

## **La liberté de création et l'intérêt général : le cas des créations publicitaires**

L'intérêt général, c'est à la fois favoriser la liberté de création publicitaire et la limiter.

La favoriser puisqu'il s'agit d'une activité à la confluence des principes constitutionnels que sont la liberté du commerce et surtout la liberté d'expression.

En ce sens :

- CEDH Casado Coca c. Espagne 24 février 1994 req. n°15450/89 « *L'article 10 ne joue pas seulement pour certains types de renseignements, d'idées ou de modes d'expression, notamment ceux de nature politique ; il englobe aussi l'expression artistique, des informations à caractère commerciales (...) ou même de la musique légère et des messages publicitaires diffusés par câble. En l'occurrence les annonces litigieuses (...) visaient assurément un but publicitaire (...) l'article 10 entre donc en jeu* »
- Com. 7 février 1995 n°93-13548 « *Le recours à la publicité, qui est une manifestation de la liberté d'expression, est garanti par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale* »

Il s'agit au demeurant de créations qui seront souvent des créations artistiques au sens du Code de la propriété intellectuelle et qui, en tant que telles, bénéficient de l'article 1 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine "*La création est libre*".

Mais l'intérêt général peut également amener à limiter la liberté de création publicitaire, que ce soit au titre :

- de la protection de la société (loi de santé publique (loi Evin), réglementation de la publicité des médicaments, loi Sapin, loi sur la publicité des armes à feu),
- de la protection de la concurrence (droits d'auteur, parasitisme (extension à des idées/concepts), contrefaçon),
- de la protection des consommateurs (pratiques commerciales déloyales (trompeuses et agressives) en particulier.

C'est une matière très riche qui repose sur les problématiques déjà abordées au cours du Forum et sur des notions déjà assez bien cernées et qui, pour être développées, impliqueraient chacune plus d'une intervention de cette nature.

Il ne sera pas abordé non plus la définition de l'intérêt général déjà largement débattue ici, sinon pour rappeler qu'il ne se confond pas avec un intérêt collectif.

Cet exposé sera orienté sur une spécificité de la publicité qui voit certaines de ses normes être créées et sanctionnées et avec une forme de censure se créer par des intervenants privés sans délégation ni contrôle spécifique de l'Etat.

C'est donc un rôle très exceptionnel que se sont attribuées l'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (ARPP) et son émanation le Jury de Déontologie Publicitaire (JDP).

Rappelons que le Bureau de Vérification de la Publicité a changé de dénomination en 2008 pour devenir l'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (ARPP).

Les publicitaires comme les juristes savent que le choix des mots n'est pas anodin et que celui qui a été adopté évoque à l'évidence les autorités administratives indépendantes, ce que n'est pas l'ARPP, simple émanation des organismes professionnels du secteur. (Cf. Article « L'opportunité de transformer l'ARPP en AAI – L. Arcelin Lécuyer »)

Il s'agit d'un organe d'autodiscipline, ce qui en soi est tout à fait recommandable dès lors qu'il peut être amené à établir des règles à destination de ses membres et, le cas échéant, à sanctionner leur non-respect.

La situation se complique dès lors que ces normes :

- peuvent être appliquées à des tiers non-adhérents à l'ARPP ou aux associations dont elle émane,
- peuvent aller à l'encontre des dispositions légales ou réglementaires (européennes ou françaises),
- peuvent entraîner des sanctions telles que l'impossibilité de diffuser une campagne publicitaire,
- sont mises en œuvre par une procédure qui est loin d'offrir les garanties d'une procédure judiciaire.

En un mot, on peut s'interroger sur la possibilité pour un organisme privé de fixer des règles et de les sanctionner au détriment d'opérateurs économiques pouvant en subir un préjudice considérable alors qu'ils auraient par ailleurs respecté les dispositions légales et ce, en portant potentiellement des atteintes à des droits et des libertés protégés par des normes supérieures comme la liberté d'expression, la liberté d'entreprendre ou encore le droit de propriété.

## **I. – Le champ d'application des recommandations de l'ARPP**

Personne ne pourrait a priori trouver choquant qu'un organisme professionnel d'auto discipline édite des règles qui s'imposeraient à ses adhérents.

C'est le principe de toute association.

En revanche, on a plus de mal à concevoir que ladite association puisse créer des règles qui s'imposeraient à des tiers.

Si je ne veux pas faire partie d'un club, on ne peut m'imposer ses règles (sauf à ce que l'inscription à ce club soit rendue obligatoire par une décision législative, voire réglementaire).

C'est pourtant ce qui se passe avec les recommandations de l'ARPP et les poursuites devant le JDP.

En effet l'article 5.7 du règlement intérieur de l'ARPP dispose que *« les Recommandations de l'ARPP valent règles professionnelles et s'appliquent donc à l'ensemble des professionnels de la publicité diffusant leur message sur le territoire français »*.

Par ailleurs, conformément à l'article 3 du règlement intérieur du JDP, le jury peut, à l'occasion d'une plainte, *« délivrer un avis quel que soit le support de diffusion de la publicité, et que les professionnels à l'origine du message soient ou non adhérents de l'ARPP »*.

Plusieurs décisions rendues par ce jury vont en ce sens, et notamment :

- *« Ryanair-Internet » du 24.10.2011*
- *« RSI » du 28.07.2011 : « Ainsi, le fait que la société Répertoire des sociétés et des indépendants ne soit pas adhérente de l'ARPP est inopérant, de même que son ignorance des Recommandations de l'ARPP ou de celles de la Chambre de Commerce Internationale, qui sont des recommandations de bon sens et dont il lui appartenait de prendre connaissance, dès lors qu'elle a décidé de se faire connaître par le moyen de la publicité »*
- *« Leclerc-Australie » du 16.12.2008 : « Le champ d'action que s'est fixé l'ARPP, et dont découle celui du Jury de déontologie qui lui est associé, n'est pas limité aux comportements de ses adhérents. L'article 3 du règlement intérieur du Jury précise que celui-ci est compétent pour traiter les plaintes portant sur des publicités que les professionnels, qui en sont à l'origine, soient ou non adhérents de l'ARPP »*.

## **II. - Des décisions s'exonérant du respect des normes supérieures**

**A.** - Le JDP est constitué pour statuer sur l'application des recommandations de l'ARPP. L'article 2 du règlement intérieur du JDP précise que sa mission est *« de se prononcer sur le respect des principes déontologiques dans les messages publicitaires diffusés »*. A ce titre, l'article 3 du même règlement précise *« qu'il se prononce exclusivement sur la conformité (ou la non-conformité) des messages publicitaires contestés avec :*

- *Les règles professionnelles (dites « Recommandations ») publiées par l'ARPP*
- *Les principes généraux contenus dans le Code ICC consolidé sur les pratiques de publicité et de communication commerciale*
- *Les engagements publiés, pris par l'interprofession, à l'égard des pouvoirs publics e ce qui concerne le contenu de la publicité et dont l'ARPP est cosignataire »*

Il en déduit qu'il n'a pas à connaître et/ou faire application des dispositions émanant de lois ou mêmes de directives :

- « *Duracell ultra power – PGLL – Television* » 02.04.2014 : directive communautaire
- « *Virgin Radio – Cinéma – Télévision – Internet* » 16.07.2012

Exemple 1 : *Duracell Ultra Power* rendue par le JDP le 02.04.2014 :

Une société poursuit devant le JDP un concurrent (on voit au passage que le JDP peut ainsi se substituer aux juridictions dans des conflits commerciaux et qu'il n'est pas uniquement une voie ouverte à des citoyens vigilants et soucieux du bien du prochain souhaitant dénoncer une pratique non conforme à la déontologie) pour se plaindre de faits de publicité trompeuse.

Les recommandations de l'ARPP, et le Code de la chambre de commerce internationale stipulées dans le code de la chambre de commerce internationale (Code ICC) reprennent pour l'essentiel les règles de la loi de 1973 sur la publicité mensongère (par exemple art 1 Code ICC : « *Toute communication doit se conformer aux loi, être décente, loyale et véridique* » - article 3 : communication commerciale loyale – article 5 sur la véracité

Elles n'ont pas pris en compte les modifications légales imposées par la transposition de la Directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales.

La société poursuivie soutient que sa publicité respecte les critères de l'ARPP mais surtout que lesdits critères ne tiennent pas compte des dispositions de la directive européenne de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales et des articles L.121-1 et suivants du Code de la consommation faisant suite à sa transposition. En effet, selon la société, « *dans la mesure où cette directive interdit aux Etats membres d'adopter des règles plus strictes, les règles déontologiques ne peuvent elles-mêmes être interprétées dans un sens plus restrictif que la directive* ».

La société poursuivie demandait au JDP de rechercher avant toute sanction si les critères résultant de ces textes (démonstration du non-respect des exigences de la diligence professionnelle et de l'altération substantielle du comportement économique des consommateurs) étaient réunis.

Le JDP refuse cette analyse en considérant que « *le Jury n'a pas, en principe, à examiner la conformité des publicités dont il est saisi aux dispositions législatives et réglementaires ou au droit de l'Union européenne (dont) un tel examen relève de la seule compétence des juridictions auxquelles il ne saurait se substituer (...)* » et sanctionne la campagne qui n'aurait pas pu l'être par les juridictions nationales qui auraient dû faire application des textes ci-dessus.

Exemple 2 : Décision « *E.Leclerc-Press* » 18.02.2015 :

« *A titre liminaire, le Jury de déontologie publicitaire rappelle qu'il n'est pas une juridiction. Il a seulement reçu de la part de l'ARPP qui regroupe les représentants des trois professions intéressées par la publicité (annonceurs, agences, diffuseurs) la mission d'apprécier si les publicités dont il est saisi par des plaignants, personnes physiques ou*

*morales, sont ou non, conformes aux Recommandations déontologiques que les professionnels de la publicité se sont donnés à eux-mêmes et qu'ils se sont engagés à respecter.*

(...)

*S'il ne doit donc pas (le JDP) méconnaître les critères posés par la loi, il peut toutefois adopter dans son appréciation de la conformité aux principes déontologiques une analyse distincte, voire plus sévère que ne le ferait une juridiction appliquant des principes légaux et jurisprudentiels nationaux et européens.*

Rappelons que cette manière de procéder peut être utilisée même à l'encontre des personnes non-adhérentes de l'ARPP.

**B. -** L'ARPP a passé des accords avec les régies des chaînes de télévision qui rendent en pratique impossible la diffusion d'un film publicitaire n'ayant pas préalablement fait l'objet d'un visa de l'ARPP.

- Article 6.2 Règlement intérieur ARPP : *« A la demande de l'ensemble des acteurs de la publicité télévisée (annonceurs, agences et régis ou le cas échéant leur délégataire) tous les films publicitaires télévisés sont soumis à une procédure spécifique d'Avis de l'ARPP, obligatoire avant diffusion.*
- Dans le « Rôle et mission de l'ARPP » sur le site [www.arpp-pub.org](http://www.arpp-pub.org) : *« Toute publicité diffusée à la télévision doit obligatoirement être visionnée par l'ARPP qui émet un avis (« favorable », « à modifier », « à ne pas diffuser »). (<http://www.arpp-pub.org/Role-et-missions.html>)*
- Sur le site [www.csa.fr](http://www.csa.fr) sur la détermination du rôle de l'ARPP : *« S'agissant des messages publicitaires télévisés, ils sont examinés avant leur diffusion par l'ARPP et le CSA intervient au moment de leur diffusion ou après s'ils s'avèrent contraires aux lois et décrets ainsi qu'aux cahiers des charges et conventions des diffuseurs. Les parrainages télévisés ainsi que les messages publicitaires et les parrainages radiophoniques ne font pas l'objet d'un examen systématique préalable à leur diffusion par l'ARPP. » (<http://www.csa.fr/Les-reponses-du-Conseil-aux-questions-frequeemment-posees-FAQ/Television/Les-programmes/Les-communications-commerciales-a-la-television-publicite-parrainage-placement-de-produit-etc/Quel-est-le-role-de-l-ARPP>)*

Ceci revient encore à donner un caractère quasi réglementaire aux recommandations de l'ARPP.

### **III. – La possibilité d'une sanction**

L'ARPP soutient habituellement que ses recommandations n'ont pas de caractère contraignant et que le JDP ne rend pas de décisions assorties de sanctions à la manière d'une juridiction étatique. (En ce sens : décision E. Leclerc-Pressé du 18.02.2015)

Force est cependant de constater que tel n'est pas le cas :

- Rappelons l'hypothèse des publicités télévisées ne pouvant être diffusées sans visa de l'ARPP.

- Quant aux décisions du JDP, elles peuvent donner lieu à un certain nombre de dispositions, parmi lesquelles :

- la publication sur son site Internet (qui lui a valu une sanction pour diffamation à la suite d'un avis rendu à l'encontre de la SMEREP) (TGI Paris 17<sup>e</sup> ch. 13/16669 7 mai 2014)

- elle veille surtout à ce que les adhérents de l'ARPP, et notamment les supports et leurs régies, afin qu'ils refusent de diffuser une campagne ayant donné lieu à un avis négatif, ce qui est une sanction potentiellement extrêmement lourde.

Il est caractéristique de constater que la publication de ces avis sur le site internet et la demande de retrait des messages litigieux leur donne une réelle force contraignante.

Exemple : Affaire « *Les Infidèles* » avec Gilles Lelouche et Jean Dujardin.

Par une décision du 13 février 2012 le JDP a jugé l'affiche du film non conforme à la recommandation sur l'image de la personne humaine dans la publicité (« *L'image donnée sur chaque affiche, par l'ensemble constitué des accroches, de la position des femmes et des attitudes des acteurs, renvoie à des stéréotypes éculés de la femme considérée comme un objet sexuel.* »)

Suite à cette décision, la société JC Decaux et Mediakiosk ont alors pris toutes les mesures nécessaires pour retirer les publicités dans la nuit de la décision.

L'autodiscipline des professionnels, notamment en matière de retrait des messages litigieux, pare alors ces simples avis d'une force coercitive certaine.

(Cf. Article « L'opportunité de transformer l'ARPP en AAI – L. Arcelin Lécuyer »)

#### **IV. – Une absence de garanties procédurales**

Compte tenu de la portée quasi normative des recommandations de l'ARPP et des effets des avis du JDP qui, à bien des égards, prétendent se substituer au législateur et aux juridictions, il est déplorable que les entreprises poursuivies ne bénéficient pas des garanties qu'elles peuvent trouver dans des procédures judiciaires et qui sont en l'occurrence non respectées, à toute le moins sur les points suivants :

- anonymisation possible du plaignant (lorsqu'il s'agit d'un particulier, son identité n'est pas communiquée à la société poursuivie), et absence de besoin de justifier d'un intérêt à agir

- difficulté d'obtenir communication de l'intégralité des pièces du dossier,

- absence de publicité des débats,

- absence de justification des éléments fondant les avis du JDP

En ce sens : « *Seat MII – Affichage 13.02.2013 : « L'usage des transports en commun est une solution de déplacement communément admise comme étant plus respectueuse du développement durable que l'usage d'un véhicule individuel, du simple fait, notamment, d'une émission de dioxyde de carbone et de particules moindre par personne transportée. Si toute utilisation d'un procédé de déplacement motorisé présente certainement des inconvénients au regard de la préservation de l'environnement, les transports collectifs permettent de façon unanimement reconnue et sans qu'il soit nécessaire de recourir à une démonstration scientifique, de limiter de façon notable l'impact des déplacements quotidiens des personnes. »*

RENAULT ZOE - PUBLICIS – Presse 26.06.2014 : « *Si elle (la publicité) ne peut s'analyser comme une incitation explicite au gaspillage d'énergie ou comme un dénigrement des principes, objectifs, conseils et solutions communément admis en matière de développement durable, la publicité en cause incite explicitement les consommateurs à rouler en voiture électrique pour réduire la pollution atmosphérique, alors qu'il existe de nombreux autres moyens de locomotion dont il est communément admis qu'ils sont moins nocifs pour l'environnement, comme les transports collectifs ou le vélo. Elle véhicule donc un message contraire aux principes communément admis du développement durable. »*

- absence de second degré de juridiction : à cet égard, procédure améliorée (révision) mais insuffisante.

- **Sur la révision**

S'agissant des avis rendus par le JDP, l'article 22 du règlement intérieur prévoit désormais la possibilité de saisir le « Réviseur de la déontologie publicitaire » pour une demande de révision dans les 15 jours suivant la réception de l'avis.

Ce recours n'est ouvert que dans des cas limitativement énumérés (recours exceptionnel).

Les critères de recevabilité sont soumis à l'appréciation du Réviseur (aléa) + la seconde délibération est rendue dans les mêmes conditions et devant le même jury que la première : on peut imaginer un deuxième degré de juridiction plus satisfaisant.