenir... Plus inquiétant, les agences de publicité, associée aux neuroscientifiques, développent depuis peu de nouveaux modes de communication basés sur l'exploration du cerveau du consommateur et la détection des intentions de ce dernier⁸. Cette discipline, appelée le neuromarketing, suscite

6. V. Sur www.snptv.org (Syndicat national de la publicité télévisée) et sur www.lesartsdecoratifs.fr

7. CNIL, Dispositifs d'analyse du comportement des consommateurs : souriez, vous êtes comptés !, 19 avril 2010. – Mesure d'audience des panneaux publicitaires : la loi « Grenelle II » renforce le contrôle de la CNIL, 4 octobre 2010.

8. V. L. GIRARD, « La pub s'incruste dans nos neurones » : *Le Monde*, 30 avril/2 mai 2006 ; « Les publicitaires s'intéressent à notre cerveau : leader mondial de la publicité, Omnicom lance, en France, l'agence conseil en média PHD, qui fonde son expertise sur le neuromarketing », *Le Monde*, 28 mars 2007.

perplexité et crainte. Le temps où le consommateur devient « la chose » des publicitaires ne semble plus très loin : de maître de ses choix, il risque de devenir assujéti à la publicité.

II. Historique du droit de la publicité

« La publicité endort et fait rêver ; mais le jour où le consommateur se réveille naît le consumerism. »

Paul OURLIAC, Le passé du « consumerism », annales de l'université de Toulouse, 1979, p. 217.

Soft law. Nous sommes bien loin des premières « réclames » vantant les boissons alcoolisées comme remèdes contre la grippe, les rhumes, les bronchites et autres refroidissements, ou encore les potions un peu magiques soignant à la fois les aigreurs d'estomac et la calvitie... Aujourd'hui, la publicité se veut plus honnête, mais elle est surtout plus subtile.

Le client, ancêtre du consommateur, aurait pu tomber dans une méfiance absolue de la publicité. La profession aurait alors sombré avant même de s'épanouir. Tout au contraire, les annonceurs et les agences ont souhaité rassurer le client pour mieux communiquer le message publicitaire⁹. Des codes de bonne conduite, normes de loyauté envers le destinataire de la publicité, ont été rédigés afin de tranquilliser et amadouer le consommateur. L'auto-régulation présente aussi l'avantage d'une plus grande acceptation. Les règles restrictives d'une activité sont d'autant mieux reçues qu'elles sont issues de la profession. Il ne faut alors guère s'étonner de ce que le secteur publicitaire se soit très vite doté de ses propres normes et que le « soft law » connaisse ici un succès considérable.

Le premier pas fut international, ce qui n'est pas étonnant face à la dimension mondiale de la publicité. La Chambre de commerce internationale publia ainsi un Code des pratiques loyales en matière de publicité dès 1937, devenu par la suite le Code sur les pratiques de publicité et de communication de marketing et réformé en dernier lieu en 2006. Au niveau européen, a été créée en 1992 l'Alliance Européenne pour l'Éthique en Publicité (AEEP), dénommée en anglais « *European Advertising Standards Alliance* » (EASA), et qui rassemble des organismes d'autodiscipline publicitaire de différents pays. Néanmoins, comme le relève l'AESA, l'auto-régulation doit d'abord être pensée d'un point de vue national : « *advertising regulation works best at national level, where it can reflect national cultural, commercial and legal traditions* ».

9. Selon l'EASA (European Advertising Standards Alliance), « des consommateurs trompés ou choqués par la publicité n'achètent plus. Même si elle ne représente qu'un faible pourcentage de l'ensemble, la mauvaise publicité mine peu à peu la confiance des consommateurs et affecte l'ensemble de la publicité. Par conséquent, il y va de l'intérêt du secteur publicitaire de veiller à ce que la publicité soit sainement réglementée ».

and react to national trends and concerns. Despite the Single Market, there is still not such thing as a “Euro-consumer”. Ideas of what is offensive vary widely throughout the EU and an advertisement which is not misleading to consumers in countries where the product or service advertised is well-known may still mislead consumers in countries where it is unfamiliar¹⁰ ». Effectivement, si les normes générales peuvent être communes à l'ensemble des États, leur application et le contrôle subséquent appellent une vision propre à chaque pays. En France, la régulation du secteur est assurée depuis 2008 par l'Autorité de Régulation professionnelle de la publicité (ARPP). Elle a pris la succession du Bureau de Vérification de la Publicité (BVP) institué en 1953 à la suite de l'Office du contrôle des annonces (OCA) créée en 1937. Les autres États européens connaissent des organismes similaires. Par exemple, au Royaume-Uni œuvre l'ASA (*Advertising Standards Authority*) et en Irlande l'ASAI (*Advertising Standards Authority for Ireland*). En Belgique existe le Jury d'éthique publicitaire et en République tchèque, la Rada pro Reklamu...

À côté de ces organismes régulant la publicité de façon générale, co-existent des associations, fédérations et autres entités plus sectorielles qui participent plus ponctuellement à l'œuvre régulatrice. Ainsi en va-t-il de l'AACC (Association des Agences-Conseils en communication), de la FEVAD (Fédération du e-commerce et de la vente à distance) du SNCD (Syndicat national de la communication directe), de l'UFMD (Union française du marketing direct), de l'UDA (Union des annonceurs)...

Hard law. Le « hard law », en comparaison au « soft law », commande également de distinguer l'édition des règles et leur contrôle. Si le droit de la publicité est aujourd'hui d'origine supra-nationale, il demeure que le contrôle est empreint de particularismes culturels qui donnent aux juges internes une certaine latitude. La notion de « consommateur moyen » est ainsi l'un des standards permettant au juge de calquer sa décision au mieux de l'analyse sociétale de son pays. La directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs¹¹ souligne d'ailleurs dans son considérant 18 que le critère d'évaluation est « le consommateur moyen qui est normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques, selon l'interprétation donnée par la Cour de justice ».

Réglementation interne. Sans doute faudrait-il remonter à Babylone pour trouver les traces d'un droit de la publicité entendu comme un droit de présentation honnête des biens. Le Code d'Hammourabi ne contenait-il pas

10. EASA, *The Blue Book*, 2005, p. 13.

11. Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, *JOUE* n° L 149, 11 juin 2005, p. 22.

en effet des dispositions répressives contre ceux qui procédaient à des falsifications de la marchandise ? Chaque période historique s'est en fait dotée de son propre arsenal juridique de lutte contre ces falsifications et tromperies à l'encontre du client. Le droit plus moderne trouve son origine dans la loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications¹². Le texte punit les auteurs de tromperies sur la nature et les qualités substantielles d'une marchandise, sur sa composition et teneur en principes utiles, sur l'espèce ou l'origine, sur la quantité et la qualité. À partir des années 1970, les lois de protection des consommateurs se sont enchaînées traduisant la naissance du mouvement consumériste. Or, il est remarquable que le premier texte spécifique à la publicité ait été promulgué avant cette époque. C'est en effet avec la loi du 2 juillet 1963, réformée à plusieurs reprises, que le droit français a pour la première fois sanctionné précisément la publicité mensongère. Il faudra attendre ensuite 1992 pour que la publicité comparative, jusque là interdite, soit autorisée¹³. Aujourd'hui, la publicité s'analyse, selon la terminologie communautaire, comme une pratique commerciale, dont la loyauté doit être vérifiée¹⁴.

À côté de ces textes spécifiques, posant conditions et répression, les entreprises pouvaient bien naturellement compter sur la responsabilité civile délictuelle. La publicité était – reste – un terrain propice à l'engagement de la responsabilité pour concurrence déloyale. Cependant, les réglementations particulières ont l'avantage d'être invocables par les consommateurs et leurs associations représentatives et non pas seulement par les entreprises victimes comme c'est le cas de l'action en concurrence déloyale en France.

Réglementation communautaire. Ces règles internes ont grandement été influencées par le droit communautaire. Le Traité de Rome de 1957 ne comportait aucune disposition concernant directement les consommateurs. Certains articles pouvaient avoir un lien indirect avec la protection des consommateurs, comme l'article 2 ou l'article 3. Mais il fallut véritablement attendre 1972 pour que la Communauté se préoccupe directement de l'amélioration des conditions de vie et de travail des peuples et tende à prendre en compte et renforcer les mesures en faveur des consommateurs. Suivant ce vœu, le Conseil des ministres définissait le 14 avril 1975 un « programme préliminaire de la CEE pour une politique de protection et d'information des consommateurs » qui énonçait cinq droits fondamentaux des consommateurs : Droit à la protection de sa santé et sécurité ; Droit à la protection de ses intérêts économiques ; Droit à la réparation des dommages ; Droit à l'information et à l'éducation ; Droit à la représentation.

Un second programme suivra en 1981. Pour éviter que le rapprochement ne se fasse par le bas, l'acte unique de 1986 prévoyait que la Commission,

12. Aujourd'hui, article L. 213-1 du Code de la consommation.

13. Loi du 18 janvier 1992 de protection des consommateurs. Aujourd'hui, article L. 121-8 et suivants du Code de la consommation.

14. Cf. Art. L. 120-1 et suivants du Code de la consommation.

dans ses propositions, devait prendre pour base un « niveau de protection élevé ». C'est dans ce contexte que sera rédigée la directive n° 84-450 CEE du Conseil des CE relative au rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse du 10 septembre 1984. D'autres textes viendront compléter le dispositif comme la Directive n° 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs¹⁵ ou bien la Directive n° 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive n° 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative¹⁶. La directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur apportera la dernière touche communautaire au droit de la publicité¹⁷. L'ensemble sera consolidé par la directive n° 2006/114/CE du 12 décembre 2006¹⁸. Enfin, certaines dispositions relatives à la publicité et autres pratiques promotionnelles comme le parrainage et le placement de produit, figurent dans la directive n° 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

III. Notion de publicité

Définition commune¹⁹. Le terme de publicité appliqué à notre domaine est très récent. Nulle trace dans le Littré de 1874 qui évoque, bien succinctement son ancêtre, la réclame. Le terme apparaît en 5^e position sous le qualificatif de néologisme : « Petit article inséré à part des annonces, dans le corps d'un journal, et contenant l'éloge d'un livre, d'un objet d'art, de commerce, ect. Les plus mauvais ouvrages obtiennent des réclames laudatives. » Plus d'un siècle plus tard, le terme est « vieilli » dans *Le Grand Robert* de 2001 : « texte élogieux présentant et recommandant un ouvrage, un spectacle, un produit, un artiste, etc., inséré dans un journal pour remplacer ou compléter une annonce publicitaire ». En revanche, celui de publicité figure désormais dans le langage courant et est défini de la façon suivante : « le fait d'exercer une action sur le public à des fins commerciales ; le fait de faire connaître (un

15. JOCE n° L 166, 11 juin 1998, p. 51.

16. JOCE n° L 290, 23 octobre 1997, p. 23.

17. JOCE n° L 149, 11 juin 2005, p. 22. La directive devait être transposée avant le 12 juin 2007. Comme souvent, la France a tardé dans son obligation et c'est la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs qui a enfin exécuté cette transposition.

18. JOCE n° L 378, 27 décembre 2006, p. 21.

19. M. MARTIN, *Trois siècles de publicité en France*, p. 13 et suiv.

produit, un type de produits) et d'inciter à l'achat ». L'incitation à l'achat est donc un critère déterminant dans l'acception générale du terme.

Définition juridique. D'un point de vue juridique, la Cour de cassation²⁰ définit de façon constante la publicité comme un « moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services qui lui sont proposés ». La publicité remplit donc avant tout un rôle d'information du consommateur. Cette définition implique que tout message peut revêtir la qualification de publicité à partir du moment où il donne une information au client. Ainsi, le simple affichage des prix est une publicité²¹. Et les termes clairs et précis d'une publicité ont une valeur contractuelle : ils engagent l'annonceur²². Le caractère incitatif n'est en revanche pas déterminant. Dans certains cas même, la séduction est radicalement bannie. La publicité pour l'alcool²³ ou le tabac²⁴ est autorisée sous réserve qu'elle ne soit pas trop « attrayante ». Mais le fait qu'il n'y ait pas de contenu incitatif n'empêche pas la qualification du message de « publicité ».

Jeu publicitaire ou jeu et publicité ? Le Jury de Déontologie Publicitaire (instance associée à l'ARPP) s'est interrogé à plusieurs reprises sur la notion même de publicité. L'enjeu est de taille puisque la qualification du message de publicité conduit à l'application des règles et recommandations de l'ARPP. De ce fait, l'argument visant à « disqualifier » de publicité le message en cause pourrait bien se développer tant il existe aujourd'hui différents modes de communication.

En l'espèce, était en cause une « succession de messages instaurant un dialogue, adressée, notamment, sur la messagerie du plaignant. Ces messages sont personnels et proviennent d'une personne, en l'espèce l'expéditrice, qui s'adresse directement au destinataire en utilisant son prénom et en citant le nom d'un proche de celui-ci. Le message est – libellé ainsi : « hello..., Je m'appelle Elodie, j'ai eu ton contact par X, j'étais à une soirée de... mais on ne s'est pas parlé... du coup je ne sais pas si tu te souviens de moi mais ça me ferait plaisir si on pouvait se revoir. Voici mon facebook... À très vite. Elodie ».

20. Qu'il s'agisse de la Chambre criminelle (Cass. crim., 23 mars 1994, Bull. crim. n° 114. – 14 octobre 1998 : Bull. crim. n° 262 ; JCP G 1999, II, 10066, note CONTE Ph. Contrats, conc., consom. 1999, comm. n° 32, note G. RAYMOND) ou de la Chambre commerciale (Cass. com., 6 mai 2008 : inédit, pourvoi n° 04-19713).

21. Cass. crim., 14 octobre 1998, *op. cit.*

22. Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2010, n° 08-14461.

23. Cass. crim., 29 novembre 2005 : Bull. crim., n° 312. – 19 décembre 2006 : Bull. crim., n° 321. – 29 novembre 2005 : Bull. crim. n° 312 ; RTD com. 2006, p. 501, obs. B. Bouloc ; AJ Pénal 2006, p. 123, obs. C. Saas ; JCP 2006, I, 159, obs. J.-H. ROBERT ; Dr. Pénal 2006, n° 40, obs. J.-H. ROBERT – 14 mai 2008 : Bull. crim. n° 117. – Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008 : Bull. civ. I, n° 150 ; D. 2008, p. 1620, obs. C. RONDEY.

24. Cass. crim., 26 septembre 2006 : Bull. crim. n° 237 ; Dr. pénal 2006, n° 12, obs. J.-H. ROBERT – 3 mai 2006 : Bull. crim. n° 118 ; Dr. pénal 2006, n° 9, obs. J.-H. ROBERT – 16 janvier 2007, inédit, pourvoi n° 06-8239 ; RLC n° 15/2008, p. 101, obs. L. ARCELIN-LÉCUYER – 13 février 2007, inédit, pourvoi n° 04-87155. – Cass. 2^e civ., 10 janvier 2008, inédit, pourvoi n° 07-13116.

Si le destinataire se connecte sur le profil facebook de l'expéditrice, il peut constater que le contact X, cité dans le message et figurant comme ami sur la page facebook, est bien une personne qu'il connaît. Plus tard, il reçoit un deuxième courriel de l'expéditrice qui l'invite à une soirée et lui propose de visionner une vidéo enregistrée à ce sujet pour le convaincre. S'il visionne la vidéo, le destinataire, voit l'expéditrice commencer un simulacre de striptease, puis s'interrompre à la sonnerie d'un téléphone, répondre à l'interlocuteur « oui je l'ai invité, je suis en contact avec lui », alors, l'expéditrice tend l'écran du téléphone vers la « webcam » et le destinataire constate que l'interlocuteur téléphonique est son ami qui a servi d'intermédiaire. Puis, le message suivant apparaît : « Visiblement, toi aussi tu as gardé une âme de célibataire. Bienvenue au club. » S'affiche ensuite automatiquement la page d'un site intitulé « on a tous une âme de célibataire » sur laquelle figurent, entre autres, le sigle de *Renault* et la photo d'un véhicule. Ce site propose alors au destinataire de piéger à son tour un ami avec la complicité d'un mannequin qu'il peut choisir entre plusieurs hommes et femmes dont la photo figure sur la page.

Les prémices du message publicitaire final constituaient-ils eux-mêmes une publicité ? Fallait-il avoir une approche globale ? Pour *Renault*, si l'ensemble constitue bien de la publicité, le dispositif d'envoi évoqué n'est pas un message publicitaire puisqu'il s'agit d'un jeu organisé par elle auprès de personnes rencontrées lors de soirées événementielles organisées pour le lancement de son nouveau modèle, la *Renault Wind*, et auxquelles il a été proposé de se connecter sur le site intitulé, dans l'esprit du produit, « On a tous une âme de célibataire » et créé dans le cadre de sa campagne. Qui plus est, à aucun moment dans le jeu n'est mentionné le produit.

En se fondant sur la Recommandation Internet Support publicitaire²⁵, le JDP rejette la plainte. Il dissocie les deux étapes de la communication en isolant la dernière partie qui constitue bien une publicité. En revanche, la première partie – le jeu – ne constitue pas de la publicité relevant de l'obligation d'identification. En effet,

« si la dernière page auquel conduit le “jeu” constitue bien de la publicité, le mécanisme mis en place ne fonctionne qu'à l'initiative d'une personne qui connaît le destinataire et lui tend un “piège” inoffensif, relevant de la farce, auquel ce destinataire n'a aucune obligation d'adhérer. Cet instigateur sait

25. « Tout annonceur, émetteur d'un message publicitaire sur l'Internet, doit être clairement identifiable. Cette identification doit être lisible et facile d'accès pour tout internaute. L'identification peut se faire par la/les marque(s) de l'annonceur, ou tout autre signe distinctif rattaché sans ambiguïté à l'annonceur. La publicité doit pouvoir être clairement identifiée comme telle, et ce quelle que soit la forme sous laquelle elle se présente. Cette identification peut se faire par tout moyen nettement perceptible permettant de rendre d'emblée non équivoque pour l'internaute la nature publicitaire du message. Aucun message publicitaire ne doit être de nature à dégrader la confiance que le public doit pouvoir porter à la publicité. À cet égard : La publicité ne doit pas être de nature à induire le consommateur en erreur sur l'offre réellement proposée et/ou sur l'entreprise à l'origine de l'offre. »

que ce jeu est mis à sa disposition par Renault et conduira le destinataire, s'il a accepté de jouer, à voir une page de publicité pour un produit de la marque Renault. Il relève que durant toute la phase de jeu, aucune promotion pour Renault n'est faite, ni aucune invitation à un événement Renault n'est proposée, le mécanisme consistant en réalité à amener le destinataire vers la page de publicité Renault qui est, elle, clairement identifiée ».

Aucune approche globale du message n'est donc retenue, le JDP préférant au contraire dissocier chaque étape d'une communication commerciale.

Il convient en revanche de clairement distinguer la publicité d'un côté, du parrainage (A), du placement de produit (B) et des communications non commerciales (C) d'un autre côté.

A. Le parrainage

Programmes parrainés. Depuis quelques années, les émissions de courte durée communément appelées « programmes courts » se sont multipliées sur les chaînes de télévision ou de radio. Ces émissions, n'excédant guère une minute, permettent aux parrains de contribuer à la conception de programmes en adéquation avec leur image. Leur format favorise leur multi-diffusion. Ce fut notamment le cas de *Du côté de chez vous* sur TF1 consacrée à des maisons originales et parrainée par *Leroy Merlin*, *Repères sécurité* consacrée à la sécurité routière et parrainée sur France 2 par *Renault*, *Belle et zen* pour des astuces et conseils beauté parrainée par *Yves Rocher* sur M6... Ces programmes font parfois l'objet de dérives publicitaires, nécessitant un rappel à l'ordre des chaînes, en particulier lorsqu'est remise en cause l'indépendance éditoriale du diffuseur.

Définition du parrainage. Selon le décret du 27 mars 1992 relatif à la publicité, au parrainage et au téléachat, « constitue un parrainage toute contribution d'une entreprise ou d'une personne morale publique ou privée, n'exerçant pas d'activités de radiodiffusion télévisuelle ou de production d'œuvres audiovisuelles, au financement d'émissions télévisées, afin de promouvoir son nom, sa marque, son image, ses activités ou ses réalisations ». La définition communautaire issue de la directive n° 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, est sensiblement la même. Il s'agit de « toute contribution d'une entreprise publique ou privée ou d'une personne physique, n'exerçant pas d'activités de fournisseur de services de médias ou de production d'œuvres audiovisuelles, au financement de services de médias audiovisuels ou de programmes, dans le but de promouvoir son nom, sa marque, son image, ses activités ou ses produits ».

Conditions. Toute émission ne peut tout d'abord pas être parrainée. Ainsi, les journaux télévisés et les programmes d'actualité ne sont pas parrainés. Liberté est ensuite donnée aux États membres concernant les programmes pour enfants, des documentaires ou des programmes religieux. Afin de ne pas être considéré comme une publicité clandestine, le parrainage doit également respecter maintes conditions. Aux termes de l'article 3-7-1 de la directive de 2007,

« leur contenu et, dans le cas de la radiodiffusion télévisuelle, leur programmation ne sont en aucun cas influencés de manière à porter atteinte à la responsabilité et à l'indépendance éditoriale du fournisseur de services de médias, ils n'incitent pas directement à l'achat ou à la location de biens ou de services, notamment en faisant des références promotionnelles spécifiques à ces produits ou services, les téléspectateurs sont clairement informés de l'existence d'un accord de parrainage. Les programmes parrainés doivent être clairement identifiés en tant que tels par le nom, le logo et/ou un autre symbole du parraineur, par exemple au moyen d'une référence à ses produits ou services ou d'un signe distinctif, d'une manière adaptée au programme au début, à la fin ou pendant celui-ci ».

Des dispositions particulières sont prévues en cas de jeu ou de concours. Il est ainsi prévu à l'article 18-III du décret du 27 mars 1992, que « lorsque le parrainage est destiné à financer une émission de jeu ou de concours, des produits ou services du parrain pourront, sous réserve de ne faire l'objet d'aucun argument publicitaire, être remis gratuitement aux particuliers à titre de lots ».

Publicité clandestine. Le contrôle de la licéité du parrainage est confié au CSA. Il ne manque pas chaque année de mettre en demeure des chaînes de télévision ou des radios de cesser des pratiques de publicités clandestines²⁶. Par exemple, en octobre 2004, le Conseil a estimé que les conditions de réalisation de l'émission de TF1 *Julie cuisine*, présentée par Julie Andrieu, étaient contraires aux dispositions des paragraphes I, II, et III, alinéa 2 de l'article 18 du décret du 27 mars 1992. Cette émission était parrainée par la marque d'électroménager *Whirlpool*, avec la mention orale : « Cuisiner est un plaisir. Julie cuisine avec *Whirlpool*. » L'association du titre de l'émission, *Julie cuisine*, et de la mention du parrain « avec *Whirlpool* », si elle indique que l'émission est présentée par cette marque, précise également au téléspectateur que la spécialiste culinaire qu'est Julie Andrieu cuisine avec *Whirlpool*.

26. Des reportages trop appuyés ou trop flatteurs peuvent également être qualifiés de publicité clandestine. Dans une décision du 17 décembre 2004, le CSA a ainsi mis en demeure France 2 de respecter pour l'avenir la prohibition de la publicité clandestine. Pour le CSA, France 2 aurait enfreint cette interdiction, en diffusant au cours du journal de 20 heures du 23 octobre 2004 un reportage sur une agence de voyages spécialisée dans le tourisme esthétique. Pour le CSA, ce reportage assurait la promotion de cette agence, notamment en présentant « de façon détaillée et complaisante les prestations de cette agence » et en visualisant la page d'accueil du site web de l'agence durant plusieurs secondes.

De surcroît, le Conseil s'est interrogé sur la présence dans l'émission d'appareils ménagers qui, s'ils ne portent pas la marque *Whirlpool*, semblent bien appartenir à sa gamme de produits, ce que suggère la formule « Julie cuisine avec Whirlpool ». Sur M6, l'émission *Une minute pour découvrir*, diffusée en septembre et octobre 2004 était parrainée par « le mois Carrefour ». Or, « le mois Carrefour » ne correspondait pas aux moyens d'identification d'une émission parrainée, tels que prévus par le deuxième alinéa de l'article 18-III du décret précité. Si Carrefour peut en tant que tel recourir au parrainage, la référence à une opération commerciale ponctuelle, consistant à communiquer sur des offres promotionnelles exceptionnelles pendant un mois, ne peut en revanche être admise. Il s'agit en effet d'une opération visant à renforcer la fréquentation des magasins de l'annonceur, dont le caractère promotionnel est incompatible avec la vocation institutionnelle du parrainage. Étant déjà intervenu auprès de M6 pour le même motif en janvier 2000, le Conseil a mis fermement en garde la chaîne contre le renouvellement d'une telle pratique. En 2009, le CSA a constaté, sur l'antenne d'Europe 1, lors de la tranche *Europe 1 Matin*, les 22, 23 et 24 septembre 2009, une promotion appuyée d'un ouvrage signé par Marc-Olivier Fogiel dans les chroniques de Nicolas Canteloup et de Guy Carlier. Dans une lettre de mise en garde adressée à la radio le 14 décembre 2009, le Conseil a rappelé, d'une part, qu'en vertu de l'article 8 du décret du 6 avril 1987 fixant le régime de la publicité et du parrainage pour les radios privées, « les messages publicitaires doivent être clairement annoncés et identifiés comme tels », et, d'autre part, que, conformément à l'article 3-3 de la convention signée par le Conseil avec Europe 1, « les émissions ne doivent pas inciter à l'achat ou à la location de produits ou services par l'intermédiaire de toute personne s'exprimant à l'antenne, et ne peuvent en particulier comporter de références promotionnelles spécifiques à ces produits ou services²⁷ ». Dans le même sens, le 8 octobre 2009, le CSA est intervenu auprès de France 4 à la suite d'une pratique relevée dans l'émission *La Porte ouverte à toutes les fenêtres*, diffusée le 20 juillet. Cette pratique était contraire aux dispositions de l'article 18-III du décret du 27 mars 1992, aux termes desquelles « [...] lorsque le parrainage est destiné à financer une émission de jeu ou de concours, des produits ou services du parrain pourront, sous réserve de ne faire l'objet d'aucun argument publicitaire, être remis gratuitement aux particuliers à titre de lots ». Or, le Conseil relève que la présentation d'un des lots remis, une voiture, a fait l'objet d'une présentation publicitaire. Il constate en outre que la brièveté d'apparition de la mention « Avec la participation de... » suivie des logos des parrains ne permettait pas d'indiquer clairement aux téléspectateurs que ce programme faisait l'objet d'un parrainage tel que le prévoit l'article 18-II du décret²⁸.

27. V. CSA, rapport pour 2009.

28. *Ibid.*

Excès de parrainage... Si le parrainage n'est pas au sens de la loi considéré comme une publicité, il demeure que son impact sur le consommateur est important. Or, il s'avère que depuis la suppression de la publicité sur France Télévisions après 20 heures par la loi de 2009, le groupe a multiplié les émissions parrainées. Au final, ses sources de recettes sont augmentées, alors même qu'il reçoit une aide de l'État pour compenser son manque à gagner du à la loi de 2010. M6 et TF1 se sont « émues » de cette augmentation et ont demandé à ce que France Télévisions modifie ses contrats²⁹. Le président de France Télévisions (Rémy Pflimlin) a finalement annoncé qu'il envisageait de réduire le parrainage des émissions après 20 heures, ce qui irait dans le sens des préconisations du ministre de la Culture et de la communication³⁰.

B. Le placement de produit

Intérêt du placement de produit. D'un point de vue technologique, le téléspectateur dispose d'outils permettant d'esquiver la publicité comme la télécommande ou encore les enregistreurs vidéo numériques. « Bien souvent, observe-t-on, le consommateur qui se voit offrir de telles possibilités choisit d'éviter la publicité³¹. » Dès lors, la publicité n'atteint plus sa cible. Pour que celle-ci regagne en efficacité, il faut la repenser. C'est l'un des enjeux de la directive n° 2007/65/CE du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle. Le considérant 57 est particulièrement révélateur :

« Compte tenu des moyens accrus dont disposent les téléspectateurs pour éviter la publicité grâce au recours aux nouvelles technologies, telles que les enregistreurs vidéo numériques personnels, et de l'élargissement de la palette des canaux disponibles, le maintien d'une réglementation détaillée en matière d'insertion des spots publicitaires en vue de protéger les téléspectateurs ne se justifie plus. La présente directive ne devrait pas réviser à la hausse le volume horaire admissible de publicité mais devrait donner la possibilité aux organismes de radiodiffusion télévisuelle de procéder à l'insertion de messages publicitaires lorsque cela ne porte pas préjudice à l'intégrité des programmes. »

La régulation de la publicité est repensée non plus en terme quantitatif mais en terme qualitatif. L'équilibre est rompu en raison des possibilités pour le téléspectateur d'échapper à la publicité ; augmenter le volume horaire ne

29. Pub sur France télévisions : les exigences de TF1 et M6 : *Le Figaro*, 13 septembre 2010.

30. Les parrainages sur France Télévisions en voie d'être rabotés : *La Tribune*, 21 septembre 2010.

31. J.-M. DRU, *La publicité autrement*, Gallimard, 2007, p. 48.

rétablira pas cet équilibre³². Pour le retrouver, il faut à nouveau que le consommateur soit dans la situation de ne pas pouvoir esquiver le message. C'est sur le terrain des techniques qui ne sont pas considérées juridiquement comme une publicité mais plus globalement des communications commerciales que le consommateur va être en quelque sorte piégé. L'un des modes de communications – centenaire par ailleurs³³ – est le placement de produit.

Définition du placement de produit. L'article 1 2) m) de la directive de 2007, comme la délibération du CSA n° 2010-4 du 16 février 2010 relative au placement de produit dans les programmes des services de télévision, définissent la notion comme « toute forme de communication commerciale audiovisuelle consistant à inclure un produit, un service, ou leur marque, ou à y faire référence, en l'insérant dans un programme, moyennant paiement ou autre contrepartie ». Le cinéma est sans nul doute le terrain de prédilection du placement de produit, mais sera peut-être détrôné un jour ou l'autre par les jeux vidéo³⁴. En effet, pour l'annonceur, ces derniers présentent un atout substantiel en ce que l'attention du joueur est beaucoup plus importante que celle du spectateur³⁵.

Interdiction sauf exception. La directive de 2007 interdit textuellement le placement de produit sauf exception, ce qui revient à l'autoriser sous conditions. La France a saisi cette opportunité. Ainsi que l'expose le CSA dans sa délibération n° 2010-4,

« la directive 2007/65/CE [...] pose, en son article 3 octies, le principe de la prohibition du placement de produit sur l'ensemble des services de médias audiovisuels. Cependant, cette pratique est, sauf à ce que l'État membre en décide autrement, admissible dans certains cas limitativement énumérés. Le législateur français a décidé d'user de cette possibilité. L'article 14-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009, charge le Conseil supérieur de l'audiovisuel de fixer les conditions dans lesquelles les programmes des services de communication audiovisuelle peuvent comporter du placement de produit ».

32. Dans cette optique, une meilleure répartition du temps de publicité a été initiée en rajoutant une seconde interruption publicitaire des œuvres audiovisuelles et cinématographiques sans pour autant que le volume horaire ne soit augmenté.

33. V. J.-M. LEHU, *La publicité est dans le film. Placement de produits et stratégie de marque au cinéma, dans les chansons, dans les jeux vidéo...*, éditions d'Organisation, 2006, p. 29 et suiv.

34. V. sur ce sujet, ARPP, Communication publicitaire digitale, décembre 2010. Il est notamment fait état de l'identification du message publicitaire. Dans la partie intitulée « In-Game Advertising » (ou Publicité dans les jeux vidéo), il est précisé que « si le message apparaît dans des emplacements publicitaires tels qu'ils existent dans la vie "réelle", son caractère publicitaire est alors considéré comme manifeste. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir d'éléments supplémentaires d'identification. Si le caractère publicitaire ne se manifeste pas clairement, il est alors recommandé d'ajouter une indication explicite permettant d'identifier la publicité comme telle ».

35. J.-M. LEHU, *La publicité est dans le film. Placement de produits et stratégie de marque au cinéma, dans les chansons, dans les jeux vidéo...*, op. cit., p. 202.

Conditions. L'intrusion du message doit passer inaperçue. C'est d'ailleurs à cette condition que la communication n'est pas requalifiée en publicité clandestine. Ces techniques sont gouvernées par les principes d'indépendance éditoriale et de prééminence induite qui empêchent le programme d'être accès sur le produit ou bien de faire apparaître celui-ci de façon surprenante, c'est-à-dire sans lien avec l'intrigue ou le contenu éditorial³⁶. Toutefois, un peu paradoxalement, le spectateur ou téléspectateur doit quand même être informé de l'existence d'un placement de produit. La directive exige, sauf lorsqu'il s'agit d'un programme non produit par le fournisseur de média, que le consommateur soit informé au début et à la fin du programme et après chaque interruption. Un pictogramme affiché en bas de l'écran remplit ce rôle informatif³⁷. La délibération n° 2010-4 du CSA rappelle que

« conformément au 4° de l'article 14-1 de la loi du 30 septembre 1986, les téléspectateurs doivent être clairement informés de l'existence d'un placement de produit. À cette fin, les programmes comportant du placement de produit sont identifiés par un pictogramme dont la forme et les caractéristiques techniques sont arrêtées par le conseil. Ce pictogramme apparaît pendant une minute au début du programme, pendant une minute après chaque interruption publicitaire et, à la fin du programme, pendant toute la durée du générique. Lors de la diffusion d'une vidéomusique, le pictogramme apparaît pendant toute la durée de diffusion de celle-ci. Ces modalités d'information s'imposent quelles que soient l'origine et les conditions de production du programme. Les services de télévision informent régulièrement les téléspectateurs de la signification de ce pictogramme ».

Le but de la condition est ambigu : s'agit-il de protéger le téléspectateur en l'informant ou bien préparer son esprit à recevoir la communication et donc de renforcer l'impact promotionnel du placement de produits ? L'intrusion est encore autorisée parce qu'il n'y a aucune incitation à l'achat. Contrairement à la publicité qui agit sur le court terme car elle vante un produit ou une offre limitée dans le temps, les autres techniques de communication cherchent à avoir un impact-mémoire sur le consommateur, ce qui se réalise sur le moyen ou long terme.

³⁶. Le CSA, bien avant la directive de 2007, rappelait que « lorsqu'elle trouve sa justification dans les exigences de l'œuvre, la présence de marques est parfaitement admise et ne nécessite notamment par l'usage du "floutage". En revanche, doit être proscrite toute mise en valeur induite d'un produit ou d'un service, en ce qu'elle serait de nature à abuser les téléspectateurs et à abroger le principe de la nécessaire séparation de l'espace publicitaire du reste du programme ».

³⁷. Considérant n° 60.

C. Les communications non commerciales

Valeur non marchande des messages. La publicité n'a pas toujours qu'une vocation marchande. Elle peut parfois véhiculer des messages porteurs de projets, de valeurs ou d'engagements. On parlera plus précisément alors de communication politique, de publicité de crise ou encore de communication d'opinion³⁸. La communication d'opinion ou *advocacy advertising* est définie comme le message ayant pour objet de donner le point de vue de l'entreprise sur un thème donné afin de faire changer l'opinion du public ou des pouvoirs publics. La pratique se développe depuis la fin du xx^e siècle avec la mutation de l'entreprise d'une entité uniquement productrice vers une entité plus citoyenne. Un mouvement similaire est apparu face aux difficultés de l'entreprise avec les communications et publicités de crise. Le discours se fait plus institutionnel afin d'être plus crédible. Du côté des pouvoirs publics, on pense aux publicités de prévention des maladies telles que le cancer ou le sida.

Campagnes d'intérêt général. Les organisations professionnelles sont parfois mises à contribution de ces communications. Par exemple, dans la lutte contre l'obésité que mènent les pouvoirs publics, a été signée la charte pour promouvoir une alimentation et une activité physique favorables à la santé dans les programmes et les publicités diffusés à la télévision (Charte Santé) le 18 février 2009. L'ARPP s'est engagée, aux côtés des professionnels de la publicité (Annonceurs, Agences et Médias) à encourager des comportements nutritionnels équilibrés dans la publicité. Il y a un engagement dans une démarche volontaire de soutien à la politique nationale de santé publique, dont le Programme national nutrition santé (PNNS), coordonné par

38. Le Jury D'Éthique Publicitaire en Belgique a édicté des règles relatives aux publicités non commerciales en décembre 2009. Le JEP retient sa compétence à l'égard de ces communications. Sont visées les publicités politiques définies comme « toutes communications politiques menées dans des espaces publicitaires, entre autre à l'occasion d'élections, par des partis, des élus, des candidats à des mandats publics. Ne sont pas considérées comme de la publicité politique : les communications de sensibilisation émanant des pouvoirs publics (ministères, etc.), mais également les communications émanant des syndicats ou des mutualités ». Entrent également dans son champ de compétence, « les Campagnes d'intérêt général (information/sensibilisation) et caritatives, c'est-à-dire, toutes campagnes d'information ou de sensibilisation (administration, santé, environnement, sécurité, transport, sport...) menées dans des espaces publicitaires concernant un sujet d'intérêt général par les pouvoirs publics (ministères, services publics fédéraux ou régionaux et communautaires, etc.), ou les organismes ou instances officielles qui en dépendent, toutes campagnes d'intérêt général menées par des organisations/associations sans but commercial, des fondations, ONG, etc., au profit de leurs actions associatives, qu'elles soient humanitaires, écologiques, sociétales, etc. et toutes campagnes caritatives et celles faisant appel à la générosité du public ». Enfin, le JEP est compétent pour connaître des campagnes d'opinion qui ont une problématique supplémentaire aux précédentes. Pour le JEP, « il s'agit de campagnes menées par des associations ou organisations sans but commercial mais qui contiennent une idée ou un ensemble d'idées à la base d'une conviction sociale, économique, politique, philosophique, religieuse... Ces campagnes sont le plus souvent susceptibles de déclencher un débat public ».

le Ministère de la santé et des sports, a fixé les orientations. Les annonceurs se sont en particulier engagés à financer des programmes courts d'éducation adaptés au jeune public pour favoriser les bons comportements de vie, d'alimentation et d'activité physique. L'ARPP devra elle, procéder, avec les instances associées dont le Conseil Paritaire de la Publicité (CPP), à une réévaluation des règles déontologiques sur le contenu des messages publicitaires en direction des enfants.

Un autre débat de société auquel participe l'ARPP réside dans la diversité, la représentation des minorités ethniques dans la publicité. Ce thème de la diversité et de la publicité est au cœur des préoccupations des autorités publiques. Preuve en est la création d'une commission pour la promotion de la diversité dans les médias par le Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances, Yazid Sabeg. Cette commission concerne les médias au sens large : le cinéma, la presse écrite, la télévision, la radio, Internet et la publicité. Aucune charte n'a été signée avec les pouvoirs publics, mais les professionnels ont décidé de se saisir volontairement de ce thème de société et d'en faire un véritable cheval de bataille. Le BVP avait ainsi organisé en juin 2006 un forum Pub et Cité sur le sujet « Diversité, Intégration et Publicité ». Chaque année est publié un bilan « Publicité et Diversité » et le dernier, celui de 2009, fait état de nets progrès dans la prise en compte de la diversité, avec toutefois un bémol à apporter en raison du taux encore faible de rôles sociaux valorisants (cadres supérieurs ou dirigeants, professions intellectuelles ou libérales supérieures, étudiants du supérieur) attribués dans la publicité aux personnages « non-blancs ». L'avenir se présente malgré tout sous de bons auspices. L'ARPP conclut en effet son bilan 2009 par ses termes :

« la publicité est le reflet des avancées de la société dans laquelle elle opère. L'élection du Président Obama, la nomination en France de personnalités issues de la diversité à des postes ministériels importants, le débat sur la discrimination positive et, peut-être, l'autorisation de la mesure de la diversité, sont autant de signes tangibles d'une société en mouvement accéléré sur ce terrain. Auxquels on peut ajouter une élection d'une Miss France métisse en 2008 et un Bébé Cadum (ce bébé défini comme "rose et rond") métis pour la première fois en 2009. Il est à parier que la publicité ne sera pas de reste ».

Contrôle de l'ARPP. Pour autant, publicité et objectifs d'intérêt public ou cause publique ne font pas toujours bon ménage. On a pu se demander si le BVP/ARPP ne pouvait pas représenter un obstacle à certaines campagnes d'intérêt public. Une campagne de publicité réalisée par l'INPES sur le thème du Sida et qui avait reçu l'aval du ministère de la santé, en est une illustration flagrante³⁹. Les affiches litigieuses représentaient de façon assez crue deux personnages nus en plein acte sexuel et étaient diffusées auprès de

³⁹. V. L'ARCELIN LECUYER, du BVP À L'ARPP : « nouvelle dénomination, nouvelle régulation », RLC n° 22/290, p. 98.

la population gay mais pas seulement. Le BVP a considéré que la publicité était contraire aux dispositions relatives au respect de la décence telles que contenues dans la Recommandation Image de la personne humaine et pouvait choquer surtout le jeune public et a demandé en décembre 2007 le retrait des affiches. Beaucoup se sont émus de cette immixtion du BVP en estimant qu'il ne pouvait traiter une campagne d'un organisme public ayant reçu l'aval du Ministère de la Santé et l'assentiment des parties prenantes concernées, à savoir les associations de lutte contre le Sida. L'INPES n'a d'ailleurs pas retiré sa campagne de publicité, montrant ici les limites de l'autorégulation. Les critiques les plus virulentes sont venues du Conseil National du Sida dans son avis du 24 avril 2008. Il a reproché le côté quelque peu réactionnaire du BVP face à des thèmes tels que l'homosexualité, ce qui n'est guère convaincant dans la mesure où à la même époque, le BVP avait autorisé un spot publicitaire de *Dolce et Gabbana* qui mettait en scène deux couples homosexuels s'embrassant. La position traditionnelle du BVP/ARPP consiste à accepter des représentations publicitaires de personnages ouvertement homosexuels, à condition que les postures ne soient pas hyper-sexualisées et les propos non choquants pour le grand public. Le CNS a encore dénoncé la primauté des préoccupations professionnelles sur des causes beaucoup plus légitimes comme celle défendue par l'INPES. Il a enfin proposé de donner à la communication à visée de prévention et d'éducation pour la santé un statut spécifique, l'excluant ainsi du contrôle exercé par le BVP à l'époque, l'ARPP aujourd'hui. Le BVP a répondu dans sa revue *Publicité et Société* en militant bien sûr pour maintenir sa vocation généraliste et en rappelant que la fin ne justifie pas tous les moyens. Il termine par le constat que « la légitimité d'une régulation privée peut être mise en cause par des émetteurs publics qui estiment être porteurs de la légitimité ultime ». En d'autres termes, ce sont toujours ceux qui s'estiment au-dessus qui veulent s'émanciper de la régulation privée.

Incidence de la qualification de communication d'opinion. Si l'ARPP cherche à garder une emprise sur les communications d'opinions, elles échappent en revanche, en leur qualité de communications non commerciales, aux articles L. 120-1 et suivants du *Code de la consommation*. C'est ce qu'a jugé la Cour d'appel de Colmar dans une affaire Leclerc⁴⁰. Par voie de presse écrite et de spots télévisés, le Galec (Groupement d'achats des centres Leclerc) avait lancé une campagne de diffusion d'un message destiné à obtenir le droit de vendre des médicaments non remboursés dans les parapharmacies de ses centres commerciaux. Le message faisait état d'une hausse des prix de ces médicaments de 36 % sur 2006, hausse pouvant être enrayerée par l'intro-

40. CA Colmar, 7 mai 2008 : JCP E 2008, p. 2499, note ARCELIN-LÉCUYER L. ; D. 2008, p. 1401, note C. RONDEY ; G. ROUSSET, *Publicité, médicaments et monopole : le débat est lancé* : D. 2008, p. 1964. Confirmé par Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-16972. Cf. aussi CA Colmar, 30 mars 2010 et Cass. com., 27 avril 2011, n° 10-15648.

duction d'une concurrence sur ce marché et bien sûr, par les prix plus compétitifs de Leclerc. Son site Internet sesoignermoinscher.com diffusait la même revendication avec la possibilité de signer une pétition réclamant « l'ouverture de la distribution des médicaments au quotidien ». La Cour d'appel de Colmar considéra que

« même dans leur rédaction résultant de la loi du 3 janvier 2008, les articles L. 121-1 et suivants du code de la consommation ne s'appliquent qu'aux pratiques commerciales, et spécialement aux publicités, que dans la mesure où elles visent à promouvoir la vente d'un bien ou d'un service effectivement proposés sur le marché ; tel n'est pas le cas de la campagne organisée par le groupe Leclerc, qui vise à réclamer le droit de vendre des médicaments non remboursables, avec la précision explicite que cette vente est actuellement impossible dans les grandes surfaces, et suppose implicitement un changement de législation, actuellement bien hypothétique ; plutôt que d'une publicité, la communication du groupe Leclerc est constitutive d'une sorte de propagande en faveur d'un changement de législation ; cette campagne valorise indirectement les activités de parapharmacie effectuées dans les magasins Leclerc, mais une telle valorisation ne comprend pas d'éléments trompeurs précis ».

L'analyse pouvait prêter à discussion : en effet,

« tout message d'une entreprise tourné vers les consommateurs n'est pas neutre. À partir du moment où il cite la marque de l'entreprise, il cherche à s'inscrire dans le paysage marchand et les mémoires des consommateurs. Tel est par exemple l'objectif du sponsoring ou du parrainage. Sauf à rester dans l'anonymat, la communication de l'entreprise est naturellement orientée vers son propre intérêt. La communication d'opinion, surtout lorsqu'elle utilise les vecteurs de la publicité classique – c'est-à-dire les encarts dans la presse, les affiches grand format ou les spots télévisés – n'échappe pas au constat⁴¹ ».

Un argument similaire a été présenté devant le JDP dans une affaire mettant en cause une communication sur un petit 4x4 *Hyundai*. L'annonceur et le magazine avançaient l'idée qu'il ne s'agissait pas d'une publicité mais d'une actualité commerciale rédigée par les pigistes du journal sur la base d'un dossier de presse émanant de Hyundai dont elle reprend à l'identique les éléments. Ce à quoi le JDP répond :

« l'encart en cause est présenté sous la rubrique "Informations Commerciales" et comme réalisé par le service commercial du Monde Magazine à partir du dossier de presse fourni par l'annonceur dont les termes sont, selon l'agence, repris à l'identique. Une telle présentation exclut tout caractère rédactionnel

41. L. ARCELIN-LÉCUYER, *Campagne de Leclerc pour la distribution des médicaments non remboursés: Ceci n'est pas une publicité...*, JCP E 2008, p. 2499.

à cet encart qui doit être regardé comme une forme de publicité sans qu'il importe qu'aucune rémunération directe n'ait été versée par l'annonceur ».

Et le jury de rappeler que

« les termes de sa décision AREVA du 18 mars 2009 selon lesquels la nécessité de distinguer la publicité du contenu rédactionnel est fondamentale pour garantir la loyauté à l'égard du consommateur et relève du respect de l'obligation de pleine transparence vis-à-vis du public. L'utilisateur de médias doit, en effet, pouvoir distinguer clairement les contenus qui sont de la responsabilité de la rédaction et ceux qui sont transmis par des tiers pour leur propre promotion. Il s'ensuit que l'éditeur d'un média, quel qu'il soit, a la responsabilité d'assurer une séparation claire pour ses lecteurs entre contenus rédactionnels et publicitaires. Les annonces ne doivent donc pas donner, par leur forme, leur typographie ou leur mise en page, l'impression qu'elles font partie de la partie rédactionnelle d'un média, bénéficiant, de ce fait, de la confiance que ce média a pu instaurer auprès de ses lecteurs ».

Annnonce de plan. L'encadrement de la publicité est organisé en France par les pouvoirs publics (CSA, CNIL...) mais également par la profession elle-même (Partie 1). Ce « cadre institutionnel bicéphale » a nécessairement des répercussions sur les règles matérielles de régulation de la publicité tant dans leur élaboration que dans le contrôle de leur respect (Partie 2).