

Oscillations horizontales

La quête d'une cohérence en droit européen de la publicité

Les règles relatives à la publicité transfrontalière présentent plusieurs degrés. Elles peuvent être définies par le droit national ou découler de la législation européenne, concerner la publicité dans son ensemble ou se limiter à la publicité diffusée par des médias précis. Elles peuvent se compléter, mais également se distinguer par leurs effets. Il arrive qu'elles soient considérées en partie comme incomplètes et en partie comme trop étendues. En outre, elles coexistent avec les règles de l'autorégulation.

L'ensemble actuel de règles publicitaires renferme-t-il des principes généralement admis ? Ces règles répondent-elles à un objectif cohérent et par conséquent à une logique systématique et à une méthode qui lui sont associées ? La jurisprudence présente-t-elle des lignes directrices relatives à des règles cohérentes ? Comment les propositions de nouvelle réglementation communautaire en matière de publicité s'insèrent-elles dans le cadre juridique actuel ? A quelle distance sommes-nous d'une régulation horizontale de la législation publicitaire ?

Toutes ces questions sont traitées dans le présent numéro d'*IRIS plus*. Les déclarations en la matière laissent clairement entendre que le débat sur la "régulation horizontale" est loin d'être un simple jeu de méthodologie.

Strasbourg, septembre 2003

Susanne Nikoltchev

Coordinatrice IRIS

*Responsable du Département Informations juridiques
Observatoire européen de l'audiovisuel*

IRIS plus est un supplément à **IRIS**, *Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, **Edition 2003-8**

Directeur de la publication : Wolfgang Closs - Impression : Nomos Verlagsgesellschaft, mbH & Co. KG, Waldseestraße 3-5, D-76350 Baden-Baden
Editeur : Charles-Henry Dubail, Victoires-Éditions, Sàrl au capital de 91 469,41 EUR, RCS Paris B 342 731 247, siège social 38 rue Croix des Petits Champs F-75001 Paris
N° ISSN 1023-8557 - N° CPPAP 0407 K 77549



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSSTELLE

76 ALLEE DE LA ROBERTSAU • F-67000 STRASBOURG
TEL. +33 (0)3 88 14 44 00 • FAX +33 (0)3 88 14 44 19
<http://www.obs.coe.int>
e-mail: obs@obs.coe.int

VICTOIRES
VE
ÉDITIONS

38 RUE CROIX DES PETITS CHAMPS • F-75001 PARIS
TEL. +33 (0)1 53 45 89 15 • FAX +33 (0)1 53 45 91 85
e-mail: c.vier@victoires-editions.fr

Oscillations horizontales

La quête d'une cohérence en droit européen de la publicité

Jan Kabel

Institut du droit de l'information (IViR) de l'Université d'Amsterdam

*"Je considère qu'il m'est uniquement permis d'examiner si les publicités proposées à l'insertion contiennent un élément contraire au droit et à la morale et que, si tel n'est pas le cas, je manquerais à mes devoirs envers le public en refusant de les insérer alors qu'elles ont été payées"*¹.

Oscillations horizontales

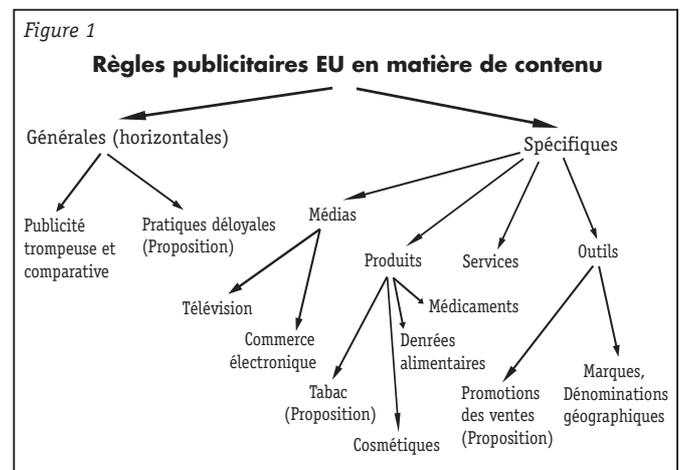
La publicité pourrait donner matière à une intéressante étude de cas sur l'opportunité de soumettre ou non les questions de contenu à un ensemble unique de règles, applicable à tous les médias. Cet ensemble unique de règles existe déjà, dans une certaine mesure, pour les systèmes d'autorégulation de la publicité. Le système d'autorégulation de John Walter, cité ci-dessus, en est un premier exemple saisissant. Dans le contexte du thème général adopté cette année par la série *IRIS plus* – "vers plus d'horizontalité" – cette question semble liée à un problème bien plus vaste qui présente, en fait, une importance particulière pour la réglementation en matière publicitaire : la cohérence méthodologique et concrète de ces règles. Or, l'existence d'un ensemble unique de règles pourrait bien entendu favoriser cette cohérence.

A cet égard pourtant, l'expression "vers plus d'horizontalité" manque quelque peu de clarté. Employée dans le cadre de l'élaboration des règles, elle pourrait faire référence à la distinction entre l'autorégulation ("horizontale" dans le sens où les règles sont élaborées par des organismes privés qui veillent à leur respect) et le droit (public), ce dernier représentant naturellement la relation verticale entre l'administration et l'administré. Utilisée dans le contexte de la technologie des médias, elle pourrait désigner les règles applicables à l'ensemble des médias, ces règles générales étant qualifiées de règles apparemment horizontales, par opposition aux règles spécifiques du point de vue technologique. Ces dernières ne s'appliquent en effet qu'à un média précis et répondraient, en vertu de la distinction empruntée à cette remarquable terminologie, à la qualification de règles verticales. En outre, le terme "horizontal" pourrait également s'appliquer aux règles générales, par opposition aux règles applicables à un produit (ou service) spécifique qui, toujours selon la même terminologie, devraient elles aussi être qualifiées de règles verticales. Dans le même esprit, ce terme peut servir à décrire une réglementation intersectorielle. Pour compliquer encore la situation, il convient de noter que les distinctions précitées ne s'appliquent pas uniquement au contenu de la publicité, mais également à la diffusion de contenu publicitaire. Enfin, mais la précision est importante, ces questions sont également directement liées aux problèmes de politique légale. A moins que la décision de réguler certains domaines publicitaires par la seule autorégulation, la corégulation ou le droit uniquement (le droit civil, pénal ou peut-être le droit administratif) ne relève pas de la compétence des instances politiques ? On peut d'ailleurs se demander comment parvenir à rester droit au milieu de ces énormes oscillations horizontales.

L'objectif sous-jacent du débat semble cependant bien plus important que ces distinctions byzantines. Il s'agit, à mon sens, de l'application d'un ensemble cohérent de règles, ou tout au moins de règles qui retiennent les mêmes définitions, et dont l'application ne conduit pas à des situations de conflit ou à des résultats différents, mais à des décisions plus ou moins prévisibles. "Vers plus d'horizontalité" doit ainsi être considéré comme un effort à fournir pour déterminer si l'ensemble actuel des règles applicables à la publicité répond à une certaine logique et, dans le cas contraire, si l'on peut avoir recours – le cas échéant – à des outils susceptibles de favoriser l'application d'un ensemble cohérent de règles. Précisons, pour conclure, que ces efforts doivent être destinés au secteur audiovisuel. Il convient cependant d'avoir conscience du fait que la publicité diffusée sur les médias audiovisuels est soumise non seulement à la réglementation propre aux médias, mais également à l'ensemble complet de la réglementation publicitaire. Aussi l'exposé que nous nous apprêtons à faire promet-il d'être large.

Les règles en vigueur en matière de contenu publicitaire : un système peu satisfaisant ?

Si nous examinons plus attentivement le corps des règles en vigueur en matière publicitaire, nous y retrouvons toutes les distinctions que nous avons déjà évoquées. En restreignant notre sujet au droit européen relatif au contenu de la publicité, nous obtenons, schématiquement, le cadre juridique suivant (figure 1).



Des distinctions peuvent être établies entre les règles générales (horizontales) et les règles spécifiques, entre les règles spécifiques à la technologie des médias et les autres, ainsi qu'entre la réglementation sectorielle et intersectorielle. En outre, bon nombre de ces règles mettent particulièrement l'accent sur l'importance de l'autorégulation en matière publicitaire.

Comparativement, cette législation paraît assez réduite. Elle ne comprend en effet à l'heure actuelle qu'une directive générale, la directive sur la publicité trompeuse et comparative². Avec l'introduction d'une proposition de directive sur les pratiques commerciales déloyales³, la première sera incorporée dans la seconde, ce qui aura pour conséquence qu'elle ne sera plus applicable qu'aux relations entre entreprises. Les règles spécifiques sont bien plus étendues ; elles demeurent néanmoins incomplètes, pour l'instant du moins, surtout dans le domaine des techniques spécifiques de marketing, telles que les offres promotionnelles, tirages au sort et concours. La proposition de règlement relatif aux promotions des ventes⁴ comblera en partie cette lacune. La réglementation spécifique en matière de publicité destinée aux enfants, parrainage, placement de produits, etc., est uniquement prévue par la Directive "Télévision sans frontières"⁵. Il en va de même pour la publicité en faveur des boissons alcoolisées. La publicité comparative, le dénigrement des concurrents et le fait de tirer un parti excessif des réalisations publicitaires des concurrents relèvent du domaine plus vaste de la concurrence déloyale et représentent le seul élément harmonisé de la législation relative à la concurrence déloyale de l'Union européenne. D'autres éléments susceptibles de présenter un intérêt en matière de régulation de la publicité (dénominations commerciales, noms de domaines, plagiat, publicité importune) attendent encore leur harmonisation.

En comparaison, l'autorégulation – en gardant à l'esprit ce que nous avons dit plus haut, à savoir que l'autorégulation est dans une certaine mesure parvenue à constituer un ensemble unique de règles – couvre d'autres domaines, qui ne sont pas réglementés à l'échelon du marché intérieur, tels que la publicité contraire aux bonnes mœurs, les règles générales applicables à la publicité destinée aux enfants, l'exploitation du sentiment de peur dans la publicité, les règles générales établissant

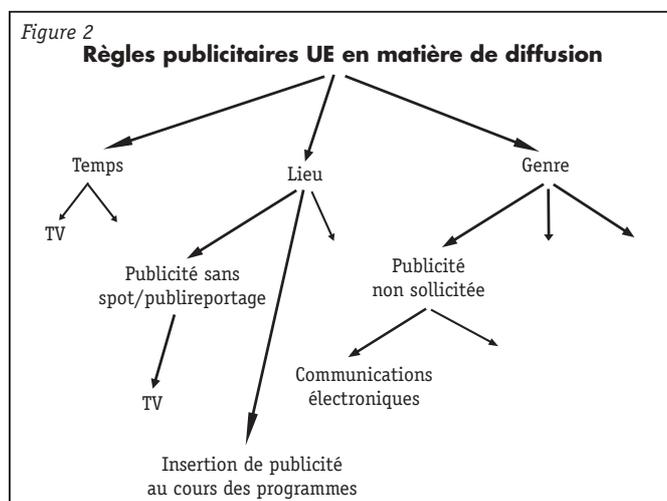
une distinction entre, d'une part, la publicité et, d'autre part, les autres contenus médiatiques – y compris l'identifiabilité de la publicité comme telle – la publicité anonyme, la publicité subliminale, le recours aux témoignages, la publicité en faveur des produits bénéfiques pour la santé et la publicité comportant des allégations environnementales. Les allégations de santé font à l'heure actuelle l'objet d'une proposition de règlement concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires⁶. La proposition de directive relative aux pratiques commerciales déloyales couvrira une grande part des autres domaines mentionnés plus haut et pourrait être considérée comme une véritable directive cadre, néanmoins limitée à la protection des consommateurs.

Cette étude démontre sans aucun doute que les règles relatives au contenu publicitaire se situent dans un environnement juridique extrêmement dynamique, dans lequel il n'est pas toujours simple de déterminer les rapports qui existent entre les différentes règles. Cette difficulté nuit nécessairement aux exigences d'uniformité et de cohérence du système de règles. Comme nous allons le voir, le cadre juridique relatif à la diffusion de la publicité s'avère plus positif à cet égard.

Le cadre juridique en vigueur en matière de diffusion du contenu publicitaire : les restrictions de temps, lieu et genre

Il n'est pas toujours facile de faire une nette distinction entre les règles relatives au contenu et les règles (neutres du point de vue du contenu) relatives à la diffusion du contenu. La publicité sournoise, par exemple, peut être considérée aussi bien comme un problème de contenu que comme un problème de diffusion. Cette forme de publicité, qui n'a pas recours au spot publicitaire, est de fait à la fois déplacée et trompeuse du point de vue de son contenu. Elle devrait figurer dans l'espace publicitaire d'un média et être identifiable ; lorsque cela n'est pas le cas, elle pourrait être considérée comme une publicité trompeuse de part la nature de l'information. Néanmoins, au risque de nous répéter, mais sous un autre angle, il est plus ou moins possible de dresser un état du cadre juridique en vigueur en matière de diffusion du contenu publicitaire.

Les règles qui composent ce cadre peuvent être qualifiées, selon la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis⁷, de restrictions "de temps, lieu et genre", une qualification qui couvre effectivement la plus grande partie de ce domaine. La figure 2 dépeint la situation du droit européen⁸. Comme dans la figure 1, seuls sont mentionnés les domaines régis par la réglementation de l'Union européenne. On remarquera que les médias publicitaires traditionnels (presse, radio, publipostage, publicité cinématographique, panneaux publicitaires) ne font l'objet d'aucune réglementation à l'échelon européen. Celle-ci se concentre en effet sur les médias électroniques, y compris la télévision.



Les domaines régulés représentent pour l'essentiel un ensemble cohérent : la protection contre les formes de publicité qui pourraient irriter d'une quelconque manière le consommateur. C'est le cas des

restrictions relatives à la durée des plages publicitaires diffusées à la télévision ou à la quantité d'interruptions publicitaires dans les programmes télévisuels. Cela vaut également pour la récente interdiction des courriers électroniques non sollicités, prévue par la Directive vie privée et communications électroniques⁹. L'interdiction de la publicité sournoise protège également les téléspectateurs contre les messages commerciaux inopinés. La Directive sur le commerce électronique¹⁰ contient des règles générales relatives à l'identification de l'annonceur et à l'identifiabilité de la publicité comme telle. Ce cadre est néanmoins assez étroit comparé à l'autorégulation et à la législation nationale en matière de diffusion du contenu publicitaire, qui édicte également des règles applicables à d'autres médias publicitaires.

On peut s'interroger, d'une part, sur la nécessité d'un cadre cohérent à l'échelon européen pour l'ensemble de ce secteur. Comme le démontre clairement l'affaire *Allemagne c. PE et Conseil*¹¹, les règles relatives à la publicité cinématographique, aux panneaux publicitaires et autres formes publicitaires de ce type, n'entraînent pas le libre-échange au sein du marché intérieur. Une règle européenne relative à la distinction entre publicité et contenu éditorial dans la presse écrite est-elle nécessaire ? J'en doute : les forces d'autorégulation sont suffisamment puissantes dans l'univers de la presse indépendante pour sauvegarder les intérêts protégés par cette distinction. L'envoi de courrier publicitaire imprimé non sollicité est déjà, pour l'essentiel, couvert par la réglementation harmonisée relative au traitement des données personnelles aux fins de marketing direct. Fort heureusement, la radio est et a toujours été un média largement sous-réglementé à l'échelon européen. On pourrait de ce fait soutenir que le cadre montre une certaine cohérence, même s'il se limite aux médias électroniques et reste très général en matière de publicité en ligne uniquement. Il se compose de règles relativement faciles à contrôler. La réglementation relative au temps et au lieu pourrait automatiquement être plus ou moins contrôlée par des moyens techniques, sans guère poser de problèmes d'interprétation. La réglementation relative à la publicité sournoise diffusée à la télévision nécessite l'examen des relations financières entre annonceurs et radio-diffuseurs. Dans ce cas également, une réglementation sévère pourrait être mise en place rapidement. En outre, ces règles, ainsi que la réglementation relative au temps et au lieu de la publicité télévisuelle, sont appliquées par les autorités nationales de régulation des médias, qui coopèrent à l'échelon international et élaborent ainsi des ensembles uniques de règles. Tout ceci ne diminue en rien la nécessité de suivre attentivement les évolutions du marché et de tenir en bride les acteurs commerciaux.

D'autre part, on ne peut nier que certains aspects de la réglementation relative aux temps, lieu et genre des médias électroniques, qui figuraient jusqu'ici dans un système lié à la technologie des médias, s'inscrivent en vérité dans un contexte juridique général. Les règles relatives à la publicité sournoise, par exemple, se fondent sur un principe applicable à l'ensemble des médias qui pratiquent un mélange d'éléments éditoriaux et publicitaires. En vertu de ce principe, fixé en partie par l'article 12 du Code international de pratiques loyales en matière de publicité de la Chambre de commerce internationale¹², les médias ont l'obligation d'établir une distinction claire entre contenu publicitaire et contenu éditorial, ainsi que de présenter les publicités de telle sorte que le public les reconnaisse facilement comme telles. Ce principe a notamment été appliqué aux films de cinéma. Dans l'arrêt *Feuer, Eis und Dynamite*¹³, la Cour fédérale allemande a décidé que le placement de produits était autorisé dans les films de cinéma, sous réserve que les spectateurs en soient auparavant informés et au plus tard dans le générique d'ouverture¹⁴. La Cour considère ainsi la transparence comme un principe nécessaire et à première vue suffisant, fondé sur la protection contre les informations trompeuses sur la nature de l'information. Les spectateurs doivent être en mesure de savoir quel type d'information ils regardent. Mais appliquée aux téléfilms, cette décision saperait très certainement la réglementation sur le placement de produits dans les programmes télévisuels. En même temps, l'examen de cette réglementation actuelle dans son contexte plus large peut amener à se demander si une transparence suffisante ne serait pas satisfaisante. Il semble utile, dans cette quête de cohérence, de tenir compte du contexte plus large des règles spécifiques aux médias. Nous verrons à la fin de cet article quelles règles verticales liées à la technologie pourraient être transposées dans un cadre général et lesquelles ne résisteraient pas à une telle transposition.

La plausibilité de l'hétérogénéité

Comme nous l'avons vu, le corps de la législation publicitaire européenne en matière de contenu est assez hétérogène, et ce pour de bonnes raisons. Tout d'abord il convient de rappeler que l'objectif de cet ensemble de règles vise principalement à supprimer les entraves au commerce au sein du marché intérieur. Cet objectif pourrait bien entendu contribuer à l'élaboration d'un ensemble unique et cohérent de règles relatives à la publicité, sans que ce résultat soit automatique.

Comme indiqué dans le paragraphe précédent, les règles nationales qui n'entravent pas le libre échange ne sont pas concernées par cet objectif. En outre, les règles applicables à la publicité commerciale assurent la protection de divers intérêts. Envisagés au sens large, ces intérêts regardent la protection des consommateurs, la protection contre la concurrence déloyale et la sauvegarde de l'indépendance des médias. La Directive sur la publicité trompeuse et comparative, par exemple, pourrait être appréhendée du point de vue de la protection des consommateurs et de la protection contre la concurrence déloyale, tandis que les règles relatives à la publicité sournoise, fixées par la Directive "Télévision sans frontières", pourraient être envisagées du point de vue de l'indépendance des médias et de la protection des consommateurs contre la publicité trompeuse.

Ces intérêts sont plus difficiles à déterminer dans le cas des interdictions et restrictions imposées à certains types de publicités, comme les interdictions nationales de la publicité et du parrainage en faveur du tabac ou des médicaments, les interdictions d'allégations médicales pour les denrées alimentaires, les systèmes de licence pour la publicité et le marketing en faveur des tirages au sort, les restrictions en matière de promotions des ventes, de publicité contraire aux bonnes mœurs ou de publicité en faveur des professions libérales. Ces derniers exemples sont assez délicats, car il n'est pas toujours évident de déterminer avec précision les intérêts défendus par ces interdictions et restrictions. Les règles relatives à la publicité contraire aux bonnes mœurs, par exemple, ne concernent directement ni les intérêts des consommateurs ou des concurrents, ni la protection de l'indépendance des médias. Ces règles sont, pour la plupart, susceptibles de servir les intérêts de l'industrie publicitaire elle-même, car l'excès de provocation en matière publicitaire pourrait nuire à l'efficacité de la publicité en temps qu'institution.

Les règles relatives à la concurrence déloyale défendent, nous l'avons dit, deux intérêts en même temps : ceux des concurrents et ceux des consommateurs. Mais comme chacun sait, l'imitation servile, le dumping et la publicité comparative acharnée peuvent fort bien s'avérer favorables au consommateur, tout en fournissant des motifs d'action judiciaire pour concurrence déloyale. Les règles relatives à la protection des consommateurs pourraient, d'autre part, entrer en conflit direct avec la protection contre la concurrence déloyale. Ces oppositions ont été clairement mises en évidence lors du récent débat sur la proposition de directive sur les pratiques commerciales déloyales. Cette proposition, qui vise à harmoniser les législations nationales en matière de pratiques commerciales déloyales, semble donner la priorité aux intérêts des seuls consommateurs vis-à-vis de ces pratiques et, principalement selon les auteurs allemands, négliger ainsi l'harmonisation de la législation relative à la concurrence déloyale, qui tient pleinement compte des intérêts à la fois des concurrents et des consommateurs¹⁵. La réglementation publicitaire protège ainsi divers intérêts, ce qui suffit à rendre assez complexe l'élaboration d'un ensemble unique de règles combinant ces intérêts de façon cohérente.

Comme la réglementation est élaborée selon un processus relativement autonome, les règles publicitaires présentent la caractéristique supplémentaire d'être spécifiques à la technologie des médias : cette spécificité existe à l'échelon européen pour les communications commerciales sur Internet et la publicité télévisuelle. Recourir à une réglementation spécifique du point de vue technologique n'est pas toujours le plus mauvais moyen de s'attaquer à un problème, surtout lorsque les nouvelles technologies se développent dans le domaine de la publicité diffusée à la télévision ou sur Internet. Par ailleurs, compte tenu de la quantité de produits et de services spécifiques, régis par des règles spéciales édictées par divers ministères et directions dans des contextes sociaux et économiques très différents, il n'est pas surprenant que le corps de la législation publicitaire présente une certaine hétérogénéité, même à l'échelon européen. Vahrenwald mentionne onze raisons supplémentaires qui expliquent cette hétérogénéité : la plupart d'entre

elles soulignent l'existence, entre les Etats membres, d'une diversité dans le choix des instruments juridiques, d'une variété des interprétations retenues pour d'importantes notions, telles que la publicité trompeuse, ou de problèmes rencontrés pour l'application de cette législation à l'échelle communautaire¹⁶. De fait, il n'existe bien entendu encore aucun système juridique cohérent, et encore moins uniforme, applicable au contenu de la publicité.

Aperçu des tentatives entreprises pour parvenir à une certaine cohérence

Divers instruments pourraient être utilisés, ou le sont déjà, pour parvenir à un certain degré de cohérence. L'approche juridique des restrictions nationales en matière de publicité transfrontalière présente déjà une cohérence, tout au moins du point de vue méthodologique, réalisée avant tout par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à la législation communautaire et, ne l'oublions pas, par la jurisprudence en matière d'expression commerciale de la Cour européenne des Droits de l'Homme. La jurisprudence de cette dernière présente également une importance pour le traitement juridique des restrictions d'ordre strictement national. Nous savons comment traiter les restrictions nationales et, bien que les résultats de cette méthode plutôt cohérente soient souvent très différents à l'échelon national, l'application cohérente des règles relatives à la publicité ferait d'importants progrès si tout le monde s'accordait sur un système juridique permettant d'équilibrer les intérêts en présence.

La Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des Droits de l'Homme ont toutes deux contribué à une cohérence méthodologique en procédant à une série d'essais par palier, qui tenaient compte de ces différents intérêts. En second lieu, la Commission européenne s'est montrée très favorable à l'emploi d'une autre méthode juridique susceptible de réaliser une certaine cohérence, à savoir le principe du pays d'origine. Ce principe, fixé notamment par la Directive "Télévision sans frontières" et la Directive sur le commerce électronique, donne une priorité exclusive aux règles publicitaires de l'Etat dans lequel l'annonceur ou le radiodiffuseur est établi et contribue ainsi à déterminer avec certitude les règles applicables. L'application des règles de résolution des conflits nationaux en droit privé international pourrait bien entendu donner un résultat analogue, même s'il n'est pas facile de prévoir l'issue exacte de la plupart des affaires. Outre ces techniques méthodologiques, l'harmonisation des règles de fond par les directives et règlements communautaires et la jurisprudence correspondante pourrait naturellement créer une cohérence. Le débat relatif à cette méthode a pris une importance considérable. Il semble que nous nous trouvions dans ce domaine à la croisée des chemins. Deux instances d'autorégulation ont déjà beaucoup fait à l'échelon international en matière de règles relatives au droit applicable et d'harmonisation des règles de fond : l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité (AEEP) et la Chambre de commerce internationale (ICC).

La jurisprudence des juridictions européennes et sa contribution à la cohérence méthodologique

Les vingt-cinq années de jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en matière de restrictions du contenu des publicités commerciales offrent un enseignement fort simple. Les autorités nationales sont, en principe, plus à même qu'un magistrat international de donner un avis sur le contenu exact des conditions requises pour que la restriction s'avère nécessaire. L'admissibilité des décisions nationales dans ces affaires est ainsi appréciée par la Cour de façon très large. Cette marge d'appréciation laisse une assez grande liberté aux autorités nationales dans leur politique de restriction du contenu de la publicité. Cette ligne de conduite a été adoptée pour la première fois à l'occasion de la décision de la Commission européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *X et Eglise de scientologie c. Suède*¹⁷ et a été depuis constamment suivie, quoique chacune de ces restrictions nationales examinées par la Cour ait été jugée conforme à l'article 10(2) de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Ni dans les affaires *Jacobowski c. Allemagne*¹⁸, *Casado Coca c. Espagne*¹⁹, *Markt Intern c. Allemagne*²⁰, *NOS c. Pays-Bas*²¹, *Hempfling c. Allemagne*²², ni dans l'affaire *X et Eglise de scientologie c. Suède*, les requérants ne sont parvenus à obtenir de la Cour qu'elle déclare non justifiées les dispositions nationales contestées.

Deux exceptions semblent confirmer cette règle : *Barthold c. Allemagne*²³ et *Stambuk c. Allemagne*²⁴, qui portent toutes deux sur l'admissibilité des restrictions à la liberté d'expression pour les professions médicales. Ces deux affaires concernaient sans conteste la liberté de la presse, puisque les déclarations promotionnelles en question avaient été faites lors d'interviews. Il convient néanmoins de noter qu'à compter de l'arrêt *Scientologie*, la publicité commerciale a été rattachée au domaine de la liberté d'expression. Le contrôle de conformité avec l'article 10(2) est en conséquence possible et obligatoire lors de l'appréciation de l'admissibilité des restrictions nationales à la publicité commerciale. Ce contrôle de conformité consiste en un examen juridique de la clarté et de l'accessibilité de la restriction concernée, de la légitimité du but poursuivi et de la question déterminante de la nécessité de la restriction ou de l'interdiction dans une société démocratique ; il s'agit en somme de déterminer si la règle nationale est appropriée et proportionnée au but poursuivi. On peut ainsi au moins conclure qu'il existe une cohérence méthodologique dans l'appréciation internationale de l'admissibilité des restrictions et interdictions nationales en matière de publicité commerciale. Elle n'est d'ailleurs pas sans conséquence, puisque la même méthode a produit des résultats concrets dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Dans l'affaire *44 Liquormart c. Rhode Island*²⁵, l'Etat n'a pu démontrer la proportionnalité de sa réglementation (l'interdiction de la publicité sur le prix des alcools dans l'Etat du Rhode Island) avec le but qu'il poursuivait. La Cour a de ce fait invalidé l'interdiction légale des publicités qui dispensent au public une information précise sur le prix de vente au détail des boissons alcoolisées. Cette interdiction publicitaire a été considérée comme une restriction de la liberté d'expression garantie par le premier amendement américain.

La méthode de la Cour de justice des Communautés européennes est assez comparable à celle de sa juridiction sœur. Elle a vérifié sans relâche, dans une longue série de décisions, l'adéquation et la proportionnalité des restrictions nationales aux buts poursuivis. L'arrêt *Mithouard & Keck c. France*²⁶ semblait à première vue avoir réduit de façon inattendue la marge d'appréciation de la Cour, en décidant que certaines dispositions en matière de vente ne relevaient pas du champ d'application de l'(ex-)article 30 du Traité instituant la Communauté européenne²⁷. Cette décision paraissait en effet avoir exempté l'ensemble du droit national de la publicité de l'application des principes de libre échange au sein de la Communauté européenne. Mais la stricte interprétation de cette jurisprudence a été au fil du temps assouplie et elle laisse désormais suffisamment de place pour l'appréciation des restrictions nationales imposées à la publicité transfrontière au sein du marché intérieur. L'arrêt *Konsumentenombudsmannen c. Gourmet*²⁸ en est une illustration : il concernait en l'espèce une interdiction par la Suède de la publicité en faveur des boissons alcoolisées, dont la conformité à l'article 28 du Traité CE a été contrôlée. L'arrêt *De Agostini c. Suède*²⁹ avait déjà suivi un raisonnement analogue.

Il s'agissait dans l'arrêt *Gourmet* de déterminer si la législation nationale, qui imposait une interdiction générale de la publicité en faveur des boissons alcoolisées, était contraire dans son principe à l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation ou des restrictions à la libre circulation des services, prévue par le Traité CE. La Cour, rappelant sa jurisprudence de l'arrêt *Keck*, selon laquelle les restrictions publicitaires pouvaient relever de la catégorie des règles relatives aux dispositions de vente, et la condition impérative que les règles en question ne présentent aucun caractère discriminatoire en droit ou en fait, a conclu que sans un recours à la publicité, les produits originaires d'autres Etats membres étaient désavantagés et que leur accès au marché suédois était davantage entravé par lesdites règles que celui des produits nationaux. Aussi la conformité de la réglementation nationale suédoise avec l'article 30 du Traité a-t-elle pu être contrôlée. L'arrêt *De Agostini* a appliqué le même raisonnement à l'accès au marché suédois des revues destinées aux enfants.

L'importante contribution de la Cour à la perception d'un message publicitaire par le consommateur moyen semble également une façon particulièrement adéquate d'introduire une méthodologie dans l'exercice d'un examen détaillé. La Cour a élaboré dans plusieurs arrêts (*Verband Sozialer Wettbewerb c. Clinique*³⁰, *Gut Springenheide c. Oberkreisdirektor Steinfurt*³¹, *Estée Lauder c. Lancaster*³²) une définition standard du consommateur moyen, essentielle pour tracer la limite entre les déclarations trompeuses et non trompeuses. Selon cette définition standard, et afin de déterminer si une description, une marque ou un texte promotionnel est susceptible de tromper un acheteur, la Cour tient compte

des attentes présumées du consommateur moyen, raisonnablement bien informé et raisonnablement observateur et circonspect³³. Pris ensemble, ces outils méthodologiques, bien qu'ils ne produisent pas nécessairement des résultats concrets exactement identiques dans les différents ordres juridiques nationaux des Etats membres, constituent néanmoins des jalons importants de cette quête de cohérence. Il convient de noter que ces outils méthodologiques n'établissent aucune distinction entre les différents médias publicitaires concernés. En ce sens, ils peuvent être qualifiés d'outils neutres du point de vue technologique.

La poursuite d'une cohérence méthodologique ? Le principe du pays d'origine, les règles de résolution des conflits de droit international privé et les règles de résolution des conflits du système de l'AEEP

Le principe du pays d'origine et les règles de résolution des conflits visent tous le même objectif : déterminer avec certitude le droit applicable, en l'occurrence la législation en matière publicitaire. Le principe est simple, les règles de résolution des conflits de droit international privé présentent une certaine complexité, laquelle est moindre dans le système de l'AEEP. L'application du droit privé international est totalement neutre du point de vue technologique, l'application du système de l'AEEP l'est en partie et l'application du principe du pays d'origine, telle qu'établi dans les directives en vigueur (la Directive "Télévision sans frontières" et la Directive sur le commerce électronique), est totalement dépendante du point de vue technologique. Le principe et les règles ne sont pas exclusifs les uns des autres et ils pourraient même s'appliquer tous ensemble à une seule et même situation, bien qu'avec des résultats probablement différents. Aussi, alors qu'on pourrait à première vue considérer la certitude en matière de droit applicable comme un outil déterminant pour parvenir à une certaine cohérence sur le plan méthodologique, si l'on examine la situation de plus près et que l'on tient compte de ces différences de résultat, force est de constater que l'objectif de cohérence s'avère parfois quelque peu ambitieux.

Le système de traitement des plaintes transfrontalières de l'AEEP³⁴ repose sur le principe du pays d'origine et poursuit le même but : veiller à ce que les publicités circulant dans plus d'un pays n'aient à se conformer qu'à un seul ensemble de règles. Cet objectif est assuré, d'une part, par l'exigence de conformité des publicités diffusées par les médias conventionnels avec la réglementation du pays dans laquelle est publié le support publicitaire et, d'autre part, par l'exigence de conformité de la publicité directe (publipostage, courrier électronique et autre publicité en ligne) avec la réglementation du pays dans lequel l'annonceur est établi. Dans les deux cas, l'organisme national d'autorégulation du pays d'origine traite la plainte selon sa propre procédure, quelle que soit l'origine de cette plainte. L'organisme national d'autorégulation établi dans le pays du plaignant enregistre la plainte et la transmet à l'organisme national d'autorégulation du pays d'origine. Ce système s'avère extrêmement pratique, car les plaignants ont la satisfaction de voir leurs plaintes prises au sérieux. Néanmoins – comme j'ai été amené à le constater³⁵ – l'absence de voies de recours efficaces entraîne souvent une répétition des infractions commises par les mêmes annonceurs.

Alors que le principe du pays d'origine, tel qu'établi par la Directive "Télévision sans frontières" et la Directive sur le commerce électronique, limite la signification du terme "pays d'origine" au pays dans lequel un annonceur ou un radiodiffuseur est établi, la définition du "pays d'origine" retenue par l'AEEP englobe également le pays dans lequel la publicité a été diffusée. Comme la compétence de l'AEEP s'étend également à la publicité en ligne et à la publicité télévisuelle, il n'existe pas de véritable cohérence obtenue par l'application des mêmes règles de droit nationales et de la même autorégulation nationale à une publicité précise.

Le principe du pays d'origine fixé par la Directive sur le commerce électronique a fait l'objet de nombreux débats, notamment en ce qui concerne la législation relative à la concurrence déloyale et la législation publicitaire³⁶. Le débat a essentiellement porté sur le point faible de la cohérence dans ce domaine : l'application des règles peut par exemple présenter une certaine cohérence, sans pour autant assurer un degré de protection élevé au consommateur. Disposer d'une réglemen-

tation unique en matière d'*opt-out* (option de refus) du courrier électronique est extrêmement cohérent, mais cette règle ne garantit pas nécessairement une protection importante au consommateur. Les auteurs allemands en particulier – le degré de protection des consommateurs est plus élevé en Allemagne que dans certains autres Etats membres – s'inquiètent énormément des dangers que présente ce principe : il amoindrirait la protection des consommateurs puisqu'il implique l'application, dans un pays, d'une législation étrangère moins protectrice³⁷. Les risques redoutés par ces auteurs sont multipliés par la technique spécifique de la directive, qui omet délibérément de décrire les domaines qu'elle coordonne. En conséquence, des recours pourraient être déposés, en vertu du principe d'origine, sur le fondement de l'ensemble des règles nationales relatives à la concurrence déloyale et à la publicité en ligne.

La Directive "Télévision sans frontières" combine le principe du pays d'origine avec un domaine bien défini dans lequel les règles ont été harmonisées, bien qu'elles laissent aux Etats membres la possibilité d'imposer des conditions plus strictes à leurs propres radiodiffuseurs. Cette forme d'harmonisation minimale pourrait également générer une concurrence déloyale entre les radiodiffuseurs nationaux et les radiodiffuseurs commerciaux étrangers, les premiers étant soumis à des règles nationales en matière de placement de produits et de parrainage plus restrictives que les dispositions de la directive, alors que les derniers sont uniquement tenus de se conformer aux dispositions de la directive. Ce principe peut ainsi également avoir pour conséquence de soumettre les mêmes activités commerciales à des règles différentes.

Pour compliquer la situation, l'application des règles relatives au droit international privé – que la directive n'exclut pas non plus – pourrait produire des résultats assez différents ; le droit international privé est un droit national, qui diffère de ce fait selon les pays, et il ne repose assurément pas sur des principes aussi simples que celui du pays d'origine. En matière de commerce électronique, par exemple, l'Allemagne donne priorité aux règles de droit international privé sur le principe du pays d'origine lorsque la réglementation nationale allemande est moins stricte que les règles du pays d'origine, ainsi que lorsque la réglementation allemande présente plus de sévérité, selon le lieu d'établissement de l'annonceur en ligne³⁸.

Cohérence concrète : propositions, directives et règlements verticaux et rôle de la Cour de justice des Communautés européennes

La solution au problème de cohérence doit par ailleurs être recherchée selon une approche concrète. De fait, un ensemble unique de règles publicitaires, établies à partir des mêmes notions et définitions, avec des règles de conduite identiques dans toute l'Union européenne, pourrait s'avérer très utile. Existe-t-il déjà ? Serait-ce la solution idéale ? Est-il possible d'y parvenir ? La mise en œuvre d'un tel système est-elle nécessaire ?

Ces questions sont actuellement en jeu et elles ont alimenté le récent débat sur la façon dont l'Europe doit élaborer sa législation en matière de publicité et de marketing. Nous avons précédemment dépeint les règles relatives au contenu publicitaire en vigueur et nous en avons conclu qu'elles ne paraissent pas constituer un véritable système. La Commission européenne a suivi récemment deux nouvelles approches qui semblent se contredire : une approche horizontale et une approche verticale. La première est suivie par la DG SANCO³⁹ et prend corps dans sa proposition de directive relative aux pratiques commerciales déloyales dans le commerce de détail ; la deuxième est empruntée par la DG marché intérieur sous la forme d'un règlement (modifié) relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur. Tandis que la première comporte un cadre général, la seconde est spécifique à une question, comme de nombreuses autres initiatives verticales dans ce domaine, avec cette différence qu'il s'agit dans ce cas d'un règlement et non d'une directive. Malgré son caractère général, la proposition de directive sur les pratiques commerciales déloyales est limitée à la protection du consommateur. Les relations interentreprises en sont exclues. En ce sens, la proposition ne prévoit pas d'harmonisation de la réglementation relative à la concurrence déloyale en général.

La proposition de directive définit les critères qui déterminent le caractère déloyal d'une pratique commerciale. Elle contient également

une clause de marché intérieur, qui prévoit que les commerçants sont uniquement tenus de se conformer aux exigences du pays d'origine et interdit de ce fait aux autres Etats membres d'imposer des exigences supplémentaires aux commerçants en conformité avec les premières. En outre, elle harmonise totalement les exigences de l'UE relatives à ces pratiques déloyales, ce qui ne permet pas aux Etats membres d'utiliser les clauses minimales des autres directives (par exemple de la Directive "Télévision sans frontières") pour imposer des exigences supplémentaires dans le domaine coordonné par la directive. Outre un récapitulatif des types spécifiques de pratiques déloyales, elle comporte une interdiction générale, qui doit remplacer les dispositions nationales générales en vigueur ; celle-ci devrait fonctionner comme un filet de sécurité contre les conduites illicites qui ne sont pas couvertes par les clauses sur les types spécifiques de pratiques déloyales. Le caractère déloyal est directement lié au comportement économique du consommateur ; le principal objectif de la proposition est de protéger le consommateur contre les pratiques qui altèrent ou sont susceptibles d'altérer concrètement son comportement économique à l'égard des produits et services.

Le fait de se concentrer ainsi sur la protection des consommateurs ne laisse bien entendu aucune place aux autres règles publicitaires. Mais comme nous l'avons vu, le corps de la législation et de l'autorégulation en matière de publicité est bien plus vaste. Nous avons déjà évoqué les règles relatives à la concurrence déloyale. Aussi certains auteurs allemands ont-ils suggéré plusieurs propositions, qui comprennent la protection contre la concurrence déloyale, ainsi que la protection de l'intérêt général et des intérêts des mineurs⁴⁰. Micklitz et autres qualifient leur proposition de proposition relative au marketing (*Marktkommunikation*) déloyal ; Köhler et autres emploient le terme de *unlauterer Wettbewerb* (concurrence déloyale). Le domaine d'application de cette dernière proposition est ainsi plus large, puisqu'il s'étend également aux formes de concurrence déloyale autres que celles de la seule communication. Les deux propositions marquent une avancée vers l'élaboration d'un cadre qui pourrait être considéré comme un ensemble unique de règles applicables à la publicité. La cohérence des deux propositions tient pour beaucoup à la présence de propositions de dispositions visant à faire respecter les mesures de protection (injonction, dommages et intérêts, droit d'agir en justice, mesures de mise en sûreté des preuves, etc.). La structure de ces propositions repose sur une approche mixte : une disposition générale, associée à des règles spécifiques, comme dans le cas de la proposition de directive de la Commission. Il convient de noter que ces règles spécifiques sont neutres du point de vue technologique : leur caractère spécifique est lié à des actes précis de conduite déloyale et ne se limite pas à certains médias publicitaires.

Certains termes de ce type de proposition nécessitent bien entendu une clarification et une interprétation. Comme nous l'avons vu, la Cour de justice des Communautés européennes a jusqu'ici contribué de façon assez marginale à l'élaboration de normes communes dans les domaines qui n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation. Même dans le cas de règles harmonisées, l'interprétation des dispositions retenue par la Cour autorise une marge d'appréciation nationale importante, comme en témoigne la jurisprudence relative à la publicité trompeuse. Mais en ce qui concerne les nouvelles dispositions relatives à la publicité comparative, l'expérience montre que la Cour a été en mesure de dispenser des conseils concrets aux juridictions nationales confrontées à l'application de la réglementation en matière de publicité comparative transposée en droit national (*Toshiba Europe c. Katun*⁴¹ et *Pippig c. Hartlauer*⁴²). Il en va de même dans les affaires où la Cour s'est prononcée en vertu des dispositions relatives à la publicité et au parrainage de la Directive "Télévision sans frontières" (*ARD c. PRO Sieben Media*⁴³, *Konsumentenombudsmann c. De Agostini, RTI c. Italie*⁴⁴ et *RTL c. Niedersächsische Landesmedienanstalt*⁴⁵). Les conseils prodigués par la Cour pourraient être renforcés par le modèle d'approche mixte contenu dans la proposition. Le récapitulatif des pratiques déloyales précises permettra sans aucun doute à la Cour d'interpréter de façon plus concrète encore les dispositions générales.

La fin d'une approche dépendante du point de vue technologique ? La remise en ordre des directives verticales

Quelles sont les conséquences de ces évolutions sur le cadre réglementaire de la publicité dans le secteur audiovisuel dans le sens d'une approche horizontale, non spécifique aux médias et mixte ? L'approche

dépendante du point de vue technologique, actuellement suivie par la Directive "Télévision sans frontières", la Directive vie privée et communications électroniques ou la Directive sur le commerce électronique, sera-t-elle maintenue ? Faisons l'essai d'examiner si les règles publicitaires fixées par ces directives pourraient être transposées dans un ensemble unique et horizontal de règles applicables à la publicité.

Dans le tableau suivant, la mention CE fait référence à la Directive sur le commerce électronique, VPCE à la Directive vie privée et communications électroniques et TSF à la Directive "Télévision sans frontières". Lorsque le Code d'autorégulation (horizontale) de la Chambre de commerce internationale contient un article correspondant, celui-ci est également mentionné (ICC).

| Règles publicitaires | Articles des directives verticales | Possible transposition en règles horizontales |
|---|---|---|
| Publicité clairement identifiable comme telle | Art. 6 (a) CE ; art. 7.1. CE (communication électronique non sollicitée) ; art. 10.1. TSF | Oui, art. 12 ICC |
| Annonceur clairement identifiable | Art. 6 (b) CE | Nécessaire uniquement en cas d'invitation à acheter, auquel cas : oui (voir par ex. l'art. 7.3 (b) Proposition relative aux pratiques commerciales déloyales) |
| Offres promotionnelles, concours ou jeux clairement identifiables comme tels ; conditions de qualification ou de participation faciles à remplir et présentées clairement et sans ambiguïté | Art. 6 (c) et 6 (d) CE | Oui |
| Obligation de respecter les registres <i>opt-out</i> concernant le courrier électronique non sollicité | Art. 7.2. CE, mais rendu en pratique obsolète par l'art. 13.1 VPCE | Oui, découle de l'art. 14 de la Directive sur la protection des données personnelles |
| Obligations d' <i>opt-in</i> | Art. 13.1 VPCE | Non |
| Publicité télévisuelle et téléachat doivent être séparés des autres programmes par des moyens optiques et/ou acoustiques | Art. 10.1 TSF | La séparation spécifique découle de la règle générale (la publicité doit être clairement identifiable) : oui |
| Les spots isolés de publicité télévisuelle et de téléachat doivent rester une exception | Art. 10.2 TSF | Non |
| Interdiction des techniques subliminales | Art. 10.3 TSF | Oui |
| Interdiction de la publicité télévisuelle sournoise et du téléachat sournois | Art. 10.4 TSF | Découle de la règle générale (la publicité doit être clairement identifiable) : oui |
| Règles spécifiques relatives à l'insertion de publicité au cours des programmes | Art. 11 TSF | Non |
| Aucune atteinte à la dignité des personnes | Art. 12 (a) TSF | Oui, art. 4.1. ICC |
| Aucune discrimination | Art. 12 (b) TWF | Oui, art. 4.1. ICC |
| Ne pas heurter les convictions religieuses ou politiques | Art. 12 (c) TWF | Oui, prévue implicitement dans l'art. 2 ICC (ne pas porter atteinte aux règles actuelles de la bienséance) |
| Aucune incitation à des comportements préjudiciables à la santé, à la sécurité ou à l'environnement | Art. 12 (d) TSF | Oui, art. 13 et art. 17 ICC |
| Interdiction des publicités et du téléachat en faveur du tabac | Art. 13 TSF | Oui, voir par ex. la proposition de directive sur la publicité et le parrainage en faveur des produits du tabac |
| Interdiction de la publicité en faveur des médicaments et du téléachat en faveur de traitements médicaux | Art. 14 TSF | Oui, voir la Directive sur les médicaments |
| Publicité modérée pour les boissons alcoolisées | Art. 15 TSF | Oui |
| Restrictions relatives à la publicité destinée aux mineurs | Art. 16 TSF | Oui, art. 14 ICC |
| L'indépendance éditoriale ne doit pas être influencée par les sponsors | Art. 17.1 (a) TSF | Oui |
| Le sponsor doit être clairement identifié comme tel | Art. 17.1 (b) TSF | Oui |
| Le contenu éditorial ne peut contenir de références promotionnelles particulières aux produits ou services du sponsor | Art. 17.1 (c) TSF | Oui |
| Interdiction du parrainage des informations et des actualités | Art. 17.4 TSF | Oui |
| Interdiction du parrainage du contenu éditorial par l'industrie du tabac | Art. 17.2 TSF | Oui, voir par ex la proposition de directive relative à la publicité et au parrainage des produits du tabac |
| Interdiction du parrainage du contenu éditorial par l'industrie pharmaceutique en cas de promotion de médicaments ou de traitements médicaux spécifiques | Art. 17.2 TSF | Oui, voir la Directive sur les médicaments |
| Restrictions temporelles | Art. 18, 18a, 19 et 19a TSF | Non |

Si l'on examine les résultats de cette comparaison schématique, on constate que plusieurs règles fixées par des directives verticales pourraient être transférées vers un cadre général, soit parce qu'elles existent déjà de façon totalement identique, soit parce qu'elles découlent simplement de règles générales. Les exceptions sont peu nombreuses. Le débat sur la réglementation relative à l'*opt-in* et à l'*opt-out* en matière de courrier électronique non sollicité a également porté sur les autres formes de courrier non sollicité par fax, poste ou téléphone, en débouchant parfois sur une réglementation de l'*opt-in* pour ces autres médias, comme par exemple en Allemagne⁴⁶. L'article 13.1 actuel de la

Directive vie privée et communications électroniques est limité aux appareils d'appel automatique, fax et courrier électronique, mais le système *opt-in* en tant que tel n'est pas nécessairement limité au courrier électronique. L'obligation que les spots isolés de publicité télévisuelle et de téléachat demeurent exceptionnels n'est en vérité pas concevable pour d'autres formes de publicité. Cela vaut également pour les règles relatives à l'insertion de spots publicitaires entre les programmes et les restrictions temporelles en matière de publicité télévisuelle et de téléachat. Pour le reste, un grand nettoyage semble s'imposer.

Directives, règlements et propositions CE

- Règles générales relatives à toutes les formes de publicité (Directive relative à la publicité trompeuse et comparative (telle qu'amendée), *op. cit.* ; proposition de directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE, *op. cit.*).
- Règles limitées à certains médias (Directive "Télévision sans frontières", *op. cit.* ; Directive sur le commerce électronique, *op. cit.* ; Directive sur les ventes à distance⁴⁷ ; Directive vie privée et communications électroniques, *op. cit.*).
- Règles limitées à certains produits (produits alimentaires, cosmétiques, médicaments, produits du tabac, respectivement Directive 79/112/CEE, Directive 76/768/CEE telle qu'amendée par la Directive 88/667/CEE et la Directive 93/35/CEE ; Directive 92/98/CE ; Directive 89/622/CEE, Directive 2001/37/CE et Directive 98/43/CE). La Cour de justice des Communautés européennes a invalidé cette dernière dans l'affaire C-376/98, Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *op. cit.* La Commission a cependant lancé une nouvelle proposition : proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et adminis-

tratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac⁴⁸. Une proposition de règlement concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires, *op. cit.*, a été publiée récemment.

- Règles limitées à certains services (crédit à la consommation (Directive 87/102/CEE)⁴⁹, voyages (Directive 90/314/CEE)⁵⁰).
- Règles relatives à certains groupes cibles (article 16 de la Directive "Télévision sans frontières").
- Règles relatives à certains outils publicitaires (Directive sur les marques (Directive 89/104/CEE)⁵¹ et Directive sur les indications de prix (Directive 98/6 CE)⁵² ; la Directive "Télévision sans frontières" contient des règles relatives à la publicité sans spot et au parrainage ; la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁵³ et la Directive 2002/58/CE vie privée et communications électroniques, *op. cit.*, contiennent des dispositions sur la publicité non sollicitée et la collecte de données relatives aux consommateurs aux fins de marketing et d'étude de marché ; proposition modifiée de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur, (*op. cit.*).

- 1) John Walter, dans le premier numéro de son *The Daily Universal Register*, du 1^{er} janvier 1785.
- 2) Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, telle qu'amendée par la Directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la Directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, toutes deux disponibles sur : http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/mis_adv/index_en.htm#directive. Une liste des (propositions de) directives et règlements mentionnés dans cet article figure à la fin du document.
- 3) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les Directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales), COM (2003) 356 final, 18 juin 2003, disponible sur : http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/directive_prop_en.pdf
- 4) Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur, COM (2002) 585 final, 25 octobre 2002, disponible sur : http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2002/com2002_0585en1.pdf
- 5) 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, adoptée le 3 octobre 1989, JO L 298, 17 octobre 1989, p.23 et modifiée par la Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, adoptée le 30 juin 1997, JO L 202, 30 juillet 1997, p. 60, disponible sur : http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/regul_en.htm
- 6) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires, COM (2003) 424 final, 16 juillet 2003, disponible sur : http://europa.eu.int/comm/food/fs/fl/fl07_en.pdf
- 7) A titre d'exemple, voir : 512 U.S. 753 (1994) (*Judy Madsen, et al. v. Women's Health Center, Inc., et al.*).
- 8) Veuillez noter qu'un publipostage est une publicité maquillée en contenu éditorial (tandis qu'un article publicitaire est une publicité dans une mise en page éditoriale).
- 9) Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (Directive vie privée et communications électroniques), JO L 201, 31 juillet 2002, p. 37, disponible sur : http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2002/l_201/l_20120020731en00370047.pdf
- 10) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (Directive sur le commerce électronique), JO L 178, 17 juillet 2000, p. 1, disponible sur : http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_178/l_17820000717en00010016.pdf
- 11) Affaire C-376/98, République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, arrêt de la CJCE du 5 octobre 2000, Rec. I-8419.
- 12) Adopté en 1997, disponible sur : http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1997/advercod.asp
- 13) BGH, *Feuer, Eis und Dynamite*, GRUR 1995, 744; GRUR 1995, 750.
- 14) Frauke Henning-Bodewig, "Werbung im Kinospielefilm, Die Situation nach 'Feuer, Eis und Dynamite'", GRUR 1996-5, p. 321-330.
- 15) Pour l'aperçu le plus récent, voir Helmut Gamerith, "Neue Herausforderungen für ein europäisches Lauterkeitsrecht", WRP 2003-2, p. 143-172.
- 16) Arnold Vahrenwald, "The Advertising Law of the European Union", EIPR 1996-5, p. 280.
- 17) Requête n° 7805/77, décision sur la recevabilité rendue par la Commission européenne des Droits de l'Homme du 5 mai 1979, DR 16, p. 68.
- 18) Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 23 juin 1994, série A, n° 219.
- 19) Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 24 janvier 1994, série A, n° 285.
- 20) *Markt Intern Verlag GmbH & Klaus Beermann c. Allemagne*, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 20 novembre 1989, série A, n° 165.
- 21) *Nederlandse Omroepprogramma Stichting c. Pays-Bas*, requête n° 16844/90, décision sur la recevabilité rendue par la Commission européenne des Droits de l'Homme du 13 octobre 1993, non publiée.
- 22) Requête n° 14622/89, décision sur la recevabilité rendue par la Commission européenne des Droits de l'Homme du 7 mars 1989, DR 69, p. 272.
- 23) Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 25 mars 1985, série A, n° 90.
- 24) Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 17 octobre 2002.
- 25) *44 Liguormart c. Rhode Island, 000 U.S. U10183 (1996)*, disponible sur : <http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html>

- 26) Affaire C-267/91 et C-268/91, Mithouard & Keck c. France [1993], arrêt de la CJCE du 24 novembre 1993, Rec. I-6097.
- 27) A présent article 28 (qui dispose dans son intégralité : " Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres"), disponible sur : http://europa.eu.int/eur-lex/en/treaties/dat/ec_cons_treaty_en.pdf
- 28) Affaire C-405/98, Konsumentenombudsmann (KO) c. Gourmet International Products AB (GIP) [2001], arrêt de la CJCE du 8 mars 2001, Rec.I-1795.
- 29) Affaires jointes C-34/95, C-35/95 et C-36/95, Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Förlag AB et TV-Shop i Sverige AB [1997], arrêt de la CJCE du 9 juillet 1997, Rec.I-3843.
- 30) Affaire C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb eV c. Clinique Laboratoires SNC et Estée Lauder Cosmetics GmbH [1994], arrêt de la CJCE du 2 février 1994, Rec.I-0317.
- 31) Affaire C-210/96, Gut Springenheide GmbH and Rudolf Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung [1998], arrêt de la CJCE du 16 juillet 1998, Rec.I-4657.
- 32) Affaire C-220/98, Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group GmbH [2000], arrêt de la CJCE du 13 janvier 2000, Rec.I-0117.
- 33) Voir le paragraphe 31 de l'affaire C-210/96, Gut Springenheide & Tusky c. Oberkreisdirektor, *op. cit.*
- 34) Voir Oliver Gray, "Système de traitement des plaintes transfrontalières de l'AEEP : illustration et explication", IRIS Special 2003, p. 83-87.
- 35) En tant que président de la Commission du code de publicité néerlandais, chargé notamment d'examiner la recevabilité des plaintes dans ce domaine.
- 36) Voir, entre autres, Rolf Sack, "Herkunftslandprinzip und internationale elektronische Werbung nach der Novellierung des Teledienstgesetzes (TDG)", WRP 2002-3: 271-283.
- 37) Frauke Henning-Bodewig, "E-Commerce und irreführende Werbung. Auswirkungen des Herkunftslandprinzips auf das europäische und deutsche Irreführungsrecht", WRP 2001-7, p. 771-777.
- 38) Voir encore Rolf Sack, "Herkunftslandprinzip und internationale elektronische Werbung nach der Novellierung des Teledienstgesetzes (TDG)", WRP 2002-3, p. 273-278.
- 39) Direction générale santé et protection des consommateurs.
- 40) Voir Hans W. Micklitz et Jürgen Keszler, "Europäisches Lauterkeitsrecht. Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltensrecht im europäischen Binnenmarkt", GRUR Int 2002-11, p. 899-901 ; Helmut Köhler, Joachim Bornkamm et Frauke Henning-Bodewig, "Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform", WRP 2002-12, p. 1317-1328.
- 41) Affaire C-112/99, Toshiba Europe GmbH c. Katun Germany GmbH [2001], arrêt de la CJCE du 25 octobre 2001, Rec.I-7945.
- 42) Affaire C-44/01, Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH et Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer [2003], arrêt de la CJCE du 8 avril 2003, Rec. 2003.
- 43) ARD c. PRO Sieben Media, C-6/98 Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD) c. PRO Sieben Media AG, en présence de SAT 1 Satellitenfernsehen GmbH, Kabel 1, K 1 Fernsehen GmbH [1999] arrêt de la CJCE du 28 octobre 1999, Rec.I 7599.
- 44) Affaires jointes C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 et C-339/94, RTI et autres c. Ministero delle Poste e Telecomunicazioni [1996], arrêt de la CJCE du 12 décembre 1996, Rec.I-6471.
- 45) Affaire C-245/01, RTL c. Niedersächsische Landesmedienanstalt, affaire pendante.
- 46) Voir les arrêts de référence BGH 16. Februar 1973, GRUR 1973, p. 552 (*Briefwerbung*); BGH 19. Juni 1970, NJW 1970, p. 1738 (*Telefonwerbung*); BGH 3. Februar 1988, GRUR 1988, p. 614-619 (*Bildschirmtext*).
- 47) Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JO L 144, 4 juin 1997, p. 19.
- 48) présentée par la Commission en application des articles 47(2), 55 et 95 du Traité CE), COM/2001/0283 final - COD 2001/0119, disponible sur : http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/envi/20020321/283-01_en.pdf.
- 49) Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, JO L 42, 12 février 1987, p. 48.
- 50) Directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, JO L 158, 23 juin 1990, p. 59.
- 51) Première Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, JO L 40, 11 février 1989, p. 1.
- 52) Directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, JO L 80, 18 mars 1998, p. 27.
- 53) JO L 281, 23 novembre 1995, p. 31.