

Le droit relatif à la publicité dans les médias électroniques

La publicité est l'un des principaux moyens de financement des médias électroniques. Une forme de financement que l'on connaît bien dans l'audiovisuel mais qui évolue, comme évoluent par exemple l'environnement technologique (numérisation) et, logiquement, les attentes des téléspectateurs. Les publicitaires ont mis un certain temps avant de découvrir Internet. Aujourd'hui, le réseau des réseaux s'est imposé en tant que *mass media* et il est devenu un marché d'une telle ampleur que la force d'attraction qu'il exerce sur l'industrie de la publicité est immense : de janvier à mars 2005, 78 millions d'euros ont été investis dans la publicité en ligne dans la seule Allemagne. La Toile offre des possibilités techniques encore plus étendues que la télévision. En revanche, c'est un domaine difficile à régir, à supposer qu'on le souhaite.

La publicité fait partie intégrante de la vie économique du marché communautaire : vente d'espaces télévisuels, diffusions des mêmes spots dans différents Etats membres. Les publicitaires commercialisent leurs campagnes à l'échelle européenne, leur cible est la population mondiale.

Avatar commercial de la communication, la publicité est protégée par le principe de la liberté d'expression en vertu de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés. Elle est régie par des lois restrictives et la réglementation CE est en l'occurrence particulièrement abondante. Le présent IRIS *plus* analyse ses nombreuses dispositions, met de l'ordre dans cette forêt très vite devenue touffue, et complète avec succès le précédent numéro. Pas seulement du point de vue géographique.

Strasbourg, juin 2005

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 2005-06

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



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: a.blocman@victoires-editions.fr



Le droit relatif à la publicité dans les médias électroniques

Kathrin Berger,

Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles

A. Introduction

La publicité tient une place importante dans l'économie européenne. Le présent article expose les mesures de régulation prises en la matière par l'UE et éclaire la situation des médias électroniques : la progression rapide des technologies en a fait un domaine particulièrement tendu. La régulation de la publicité est présentée globalement dans une introduction suivie, au chapitre B, d'une observation des directives et règlements existants et en projet. La publicité trompeuse, l'information obligatoire, les restrictions à la publicité pour certains produits sont quelques-uns des aspects traités au chapitre C. Ces exemples permettent d'illustrer l'interaction des différents instruments de régulation. Enfin, le chapitre D est consacré aux nouvelles formes de publicité et montre que le cadre juridique en place reste souple.

Partie du système des libertés fondamentales, la publicité dans les médias électroniques est régie par le législateur communautaire en accord avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Les libertés fondamentales sont appelées à garantir la circulation transfrontalière des biens et des services. En matière de publicité transfrontalière, il arrive que les dispositions varient d'un Etat membre à l'autre, freinant ainsi la production d'une publicité européenne. Lorsqu'un même film publicitaire est proposé aux chaînes des différents Etats membres pour qu'elles le diffusent, il faut commencer par l'adapter aux normes nationales. La protection des mineurs est par exemple un domaine où la publicité est soumise à des restrictions nationales diverses.

La publicité est considérée comme une prestation de service dont aucune loi nationale ne peut entraver la libre circulation. Pourtant, dans certaines conditions, des lois restrictives peuvent être promulguées : pour protéger l'intérêt général, à condition que les mesures prises ne soient pas disproportionnées par rapport à l'objectif visé¹, et soient limitées à ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif². Selon la jurisprudence de la CJCE, les pratiques commerciales loyales et la protection des consommateurs figurent parmi les motifs impératifs d'intérêt général qui pourraient justifier une limitation de la libre circulation des services³.

Or les restrictions à la publicité ne se mesurent dans le cas concret à l'aune de la liberté de circulation des services que s'ils ne sont pas régis par la liberté de circulation des biens⁴. En vertu des articles 28 et 30 du Traité CE, les restrictions quantitatives aux échanges transnationaux et les mesures d'effet équivalent sont interdites. Les interdictions ou restrictions à la publicité d'un produit particulier peuvent avoir un effet sur le commerce transnational et représenter ainsi des mesures d'effet équivalent⁵. Ces dernières sont des dispositions commerciales prises par les Etats membres, susceptibles d'entraver directement ou indirectement, *de jure ou de facto*, le commerce intérieur. Il faut donc que les restrictions à la publicité des Etats membres puissent se mesurer en l'occurrence à la liberté de circulation des biens. La CJCE a cependant limité cette règle en déclarant que des "modalités de vente" non discriminatoires ne seraient pas propres à entraver la libre circulation des biens, et ne pouvaient en conséquence être considérées comme des mesures d'effet équivalent au sens de l'article 30 du Traité CE⁶. Sont considérées comme des modalités de vente les dispositions qui se réfèrent à la distribution de biens dans le temps et l'espace, et non aux propriétés des produits considérés. Sont aussi tenues pour telles les dispositions relatives à certaines méthodes de distribution (la commercialisation des produits du tabac est par exemple réservée à certains points de vente)⁷. Elles doivent en outre s'appliquer à tous les acteurs économiques concernés qui exercent leur activité à l'intérieur d'un Etat, et doivent toucher de la même façon, *de jure et de facto*, l'écoulement des produits en provenance du marché national et des marchés des autres Etats membres⁸. En règle générale, les restrictions à la publicité émanant d'un Etat sont des "modalités de vente" et, en tant que telles, compatibles avec la libre circulation des marchandises⁹.

Les principes élaborés par la CJCE se concrétisent souvent par des directives et des règlements CE. L'harmonisation, voire l'uniformisation des cadres nationaux qui s'ensuit en matière de publicité peut aboutir à des restrictions. Celles-ci sont toujours envisagées, par les législateurs européens aussi, dans la perspective de l'intérêt général, selon les principes de la nécessité et de la proportionnalité. Pour autant que les directives laissent aux Etats membres une latitude en matière de transposition, les dispositions promulguées doivent se conformer aux principes fondamentaux et aux conditions qui justifient les restrictions édictées.

Le droit CE couvre d'une part des réglementations sectorielles qui s'appliquent spécifiquement à l'audiovisuel ou aux services de la société de l'information, avec en outre des dispositions liées aux produits, par exemple à la publicité des boissons alcoolisées ou des produits pharmaceutiques (approche dite verticale). D'autre part, il existe des règles intersectorielles applicables à l'ensemble des médias et des produits (approche dite horizontale)¹⁰.

Toutes ces dispositions émanent de principes communs : la réalisation du marché intérieur doit progresser en évitant tout obstacle dû à des législations nationales divergentes, et le consommateur doit être protégé contre la publicité trompeuse ou une influence injustifiée. Il est préconisé d'atteindre ce dernier objectif d'intérêt général par une transparence maximale et une restriction raisonnable des mesures publicitaires. Les moyens traditionnels employés à cet effet sont la séparation du contenu éditorial et publicitaire, le signalement de la publicité et l'interdiction de la publicité larvée.

L'un des aspects facilitant l'exercice de la libre prestation des services est le principe du pays d'origine, appliqué aussi dans certaines règles de publicité. Selon ce principe, les Etats membres doivent faire en sorte que les prestataires ne soient soumis qu'aux dispositions de leur pays d'origine si le secteur concerné est coordonné par le droit CE. Ainsi, tout contrôle supplémentaire dans le pays destinataire est exclu.

A ce principe s'oppose celui du lieu où se tient le marché, issu du droit international de la concurrence, selon lequel s'appliquent les dispositions du pays où les biens ou les services sont commercialisés.

Actuellement, de nouvelles initiatives sont entreprises ou adoptées pour harmoniser et adapter les règles relatives à la publicité déloyale. Il est question d'une proposition de règlement pour la promotion des ventes ainsi que d'une proposition de Directive sur les pratiques commerciales déloyales. Cette dernière a été formellement approuvée le 18 avril 2005 par le Conseil "Compétitivité". S'agissant du règlement, aucun accord n'a encore pu être obtenu.

Ces deux instruments juridiques sont autant que faire se peut intégrés dans la présente étude sur le droit CE relatif à la publicité, afin d'exposer une image aussi complète que possible du système de la publicité dans les médias, tel qu'il existe et tel qu'il évolue.

B. Cadre juridique

I. Directive sur les pratiques commerciales déloyales¹¹

L'objectif du benjamin des instruments juridiques en matière de publicité est d'harmoniser les cadres nationaux régissant les pratiques commerciales déloyales comme la publicité trompeuse et la publicité agressive. Le but de la directive est de se substituer aux divers principes de droits et clauses générales en édictant une interdiction générale de telles pratiques. Cette directive comporte donc une clause générale interdisant à l'article 5

les pratiques commerciales déloyales. Une liste noire des pratiques dites agressives, interdites dans tous les cas (utilisation d'un label de qualité sans autorisation, allégations sur les vertus curatives d'un produit) est annexée et précise sans ambiguïté ce qui est interdit, tout en donnant aux entreprises la possibilité d'exploiter l'espace laissé à leur appréciation. Une campagne de publicité doit être comprise aussi bien par les consommateurs de Pologne que d'Espagne sans qu'il faille craindre d'enfreindre dans l'un de ces pays une règle sur la concurrence déloyale. Cela offre aussi au consommateur une plus grande sécurité juridique vis-à-vis des communications commerciales émanant de l'étranger¹².

1. Historique

Le "Livre vert de la Commission sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne"¹³ ainsi que la "Communication de la Commission - Suivi du Livre vert"¹⁴ ont joué un rôle déterminant lors de l'élaboration de la directive. La nécessité d'une réforme du système juridique de protection des consommateurs y est affirmée.

La proposition de la Commission du 18 juin 2003¹⁵ a été remaniée à plusieurs reprises. La première version comportait une clause du pays d'origine, qui a été retirée ; la position commune du Conseil proposait d'autoriser les Etats membres à appliquer pendant une certaine période des consignes plus sévères, elle a été suivie. Le Parlement a adopté en deuxième lecture certains amendements, et le 24 février 2005, une résolution législative était adoptée¹⁶. La Commission et le Conseil ayant approuvé tous les amendements¹⁷, on est parvenu à un accord définitif. Le Conseil "Compétitivité" ayant formellement adopté le texte le 18 avril 2005¹⁸, la directive, après avoir été publiée au Journal officiel, peut entrer en vigueur.

2. Champ d'application de la directive

Il se limite aux relations entre les entreprises et les consommateurs (*Business to Consumer - B2C*). La directive applicable aux relations entre les entreprises (*Business to Business - B2B*) est celle sur la publicité trompeuse et comparative¹⁹.

La Directive sur les pratiques commerciales déloyales concerne les pratiques commerciales de toutes sortes susceptibles d'avoir un impact sur les décisions des consommateurs relatives aux produits (non aux services) qu'ils souhaiteraient acquérir (considérant 7).

Les dispositions juridiques de la Communauté ou des Etats membres relatives à la protection de la propriété intellectuelle, aux aspects sécuritaires et sanitaires des produits, au goût ou à la bienséance ainsi qu'au droit des contrats sont exclus du domaine d'application matériel de la directive (considérant 9). Bien que les dispositions des Etats membres dans ces domaines soient assez divergentes, le législateur européen s'abstient de les harmoniser pour des raisons culturelles²⁰.

L'harmonisation est également limitée du fait que, conformément au considérant 6, l'application notamment de la clause générale doit tenir compte de l'impact sur les cas particuliers.

3. Degré d'harmonisation

Dans les six années suivant l'entrée en vigueur de la directive, les Etats membres peuvent, selon l'article 3 alinéa 5, continuer d'appliquer des dispositions plus restrictives dans le domaine coordonné. Cette clause a été apportée lors des toutes dernières propositions d'amendement. En vertu de l'article 251 du Traité CE, de telles dispositions nationales doivent être en vigueur à la clôture de la procédure. Le premier projet prévoyait le principe du pays d'origine à l'article 4 alinéa 1. Cette disposition s'est heurtée à de nombreuses réticences parce qu'on craignait qu'elle ne désavantage les consommateurs. Elle a donc été rayée²¹. De l'avis de la Commission, cette position était défendable en raison du degré d'harmonisation élevé imputé à cette directive : en application de la clause générale, notamment, les dispositions des Etats membres seront pratiquement identiques.

L'article 4 dispose maintenant que les Etats membres ne peuvent restreindre la libre circulation des services et des biens pour des motifs relevant du champ d'application coordonné par la directive. Autrement dit, la protection des consommateurs et les pratiques commerciales déloyales ne peuvent plus être invoquées pour justifier la limitation des libertés fondamentales, et en tout cas elles ne peuvent l'être là où la directive édicte des dispositions contraignantes.

4. Relations entre la directive et les autres actes juridiques

En vertu de l'article 3 alinéa 4 de la Directive sur les pratiques com-

merciales déloyales, les textes juridiques de la Communauté qui réglementent certains aspects particuliers des pratiques commerciales déloyales sont prioritaires. Ceci s'applique par exemple aux dispositions de la Directive sur la télévision sans frontières²² et à celles de la Directive sur le commerce électronique²³.

II. Proposition de règlement relatif à la promotion des ventes dans le marché intérieur²⁴

Les mesures de promotion des ventes comme les rabais ou les concours sont une forme appréciée de la communication commerciale. Il importe que le consommateur dispose de renseignements précis sur les conditions de sa participation, la valeur de l'offre et l'impact des mesures promotionnelles sur le prix.

Dès l'arrêt "Oosthoek" de 1982²⁵, la CJCE avait déclaré que des mesures visant la restriction des ventes promotionnelles pouvaient être assimilées à des restrictions quantitatives aux échanges transnationaux et considérées comme une entrave à la libre circulation des marchandises. Ce secteur est à ce jour assez peu codifié. La Directive sur le commerce électronique précise les informations à fournir en matière de communication commerciale.

Le 2 octobre 2001, la Commission adopte une proposition de règlement sur la promotion des ventes dans le marché intérieur²⁶, puis après consultations et prises de positions du Conseil et du Parlement, une proposition amendée est présentée et transmise le 25 octobre 2002 au Parlement et au Conseil²⁷. Le 3 mai 2004, la Présidence du Conseil dépose un compromis²⁸ étudié le 17 septembre 2004 par le Comité des représentants permanents²⁹. La pomme de discorde est encore et toujours la nature de l'instrument juridique. D'importants débats sont menés concernant l'article 3 du projet de règlement qui comporte une clause sur la libre circulation des biens et des services et l'article 3a qui prévoit une dérogation à durée déterminée vis-à-vis de cette clause. Une entrée en vigueur du règlement est prévue pour le 1^{er} juillet 2006. L'exposé ci-dessous se réfère à la proposition la plus récente de la Présidence du Conseil, du 3 mai 2004, et aux points qui font l'objet de débats³⁰.

1. Champ d'application

Il est prévu que le règlement s'applique à toutes les formes de communications commerciales liées à des opérations promotionnelles, sans être limité à certains médias. Selon l'article 2 lettre b), la "promotion des ventes" comprend toute forme de rabais, cadeau, prime ou titre de participation à un concours ou à un jeu promotionnel. D'après le considérant 10, les jeux et concours présentés dans le cadre de contenus médiatiques éditoriaux ne s'entendent pas comme des concours et sont hors du champ d'application du règlement (mots croisés par exemple, à condition qu'ils se trouvent dans la partie éditoriale).

2. Le règlement en tant que forme de régulation

Vu à la lumière des autres actes juridiques de la Commission en matière de protection des consommateurs, le choix de cet instrument, qui s'applique directement dans les Etats membres, est tout à fait remarquable. Dans ce domaine, on ne connaissait à ce jour que des directives et même le texte sur les pratiques commerciales déloyales, mis en chantier parallèlement au règlement, est conçu sous forme de directive. De l'avis de la Commission, le règlement est l'outil le mieux adapté et le plus efficace pour traiter un petit nombre de questions bien délimitées. Dans le contexte de la promotion des ventes, il garantit à la fois la transparence des prix et une sécurité juridique globale. L'argumentation opposée avance qu'une directive serait plus appropriée³¹ car elle tiendrait mieux compte des législations nationales divergentes et offrirait une plus grande souplesse.

3. Principe de la reconnaissance mutuelle

L'article 3 alinéa 1 interdit aux Etats membres l'édiction de certaines mesures visant à réduire les opérations promotionnelles sur le marché national. Le principe qui s'applique aux autres règles que celles énoncées est celui de la reconnaissance mutuelle conformément à l'article 3 alinéa 2. Autrement dit, un Etat membre ne peut interdire la communication licite d'une opération de vente au rabais en provenance d'un autre Etat membre qui n'est pas évaluée dans le règlement. Ceci reste valable même si la publicité, voire l'opération, était interdite par la législation du premier Etat membre. La reconnaissance mutuelle n'a cependant lieu d'être

que dans le cadre des opérations de ventes promotionnelles. Les restrictions générales pour motifs éthiques, sanitaires ou relatifs à la protection des mineurs par exemple, ne sont pas couvertes par le règlement³².

Il n'a pas été possible de parvenir à un accord quant au libellé et au contenu exact de l'article 3a qui autorise dans le cas particulier les Etats membres à prendre des mesures de dérogation à l'article 3 alinéa 2. A l'article 3a alinéa 3, la durée de validité de cette disposition est limitée à trois ans. Les mesures n'obéissant pas au principe de la reconnaissance mutuelle sont soumises à certains préalables. Elles doivent pas exemple être indispensables à la protection de l'ordre public, ou à la protection des consommateurs, en absence de codification communautaire. La durée de validité de la clause de dérogation est également litigieuse, les uns voulant l'allonger et les autres, la raccourcir.

4. Relations entre le règlement et les autres actes communautaires

Selon le considérant 13, le règlement complète les dispositions communautaires existantes relatives à l'utilisation et à la communication d'opérations promotionnelles (directives relatives à la publicité trompeuse et comparative, à la télévision sans frontières, au commerce électronique).

Dans le premier projet de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales, les relations de celle-ci avec le règlement sont encore mentionnées au septième considérant : il convient de tenir compte des dispositions du règlement pour évaluer si une mesure de promotion des ventes est déloyale. Maintenant que l'adoption de la directive est proche, alors qu'il faudra sans doute attendre pour parvenir à un accord sur le règlement, on ne trouve plus, dans la version actuelle, de référence à cet outil. Il serait d'ailleurs difficile aujourd'hui d'établir une délimitation précise entre les deux textes. D'une part la Directive sur les pratiques commerciales déloyales ne serait pas affectée par le règlement en vertu dudit considérant 13, d'autre part l'article 3 de la directive donnerait priorité au règlement puisque celui-ci codifie certains aspects de la directive. C'est un point qui devra être élucidé avant l'adoption définitive du règlement.

III. La Directive sur la publicité trompeuse et comparative

Adoptée en 1984, la Directive sur la publicité trompeuse a été modifiée en 1997 pour y intégrer la publicité comparative. Elle fixe des objectifs minima permettant de définir ce qu'est une publicité trompeuse et réglemente les préalables à la publicité comparative. Elle ne s'applique pas spécifiquement aux médias mais à toute forme de publicité.

Elle visait jusqu'à présent à protéger les consommateurs, les personnes qui exercent une activité commerciale, artisanale ou libérale ainsi que les intérêts du public en général. Après l'entrée en vigueur de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales, la Directive sur la publicité trompeuse et comparative sera limitée à la protection mutuelle des entreprises. L'idée maîtresse est en effet de créer un cadre de portée globale pour protéger les consommateurs- et la mise en œuvre d'un nouvel instrument juridique aurait été compliquée s'il avait fallu y intégrer le domaine B2B.

Partant de la situation actuelle, à la veille de l'entrée en vigueur de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales, le présent exposé se doit d'étudier aussi la Directive sur la publicité trompeuse et comparative dans la version qui sera celle de la nouvelle directive.

1. Latitude de réglementation laissée aux Etats membres

Conformément à l'article 7 de la directive, il n'est pas fait obstacle à l'application par les Etats membres de dispositions plus sévères visant à assurer une meilleure protection en matière de publicité trompeuse. Est-ce aussi valable en matière de publicité comparative ? La réponse n'était pas évidente jusqu'à l'arrêt de la CJCE dans l'affaire opposant les sociétés autrichiennes Pippig Augenoptik et Hartlauer³³. L'argument de la Cour était le suivant : il est vrai que l'article 7 alinéa 2 dispose que l'article 7 alinéa 1 ne s'applique pas à la publicité comparative pour autant que la comparaison proprement dite est concernée. Or l'article 3 bis alinéa 1 a) dispose que la publicité comparative est licite dès lors qu'elle n'est pas trompeuse au sens de l'article 7 alinéa 1. Un cadre national pourrait-il être plus strict dans l'évaluation de la publicité comparative ?

Depuis l'arrêt Pippig Augenoptik, on sait qu'il n'en est rien. La CJCE a présenté que l'objectif de la directive était d'harmoniser les conditions de la publicité comparative dans les Etats membres³⁴. Seuls les critères éta-

blis par la législation communautaire permettent de juger si une publicité comparative est licite. Des dispositions nationales plus sévères, visant une meilleure protection contre la publicité trompeuse, ne peuvent donc être appliquées à la publicité comparative dans la mesure où la forme et le contenu de la comparaison sont concernés³⁵.

2. Relations entre la directive et les autres actes communautaires

La directive est plus générale que les réglementations sectorielles (comme la Directive sur la télévision sans frontières), et les complète si nécessaire. Les dispositions de la Directive sur la publicité trompeuse et comparative s'appliquent sans préjudice des dispositions communautaires divergentes applicables à cette même thématique mais concernant des médias déterminés (article 7).

IV. Directive sur le commerce électronique

Elle comporte des dispositions fondamentales concernant les transactions électroniques, et donc aussi la publicité sur Internet, ou visant les services à la demande. Elle s'applique à tous les médias électroniques sauf à la télévision.

La communication commerciale est mentionnée explicitement au considérant 18 comme un service de la société de l'information. A l'article 2 lettre f), elle est définie comme toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une profession réglementée.

1. Principe du pays d'origine

A l'article 3 de la directive est posé le principe du pays d'origine. Il peut difficilement en être autrement dans le commerce électronique qui transite essentiellement par le réseau des réseaux, les sites de la Toile pouvant être appelés depuis n'importe quel pays du globe. Il serait pratiquement impossible à un commerçant de respecter les dispositions de chacun des pays demandeurs.

Le principe du pays d'origine s'applique au "domaine coordonné". L'article 2 lettre h) définit ce domaine comme les exigences prévues par les systèmes juridiques des Etats membres, applicables aux prestataires des services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information. Peu importe, selon cette définition assez large, que ces exigences soient générales ou s'appliquent spécifiquement à la société de l'information. L'article 2 lettre i) le précise en indiquant que les exigences en matière de publicité appartiennent aussi au domaine coordonné. Autrement dit, le principe du pays d'origine vaut pour toutes les règles de publicité des Etats membres applicables aux services de la société de l'information, indépendamment du fait qu'elles aient été ou non harmonisées par la directive. Le considérant 21 cite comme exemple de domaine coordonné les exigences concernant la publicité en ligne et en exclut les exigences juridiques des Etats membres (normes de sécurité, obligations d'étiquetage, etc.).

Des dérogations au principe du pays d'origine sont citées à l'article 3 alinéa 4 : le pays destinataire peut imposer des restrictions notamment si elles sont nécessaires à la protection du consommateur et si elles sont proportionnelles à cet objectif.

D'autres dérogations au principe du pays d'origine et aux dispositions de l'article 3 alinéa 2 sont énoncées en annexe ; parmi celles-ci figurent : la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat, l'autorisation des communications commerciales non sollicitées par courrier électronique. Cette dernière exclut que les expéditeurs de spams ne s'installent dans les pays où la législation est moins sévère pour atteindre leur but dans les autres Etats membres.

Le considérant 21 dispose que la portée du domaine concerné est sans préjudice d'une future harmonisation communautaire concernant les services de la société de l'information et de futures législations adoptées au niveau national conformément au droit communautaire. Sans cette précision, le principe du pays d'origine s'appliquerait aux normes de tout acte de droit communautaire se référant aux services de la société de l'information car ces dispositions relèveraient alors du domaine coordonné.

2. Relations entre la directive et d'autres instruments du droit communautaire

Conformément au considérant 29, la directive complète le droit appli-



cable aux services de la société de l'information et n'affecte pas les directives existantes concernant les communications commerciales.

La Directive sur la publicité trompeuse et comparative ainsi que, par exemple, la Directive sur les médicaments à usage humain³⁶ s'appliquent donc sans réserve aux services de la société de l'information (considérant 11).

Le considérant 65 indique expressément que la Commission identifiera, le cas échéant, les aspects pour lesquels des mesures additionnelles pourraient s'avérer nécessaires afin de garantir la protection des consommateurs dans la société de l'information. Ceci laisse augurer que de nouvelles mesures de protection des consommateurs, en particulier la Directive sur les pratiques commerciales déloyales ou le règlement sur la promotion des ventes, seront applicables en complément de la Directive sur le commerce électronique.

V. Directive sur la télévision sans frontières

La Directive TVSF a pour objet d'harmoniser certains domaines d'activité de la radiodiffusion télévisuelle, parmi lesquels (chapitre IV) la publicité télévisuelle incluant le parrainage et le télé-achat. Depuis l'adoption de la directive en 1989 et les modifications apportées en 1997, les formes de publicité ont rapidement progressé à la télévision - une évolution qui n'est pas terminée. Il est donc envisagé depuis assez longtemps de la réviser et de l'adapter aux nouvelles technologies. A cet effet, une communication interprétative concernant la publicité télévisée a été publiée en 2004 par la Commission³⁷. Elle expose certaines questions de portée générale sur les dispositions publicitaires de la directive mais traite aussi des nouvelles techniques publicitaires (voir aussi partie D).

1. Le principe de l'Etat diffuseur

Le principe fondamental de la Directive TVSF est celui de "l'Etat diffuseur", une forme particulière du principe du pays d'origine. Selon l'article 2 alinéa 1, chaque Etat veille à ce que les émissions diffusées à partir de son territoire respectent les règles du droit national et du droit communautaire. Les émissions doivent pouvoir circuler librement à l'intérieur de la Communauté : chaque Etat assure la liberté de réception et n'entrave pas la retransmission sur son territoire d'émissions en provenance d'autres Etats membres pour des raisons qui relèvent des domaines coordonnés par la directive. La coordination n'étant effectuée que pour ce qui concerne les activités télévisées proprement dites, la directive ne s'oppose pas fondamentalement à une réglementation nationale qui servirait d'une manière générale à protéger les consommateurs, sans pour autant introduire un deuxième contrôle des émissions télévisées en sus de celui de l'Etat diffuseur³⁸.

2. Latitude des Etats membres

En vertu de l'article 3, la directive fixe seulement des exigences minimales et laisse aux Etats membres la possibilité de prévoir, pour les organismes de radiodiffusion télévisuelle qui relèvent de leur compétence, des dispositions plus strictes ou plus détaillées dans les domaines couverts par la directive.

VI. Réglementations spécifiques à certains produits

1. Directive instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain³⁹

La Directive sur les médicaments, qui comporte notamment des dispositions sur la publicité, s'applique aux différents médias (à l'inverse des dispositions de la Directive TVSF sur la publicité pour les médicaments). Elle fixe les conditions et les restrictions concernant la publicité pour les médicaments (voir Titre VIII).

2. Tabac

La Directive 2003/33/CE sur la publicité et le parrainage en faveur des produits du tabac conduit à une interdiction quasiment généralisée de la publicité pour le tabac. Elle régit la publicité pour ces produits dans tous les médias sauf la télévision - elle couvre donc les services de la société de l'information (article 1 alinéa 1 lettre c)). Un recours en annulation est actuellement pendante devant le Tribunal de première instance de la Cour européenne⁴⁰. Il a été introduit par une PME du secteur des médias et se fonde notamment sur la liberté d'opinion en tant que droit à la communication commerciale. Il faut attendre que le Tribunal de première instance se prononce sur l'importance relative qu'il donne aux différents aspects fondamentaux du droit.

3. Autres mesures

D'autres restrictions à la publicité de certains produits se trouvent dans différents instruments juridiques ou mesures de la Communauté.

La Commission de l'UE a même annoncé qu'elle pourrait interdire la publicité pour les denrées nocives à l'adresse des enfants. Ce genre de mesures serait nécessaire si l'industrie agro-alimentaire ne créait pas de mécanismes d'autorégulation appropriés d'ici début 2006⁴¹.

Il n'existe pas, à l'heure actuelle, de directive particulière ni de règlement concernant la publicité pour les boissons alcoolisées. Le 5 juin 2001, le Conseil de l'UE a adopté une recommandation concernant la consommation d'alcool chez les jeunes, et notamment les enfants et les adolescents⁴². Il est recommandé aux Etats membres d'inciter l'industrie des boissons alcoolisées à mettre en place des contrôles autorégulateurs qui permettent d'éviter que la publicité pour l'alcool ne touche les enfants et les adolescents.

C. Impact des instruments juridiques sur la publicité

Il arrive fréquemment que les dispositions des divers instruments juridiques semblent répétitives ou contradictoires. Il est souvent difficile de se faire une idée de leur interaction. Quelle directive doit être appliquée pour évaluer la séparation des contenus publicitaires et éditoriaux ? La Directive sur les pratiques commerciales déloyales vaut-elle aussi en cas d'infractions aux dispositions en matière de publicité télévisée ? Le chapitre suivant présente quelques interactions choisies illustrées par quelques exemples importants.

I. Pratiques commerciales interdites et faisant l'objet de mesures restrictives

Toute réglementation sur la publicité vise à éviter aux consommateurs ou aux entreprises concurrentes le désagrément causé par des "pratiques déloyales". Des interdictions et des restrictions concernant certaines pratiques sont codifiées dans tous les instruments juridiques mentionnés. Les dispositions de ces outils sont ci-dessous comparées et mises en relation ; elles sont classées en : règles générales (1), interdictions de publicités trompeuses et agressives (2 et 3), restrictions concernant la publicité comparative (4).

1. Règles générales

Il existe maintenant une interdiction expresse des pratiques déloyales sous forme d'une clause générale formulée à l'article 5 alinéa 1 de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales. En vertu de l'article 5 alinéa 2, une pratique est déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle, c'est-à-dire aux pratiques de marché honnêtes (article 2 lettre h)). Il doit donc être garanti qu'une pratique commerciale satisfaisant au principe général de bonne foi ne sera pas affectée par la clause générale.

Pour être considérée comme déloyale, une pratique commerciale doit en outre influencer sensiblement le comportement du consommateur. Mais qui est le consommateur ? Le législateur, pour que la directive soit en accord avec la future jurisprudence de la CJCE, a évité de définir le "consommateur moyen" et a expressément fait référence, au considérant 18, à la CJCE. En revanche, l'article 5 alinéa 3 dispose que la publicité qui s'adresse à des groupes de consommateurs particulièrement vulnérables (les enfants, par exemple) doit être évaluée du point de vue d'un membre moyen de ce groupe. La liberté de la publicité est cependant respectée puisque sont autorisées des déclarations exagérées ou qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral.

L'interdiction générale des pratiques commerciales déloyales doit aussi englober les pratiques qui ne peuvent être évaluées comme trompeuses ou agressives au sens de la directive. Etant donné l'application de la directive à l'ensemble des médias, une infraction aux dispositions des heures d'écoute de la Directive TVSF, par exemple, peut aussi être considérée comme une infraction au principe de l'interdiction générale.

2. Publicité trompeuse

Outre l'interdiction générale de la publicité trompeuse, il convient d'étudier aussi le principe de la séparation des contenus publicitaires et éditoriaux ainsi que l'obligation d'informer par le biais de la communication commerciale, en tant qu'ils peuvent être du ressort de la publicité trompeuse.

a. Interdictions générales d'actions trompeuses

L'article 6 de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales statue sur l'interdiction générale de la publicité trompeuse applicable à l'ensemble des médias dans le domaine B2C.

Une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle est susceptible d'induire le consommateur en erreur sur certains aspects du produit, que les informations soient factuellement correctes ou non, et de l'amener à prendre une décision qu'il n'aurait pas prise autrement. Il peut y avoir tromperie sur la nature du produit, son origine géographique, les résultats qu'on est en droit d'attendre de son utilisation, le prix ou le mode de calcul du prix (article 6 lettres a-g). Cette disposition relative à la pratique mensongère se réfère au contenu de la publicité et non à sa forme. Ainsi, un bandeau publicitaire sur Internet est évalué par la Directive sur le commerce électronique au plan de la forme mais par la Directive sur les pratiques commerciales déloyales pour peu qu'il comporte un contenu mensonger.

En ce qui concerne le domaine B2B, la Directive sur la publicité trompeuse et comparative comporte à l'article 3 des critères d'évaluation et une liste non exhaustive d'exemples. Tous les éléments de la publicité sont à observer : les caractéristiques des biens et services et leur disponibilité particulière, l'usage qui peut en être fait, la quantité, le prix mais aussi les signes distinctifs du professionnel tels que son identité, ainsi que les récompenses et distinctions qu'il a reçues.

b. Exigences en matière d'information

Un consommateur bien informé est moins vulnérable – c'est ce qui a porté le législateur à fixer certaines exigences en matière d'informations relevant de la communication commerciale.

La Directive sur les pratiques commerciales déloyales ne précise pas directement les informations à communiquer mais, selon l'article 7 ("Omissions trompeuses"), indique qu'une pratique commerciale omettant de donner les informations prévues par le droit communautaire est réputée trompeuse.

Cependant, selon ce même article, l'évaluation de l'omission dépend du moyen de communication utilisé. Ainsi, une publicité via SMS ne peut contenir autant d'informations qu'une publicité sur la Toile. Il faut donc tenir compte de ces limites mais les informations substantielles devront toujours être communiquées, le cas échéant par un autre moyen, en offrant par exemple la possibilité d'un appel gratuit dans le cas d'une publicité SMS. Lors d'une invitation à l'achat, les informations obligatoires sont les caractéristiques principales du produit, l'identité du professionnel, le prix, les modalités de paiement et de livraison. Le projet de règlement sur la promotion des ventes comporte une disposition semblable (voir ci-après).

L'article 7 alinéa 5 renvoie expressément, en association avec l'annexe II de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales (comportant la liste non exhaustive des informations obligatoires), à la Directive sur le commerce électronique. Les informations à fournir en application de celle-ci sont réputées substantielles : leur absence peut être considérée comme une omission trompeuse.

Le chapitre II de la Directive sur le commerce électronique comporte des dispositions relatives à la transparence de la publicité. L'article 5 énumère les informations générales à fournir. Il est souligné aux articles 5 et 6 que ces exigences viennent en sus des autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire. Ces obligations sont sans préjudice⁴³ de la Directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance⁴⁴.

Le projet de règlement relatif aux promotions des ventes impose lui aussi au promoteur de nombreuses exigences en matière d'information (à l'article 4 qui renvoie à l'annexe). Si le règlement entre en vigueur, les dispositions existantes en matière de mesures de promotion des ventes ne seraient pas affectées. Il s'appliquerait sans préjudice des autres directives (sauf dispositions contraires de ces directives).

En annexe du règlement sont précisées les informations à fournir obligatoirement lors des promotions des ventes : le prix avec tous les frais annexes, les nom et adresse du promoteur, les dates de début et de fin de validité de l'offre, et soit la date de fin de validité soit les stocks disponibles.

La communication de rabais et de primes fait également en annexe l'objet d'exigences détaillées en matière d'information.

L'article 4 alinéa 2 du règlement allège ces exigences. En fonction du moyen de communication utilisé, il n'est pas obligatoire de fournir toutes les indications nécessaires. Il suffira que le consommateur y ait directement accès avant l'achat de la marchandise. Cette disposition ressemble à celle

de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales. Après l'entrée en vigueur de ces deux instruments juridiques, le domaine d'application du règlement devrait se limiter aux mesures de promotion des ventes tandis que la directive couvrirait l'ensemble des autres pratiques publicitaires.

Certaines dispositions du règlement et de la Directive sur le commerce électronique se recoupent ; selon la Directive sur le commerce électronique (article 6 lettre b), la personne pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable. Le règlement exige le nom et l'adresse du promoteur, la Directive sur le commerce électronique distingue entre le nom du prestataire, les coordonnées qui permettent d'entrer rapidement en contact avec lui ainsi que l'adresse de l'établissement. Si les opérations de promotion sont communiquées sur Internet, la disposition sur le commerce électronique reste applicable – c'est ce qu'il ressort du principe de subsidiarité du règlement, mentionné au considérant 13a. L'article 3 lettre c) de la Directive sur la publicité trompeuse et comparative cite aussi l'identité du professionnel comme pouvant induire le consommateur en erreur. Cette disposition correspond à celle de la Directive sur les pratiques déloyales.

La Directive "Télévision sans frontières" ne comporte pas de dispositions générales sur la communication mensongère. Dans ce domaine, la Directive sur les pratiques commerciales déloyales et la Directive sur la publicité trompeuse et comparative comblent des lacunes. A l'occasion de l'affaire "De Agostini", la CJCE avait déjà établi qu'en matière de publicité télévisée aussi, les Etats membres pouvaient prendre des mesures contre la publicité trompeuse⁴⁵.

c. Principe de séparation

La Directive sur les pratiques commerciales déloyales fixe au point 11 de l'annexe, l'interdiction de la publicité déguisée en information. Il est déloyal d'utiliser un contenu éditorial pour faire la promotion d'un produit sans l'indiquer dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur. Cette disposition ne s'applique cependant pas aux médias électroniques parce que la Directive TVSF et la Directive sur le commerce électronique contiennent des règles plus spécifiques.

Cette disposition du numéro 11 de l'annexe de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales s'entend sans préjudice de la Directive TVSF. L'article 10 de cette dernière comporte des règles spécifiques concernant la distinction entre les contenus publicitaires et le reste des programmes.

En outre, il est explicitement indiqué à l'article 3 alinéa 4 de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales que toutes les autres règles communautaires qui régissent des aspects spécifiques des pratiques commerciales déloyales sont prioritaires. La Directive sur le commerce électronique connaît aussi le principe de la séparation : selon l'article 6 lettre a), la communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle. Il s'agit là d'une règle spécifique au domaine des services de la société de l'information.

Les hyperliens peuvent être plus difficiles à évaluer. Ils peuvent se trouver dans un contenu éditorial et renvoyer sur le site d'une entreprise. Il peut s'agir de publicité déguisée selon le contexte dans lequel le lien est inséré et selon le contenu qui apparaît après avoir cliqué sur le lien. Sur Internet, les bandeaux publicitaires peuvent aussi être problématiques : si un bandeau apparaît sous forme d'un message d'erreur de l'ordinateur mais renvoie, lorsqu'on essaie de fermer la fenêtre, sur le site d'accueil d'une entreprise, la publicité n'est pas clairement identifiable.

L'article 6 de la Directive sur le commerce électronique comporte d'autres dispositions qui répondent aux exigences d'identification et de transparence des offres promotionnelles (rabais, primes, cadeaux), des concours et des jeux promotionnels. Il est cependant laissé à l'appréciation des Etats membres d'autoriser de telles formes de communication, la directive ne proposant pas à ce sujet d'harmoniser le droit matériel.

3. Publicité agressive

Les pratiques commerciales agressives sont expressément régies pour la première fois au niveau communautaire par la Directive sur les pratiques commerciales déloyales. Une pratique est réputée agressive aux termes de l'article 8 si elle altère de manière significative la liberté de choix du consommateur par le harcèlement ou la contrainte, et l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision qu'il n'aurait pas prise autrement. Les exemples énumérés à l'annexe I sont : les sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur ou courrier électronique (n° 23) ou les incitations directes adressées aux enfants pour persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité.



4. Publicité comparative

Dans les relations commerciales B2C, la publicité comparative porte en elle le germe de la publicité trompeuse et la Directive sur les pratiques déloyales régit la question. L'article 6 alinéa 2 établit que, compte tenu du contexte factuel, une publicité comparative est réputée trompeuse si elle risque de créer la confusion.

Dans les relations commerciales B2B, l'utilisation de l'identité d'une entreprise concurrente, l'abus de sa notoriété, son dénigrement, sont appelés à être traités dans le contexte de la publicité comparative. Selon la CJCE, la définition de la "publicité comparative" donnée à l'article 2 n° 2 lettre a) est une définition non restrictive qui permet de couvrir la publicité comparative sous toutes ses formes⁴⁶. Conformément à l'article 3a, la publicité comparative est licite, pour autant que la comparaison soit concernée, si elle remplit certaines conditions : elle ne doit pas être trompeuse au sens de la directive, elle doit comparer des biens et des services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ; elle doit se rapporter à une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services ; le prix peut en faire partie.

II. Restrictions à la publicité

La publicité fait aussi l'objet de restrictions formelles. Il est possible de distinguer entre les restrictions temporelles et celles qui concernent les contenus. Les premières protègent le consommateur d'une publicité omniprésente, les deuxièmes ont pour objet principal de protéger les mineurs et de freiner la consommation de produits dangereux pour la santé (tabac, alcool).

1. La durée

Seule la Directive "Télévision sans frontières" fait état de restrictions temporelles – à cause du caractère linéaire de la radiodiffusion. L'article 18 de la Directive TVSF prévoit une durée maximale, horaire et journalière, du temps de transmission consacré aux spots publicitaires. A ce sujet, la communication interprétative a pris position. Elle établit clairement que le législateur communautaire n'a pas précisé, en introduisant le critère de l'heure d'horloge, s'il s'agit de l'heure d'horloge naturelle ou de l'heure d'horloge décalée. Les notions de "jour" et de "temps de transmission quotidien" laissent aussi place à une interprétation large. Il est dit qu'elles se réfèrent à la journée de programmation. Or celles-ci peuvent commencer à 5 heures du matin alors que les émissions de 0h30 peuvent être considérées comme faisant partie du programme de la veille.

2. Le contenu

Le droit communautaire connaît de très nombreuses dispositions limitant les contenus publicitaires, soit sur des produits spécifiques (tabac, alcool, médicaments), soit pour protéger les enfants et les adolescents.

a. La protection des mineurs

On l'a vu, les enfants et les adolescents sont considérés comme un groupe particulièrement vulnérable. Ils sont donc mentionnés dans presque tous les instruments juridiques sous une forme ou une autre ; il est régulièrement laissé aux Etats membres le choix de prendre des mesures plus strictes qui dérogent au texte communautaire pour mieux protéger les mineurs⁴⁷. En outre, les entreprises du domaine coordonné sont souvent appelées à mettre en place des mécanismes autorégulateurs soutenus au niveau communautaire conformément aux directives.

L'article 16 de la Directive "Télévision sans frontières" comporte des règles spécifiques visant à protéger les mineurs contre la publicité à la télévision. Il est notamment interdit d'inciter les mineurs à acheter un produit ou à persuader leurs parents de le faire.

La Directive sur le commerce électronique ne mentionne pas de règles comparables pour Internet. Il faut donc se retourner vers des dispositions générales comme celles de la Directive sur les pratiques déloyales.

La clause d'interdiction générale de cette directive peut aussi être entendue comme couvrant les cas de publicité trompeuse ou agressive envers les mineurs en raison de leur vulnérabilité.

L'article 5 de la proposition de règlement relatif aux promotions des ventes vise la protection des enfants et des adolescents. Il est interdit au promoteur de permettre à un enfant de participer à un concours ou à un jeu promotionnel sans le consentement préalable du responsable légal de cet enfant. Il lui est aussi interdit d'offrir à un enfant un cadeau ou une prime susceptible de nuire à sa santé.

b. Les restrictions spécifiques à un produit

aa. Médicaments

Les restrictions concernant la publicité des médicaments sont régies spécifiquement par la directive instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain⁴⁸.

Une définition de la "publicité pour des médicaments" est donnée à l'article 86 de cette directive. Cette précision est nécessaire car dans ce domaine toute information détaillée n'est pas forcément de nature publicitaire. Dans l'affaire "Doc Morris", la CJCE a jugé que le site Internet d'une pharmacie est à considérer comme "publicité auprès du public" au sens de la directive si les médicaments y sont décrits, avec mention de leur dénomination, de leur prescriptibilité, du volume ou poids de leur contenu ainsi que de leur prix, et qu'il est possible de commander ce médicament en ligne⁴⁹.

Selon l'article 87 alinéa 3, la publicité faite à l'égard d'un médicament ne peut être trompeuse. Il est interdit de faire la publicité d'un médicament non autorisé par le droit communautaire (article 87 alinéa 1) ni d'un médicament qui ne peut être délivré que sur prescription médicale (article 88 alinéa 1 lettre a)). Dérogeant à l'alinéa 1, l'alinéa 2 de l'article 88 autorise la publicité des médicaments qui sont prévus ou conçus pour être utilisés sans intervention d'un médecin, au besoin avec le conseil d'un pharmacien. Dans l'affaire "Doc Morris", la CJCE a reconnu à ce sujet qu'une réglementation nationale interdisant la publicité pour la vente par correspondance de médicaments vendus habituellement en pharmacie n'était pas compatible avec l'article 88 alinéa 2, pour autant qu'il s'agisse de médicaments ne nécessitant pas une prescription médicale.

Il est explicitement établi au considérant 42 que les dispositions de la Directive sur la publicité trompeuse et comparative sont applicables aussi aux médicaments. Dans ce contexte, l'article 7 de la Directive sur la publicité trompeuse et comparative est important : il dégage les Etats membres de l'obligation d'autoriser la publicité comparative pour des biens ou des services interdits par leur législation nationale.

Le considérant 44 renvoie à la Directive "Télévision sans frontières" et exige que le principe selon lequel la publicité télévisée des médicaments disponibles seulement sur prescription médicale dans le pays émetteur soit étendu aussi aux autres médias. La Directive TVSF est applicable en priorité pour ce qui concerne la publicité télévisée mais elle est complétée par la directive sur les médicaments.

bb. Tabac

Pour ce qui concerne la publicité pour le tabac, l'interdiction totale mentionnée à l'article 13 de la Directive TVSF s'applique.

En matière de services de la société de l'information, l'article 3 alinéa 2 de la Directive sur la publicité et le parrainage des produits du tabac dispose que la publicité et les mesures promotionnelles sont limitées aux communications exclusivement destinées aux professionnels du commerce du tabac. Les sites Internet d'entreprises du tabac ne seront sans doute pas non plus considérés comme de la publicité à condition qu'ils restent discrets. Les entreprises se sont soumises à des mécanismes d'autocontrôle, notamment pour la protection des mineurs.

Il n'est pas prévu que les dispositions de la proposition de règlement relatif aux promotions des ventes s'appliquent à la promotion des produits du tabac.

cc. Alcool

La publicité télévisée et le télé-achat concernant l'alcool sont limités par l'article 15 de la Directive TVSF. La publicité pour les boissons alcoolisées est autorisée si elle ne s'adresse pas spécialement aux mineurs et si elle ne donne pas l'impression que la consommation d'alcool est liée à la réussite sociale ou à une belle apparence⁵⁰.

Il ne se trouve pas de dispositions comparables dans les autres instruments juridiques. La protection en particulier des enfants et des adolescents contre la consommation d'alcool doit être principalement assurée par des mécanismes d'autocontrôle (voir ci-dessus).

D. Perspectives

Le droit relatif à la publicité dans les médias électroniques progresse selon les besoins créés par l'environnement technologique. Il est impossible en l'occurrence de donner un aperçu des formes publicitaires qui surgiront dans les prochaines années. Au lieu de jeter un regard sur l'avenir,

il est proposé de montrer comment le cadre juridique s'applique aux nouvelles formes publicitaires qui existent déjà. On verra qu'une certaine souplesse est possible sans modifier les dispositions par le biais de fastidieuses procédures législatives.

C'est dans le domaine de la télévision que la publicité évolue le plus. La publicité virtuelle en est un exemple ; elle consiste notamment à faire passer sur les espaces publicitaires des stades de football des images virtuelles qui font la promotion de produits différents⁵¹. Les émissions de télé-achat en direct, qu'il s'agisse de jeux ou de shows, sont interrompues pour laisser aux animateurs le temps de présenter certains produits. La publicité sur écran partagé est âprement discutée.

Les nouvelles formes publicitaires ne sont pas d'emblée incompatibles avec le cadre juridique en vigueur, et cela vaut en particulier pour la Directive TVSF. Cependant, l'interdiction de la publicité déguisée et le principe de séparation sont source de problèmes. Il arrive souvent qu'on ne puisse plus clairement dire si les dispositions sur la durée de diffusion sont applicables. Dans les Etats membres, les approches concernant les aspects formels sont très différentes, ce qui est dû, de l'avis de la Commission, à des interprétations divergentes de la directive.

La publicité interactive est une interface entre la publicité télévisée et celle de la société de l'information. Sur Internet, la publicité est omniprésente et implique l'internaute, mais ici aussi, elle doit satisfaire au principe de la séparation. A la télévision s'ouvre maintenant l'univers

interactif grâce auquel le téléspectateur peut transmettre des informations directement au radiodiffuseur via un canal retour. La Commission considère que les informations retransmises par la télévision interactive sont des services fournis sur demande individuelle, donc des services de la société de l'information qui ne sont pas régis par la Directive TVSF.

Néanmoins le problème est ailleurs. En effet, l'entrée dans l'environnement interactif se fait à partir d'un programme linéaire : le téléspectateur, par exemple, clique sur un icône incrusté sur l'écran. L'émission pendant laquelle se présente l'incrustation ainsi que le signe incrusté doivent en conséquence être conformes aux critères généraux de la Directive TVSF. L'icône, pour satisfaire au principe de séparation, doit être intégré dans un cadre publicitaire qui à son tour se distingue clairement du programme éditorial. Le téléspectateur doit en outre être prévenu par des moyens optiques et acoustiques appropriés qu'il entre dans un environnement commercial interactif. Il ne doit pas être amené par un simple clic sur un lien interactif vers des sites qui vont à l'encontre de dispositions relatives aux contenus des articles 12 à 16 de la Directive TVSF.

Les principes généraux peuvent donc être appliqués, directement ou après interprétation, aux nouvelles publicités. Plus les médias convergent, plus il devient difficile d'évaluer certaines formes de publicité et de les affecter à un média particulier (comme c'est déjà le cas pour la publicité interactive à la télévision). Les interactions qui se manifestent à divers niveaux complexifient tellement la situation qu'il pourrait être pertinent d'aller "vers plus d'horizontalité"⁵².

- 1) CJCE, arrêt du 26 avril 1988, C-352/85 (Bond van Adverteerders, Rec. 1988, 2085), 36.
- 2) CJCE, arrêt du 22 janvier 2002, C-390/99 (Canal Satellite Digital, Rec. 2002, I-6087), 33.
- 3) Cf. entre autres CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, C-288/89 (Collectieve Antennevoorziening Gouda, Rec. 91, I-4007), 14.
- 4) Cf. CJCE, arrêt du 24 mars 1994, C-275/92 (Schindler, Rec. 1994, I-1039), 22.
- 5) CJCE, arrêt du 11 juillet 1974, 8/74 (Dassonville, Rec. 1974, 837), 5.
- 6) CJCE, arrêt du 24 novembre 1993, C-267/91 et C-268/91 (Keck et Mithouard, Rec. 1993, I-6097), 15-17.
- 7) CJCE, arrêt du 15 décembre 1993, C-292/92 (Hünernmund, Rec. 1993, I-6787), 21, 22 ; arrêt du 2 juin 1994 C-401/92 et C-402/92 (Tankstation 't Heukske et Boermans, Rec. 1994, I-2199), 12-14.
- 8) CJCE, arrêt du 9 juillet 1997, C-34/95 à C-36/95 (De Agostini, Rec. 1997, I-3843), 40.
- 9) Schmittmann in Loitz, Arnold u.a. (éd.): *Handbuch des Rundfunkwerberechts*, Carl Heymanns Verlag, Cologne, Berlin, etc. 2004, p. 45.
- 10) Cf. J. Kabel, "Oscillations horizontales", IRIS plus 2003-8.
- 11) Ci-dessous : la "Directive sur les pratiques commerciales déloyales" voire simplement, dans le présent chapitre, "la directive" : l'auteur n'avait pas connaissance, au moment de la rédaction, d'une version consolidée et a utilisé la version de la position commune du Conseil du 15 novembre 2004 (JOCE du 15 février 2005, C 38 E/01) tenant compte de l'avis du Parlement du 24 février 2005 (P6_TA-PROV(2005)0048). Depuis le 10 mai 2005, la version définitive de la "Directive 2005/29/CE du Parlement et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur" est disponible sur : <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/05/st03/st0316.fr05.pdf>
- 12) MEMO UE 05/64, "Questions et réponses concernant la proposition de Directive sur les pratiques commerciales déloyales", Bruxelles et Strasbourg, le 24 février 2005, disponible sur : http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/index_fr.htm
- 13) Document de la Commission du 2 octobre 2001, "Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne", COM (2001) 531.
- 14) Document de la Commission du 11 juin 2002, "Communication sur le suivi du Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne", COM (2002) 289.
- 15) Document de la Commission du 18 juin 2002, "Proposition pour une directive du Parlement européen et du Conseil sur les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la Directive 84/450/CEE du Conseil, les Directives 97/7/CE et 98/27/CE ("Directive sur les pratiques commerciales déloyales"), COM (2003) 356 fin.
- 16) Résolution législative du Parlement européen relative à la position commune du Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur du 24 février 2005 ; disponible sur : <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PUBREF=//EP//TEX>
- 17) Avis de la Commission sur les amendements du Parlement européen, du 15 mars 2005, COM (2005) 96 final, disponible sur : http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/acte_en.pdf
- 18) Communiqué de presse du Conseil du 21 avril 2005, disponible sur : http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/en/misc/84629.pdf
- 19) Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse (JO L 250 du 19 septembre, p. 17) dans la version de 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 (JO L 290 du 23 octobre 1997, p. 18) ; désignée ci-après "Directive sur la publicité trompeuse et comparative".
- 20) Considérant 6 de la Directive sur la publicité trompeuse et comparative.
- 21) Communication de la Commission au Parlement européen sur la Position commune du 16 novembre 2004 (2004)753 fin., disponible sur : http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUri-Serv/site/de/com/2004/com2004_0753de01.pdf.
- 22) Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 (JO L 202 du 30 juillet 1997, p. 60) modifiant la Directive 89/552/CEE, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO L 298 du 17 octobre 1989, p. 23) ; désignée "Directive sur la télévision sans frontières" ou "Directive TVSF".
- 23) Directive 2000/31/EG du Parlement 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 ; (JO L 178 du 17 juillet 2000, p. 1 - 16) ; désignée "Directive sur le commerce électronique".
- 24) Document de la Commission du 2 octobre 2001 "Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur", COM (2001) 546 final ; désigné "règlement sur la promotion des ventes" ou simplement "règlement" ; voir la version la plus récente dans la note suivante.
- 25) CJCE, arrêt du 15 décembre 1982, C-286/81 (procédure pénale c. Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, Rec. 1982, p. 4575 - 4590), 15.
- 26) Document de la Commission du 2 octobre 2001 "Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur", COM (2001) 546 final.
- 27) Voir note 25.
- 28) Cf. rapport du Comité des représentants permanents pour le Conseil du 13 mai 2004. Document n° 9474/04.
- 29) Rapport du Comité des représentants permanents pour le Conseil du 18 septembre 2004, Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la promotion des ventes dans le marché intérieur, Document n° 12498/04.
- 30) Cf. les documents n° 12261/04 du 14 septembre 2004, n° 12498/04 du 17 septembre 2004, n° 14402/04 du 11 novembre 2004.
- 31) Document du Conseil 9229/04 du 10 mai 2004, Préparation de la session du Conseil Compétitivité (Marché intérieur, Industrie et Recherche) des 17/18 mai 2004 - Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la promotion des ventes dans le marché intérieur (AL) - Accord politique, p. 3.
- 32) Projet de règlement de la Commission pour la promotion des ventes du 15 janvier 2002 (2001/0227 (COD), p. 28.
- 33) CJCE, affaire Pippig Augenoptik/Hartlauer, op. cit.
- 34) CJCE, affaire Pippig Augenoptik/Hartlauer, op. cit., 43.
- 35) CJCE, affaire Pippig Augenoptik/Hartlauer, op. cit., 44.
- 36) Directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (JO L 311 du 28 novembre 2001, p. 67) ; désignée ci-après "Directive sur les médicaments".
- 37) C (2004)1450 du 23 avril 2004, Communication interprétative de la Commission relative à certains aspects des dispositions de la Directive "Télévision sans frontières" concernant la publicité télévisée, disponible sur : http://europa.eu.int/comm/avpolicy/legis/key_doc/legispdf/files/1450_fr.pdf
- 38) Cf. CJCE, affaire De Agostini , voir ci-dessus note 8, 34.
- 39) Directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001, voir ci-dessus note 36.
- 40) Tribunal de première instance de la Cour de justice, affaire T-310/03 (recours JO C 289 du 29 novembre 2003) p. 27.
- 41) Cf. communication in MMR Aktuell 3/2005, p. XX.
- 42) Recommandation 2001/458/CE du Conseil du 5 juin 2001 concernant la consommation d'alcool chez les jeunes, notamment les enfants et les adolescents, JO L 161 du 16 juin 2001, p. 28.
- 43) Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat de contrat à distance (JO L 144 du 4 juin 1997 p. 19). Considérant 29 de la Directive sur le commerce électronique.
- 44) Considérant 29 de la Directive sur le commerce électronique.
- 45) Cf. CJCE, arrêt De Agostini, op. cit.
- 46) Cf. CJCE, arrêt du 25 octobre 2001, C-112/99 (Toshiba Europe, Rec. 2001, I-7945), 30, 31.
- 47) Cf. p. ex. article 3 alinéa 4 lettre a) i) de la Directive sur le commerce électronique.
- 48) Directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001, voir note 36 ci avant.
- 49) CJCE, arrêt du 11 décembre 2003, C-322/01 (affaire Doc Morris), 44.
- 50) CJCE, arrêt du 13 juillet 2004, C-318/00 (affaire Bacardi), Rec. 2003, I-905 ; concernant l'interdiction en France de la publicité à la télévision, voir Scheuer/Strothmann, Le sport à la lumière du droit européen des médias 2^e partie, IRIS plus 2004-6.
- 51) Cf. CJCE, arrêt Bacardi, op. cit.
- 52) Cf. à ce propos un aperçu des différentes dispositions dans les directives concernées : J. Kabel op. cit, IRIS plus 2003-8, p. 6