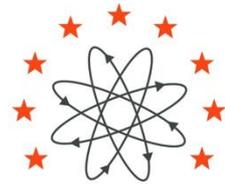




CHAIRE MASTER

Droit de la consommation

Fondation



Master 2 Droit des affaires

**Droit de la consommation et des pratiques
commerciales**

MÉMOIRE 2024

L'identification de la publicité

Léa RIEGEL

Sous la direction de

Carole AUBERT DE VINCELLES

REMERCIEMENTS

Je souhaite commencer ce Mémoire en remerciant les différentes personnes qui ont contribué à sa réalisation.

Tout d'abord, je tiens à remercier **Madame Carole AUBERT de VINCELLES**, Directrice du Master et de la Chaire Droit de la consommation pour m'avoir offert l'opportunité de suivre ce cursus très enrichissant, qui a permis de confirmer mon attrait pour le Droit de la consommation. Je tiens également à la remercier pour sa disponibilité et ses précieux conseils dans le cadre de l'élaboration de ce Mémoire.

Ensuite, je tiens à remercier l'ensemble de l'**équipe pédagogique du Master** pour la qualité des enseignements dispensés, ainsi que les **différents intervenants** pour m'avoir fait découvrir les enjeux professionnels et concrets du Droit de la consommation. Je remercie également **Monsieur Ronan BRETTEL**, Post-doctorant de la Chaire Droit de la consommation pour ses cours de méthodologie du mémoire, qui m'ont été d'une grande aide.

Enfin, je tiens à remercier toute l'**équipe de l'ARPP** et plus particulièrement ma tutrice de stage, **Madame Magali JALADE**, Directrice des Affaires publiques et juridiques, et **Madame Julie JOSEPH**, Responsable Déontologie en charge des Bilans et Observatoires, pour m'avoir donné le goût de la publicité et pour avoir pris le temps de répondre à mes différentes interrogations.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AMF : Autorité des marchés financiers

ANJ : Autorité nationale des jeux

ARCOM : Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique

ARPP : Autorité de régulation professionnelle de la publicité

CA : Cour d'appel

C.Cass : Cour de cassation

CEP : Conseil de l'éthique publicitaire

CPP : Conseil paritaire de la publicité

Civ : Chambre civile

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

Code ICC : Code de la Chambre de commerce internationale

Com : Chambre commerciale

CSA : Conseil supérieur de l'audiovisuel

DGCCRF : Direction générale de la concurrence, de la consommation, et de la répression des fraudes

INC : Institut national de la consommation

JDP : Jury de déontologie publicitaire

T. Com : Tribunal de commerce

UFC-Que Choisir : Union Fédérale des Consommateurs - Que Choisir

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS.....	2
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	3
SOMMAIRE.....	4
INTRODUCTION.....	5
PARTIE 1 : Les enjeux de l'identification du caractère publicitaire du message.....	10
Chapitre 1 : Les enjeux de la réglementation spécifique de certaines publicités.....	10
Section 1 : Les enjeux de protection de la concurrence.....	10
Section 2 : Les enjeux d'intérêt général.....	26
Chapitre 2 : L'enjeu de transparence : l'obligation transversale d'identification du caractère publicitaire de la publicité.....	46
Section 1 : Des obligations d'identification générales pesant sur l'annonceur.....	47
Section 2 : Des obligations d'identification spécifiques pesant sur les intermédiaires	59
PARTIE 2 : La publicité, une notion aux frontières incertaines.....	72
Chapitre 1 : L'identification de critères de qualification.....	72
Section 1 : Des critères de qualification certains.....	73
Section 2 : Des critères de qualification en débat.....	84
Chapitre 2 : L'émergence de nouvelles formes de publicité.....	92
Section 1 : L'influence commerciale.....	92
Section 2 : Les autres formes de publicité.....	102
CONCLUSION.....	112
BIBLIOGRAPHIE.....	115
INDEX.....	125
TABLE DES MATIÈRES.....	126

INTRODUCTION

« *Tantôt séduits, tantôt agacés, tantôt avides d'être rassurés ou informés sur notre achat futur, tantôt épuisés par tant de messages impersonnels et manipulateurs, la publicité fait partie de notre monde, et de la même manière, nous faisons partie du sien* »¹.

1. La publicité est aujourd'hui omniprésente dans notre quotidien, et personne ne semble pouvoir y échapper². Il suffit d'ouvrir un journal, d'allumer la radio, de regarder la télévision, de naviguer sur internet, ou tout simplement de se promener dans la rue pour être exposé à la publicité. La publicité a traversé les époques en s'adaptant aux différents supports. A l'origine, la publicité était principalement écrite et diffusée dans la presse, puis avec l'arrivée de la radio et de la télévision, la publicité est devenue audiovisuelle, et aujourd'hui, grâce à internet et aux réseaux sociaux, la publicité se digitalise et prend de nouvelles formes, notamment par le biais des influenceurs.

2. La publicité joue un rôle important dans notre société, tant pour les marques que pour les citoyens. Du point de vue des entreprises, la publicité est un moyen incontournable pour elles de se faire connaître et de développer leur image de marque. « *Les marques ne naissent pas grandes. Elles le deviennent* »³. La publicité permet ainsi à une marque de grandir et de se développer, en se faisant connaître auprès des consommateurs et en les incitant à acheter ses produits ou services. Afin de toucher le plus de clients et d'augmenter leur visibilité, les entreprises réalisent généralement des campagnes publicitaires sur différents supports. Elles investissent beaucoup dans la publicité et regorgent de créativité pour réaliser des campagnes publicitaires toujours plus originales, afin de se démarquer des entreprises concurrentes et de marquer les esprits des consommateurs. La publicité permet également aux entreprises de garder un contact avec leurs clients en les informant des dernières nouveautés⁴. La publicité joue ainsi un rôle essentiel dans le succès des entreprises. A ce titre, le *Prix Effie* récompense chaque année les meilleures campagnes publicitaires sur la base de leur efficacité, c'est-à-dire sur ce qu'elles ont « *rapporté à l'entreprise* ». Les critères pris en compte sont notamment la « *performance commerciale* » de la publicité, son « *impact sur les consommateurs* », ou encore

¹ MOUILLOT Philippe, « PublicitéS », *Mémentos LMD*, Gualino éditeur, p.17.

² CAUMONT Daniel, « La publicité », *Les Topos*, 3^{ème} édition, Dunod, p. 5.

³ MOUILLOT Philippe, « PublicitéS », *Mémentos LMD*, Gualino éditeur, p. 21.

⁴ MOUILLOT Philippe, « PublicitéS », *Mémentos LMD*, Gualino éditeur, p. 22 à 24.

son « *impact économique et financier* »⁵. Mais la publicité n'est pas uniquement bénéfique pour les entreprises. En effet, la publicité joue également un rôle primordial dans notre société car elle est porteuse de messages et de bonnes pratiques. Bien que la publicité soit souvent assimilée à une incitation à la surconsommation, la publicité joue un rôle essentiel dans la transition écologique. En effet, les « *communications responsables* » sont de plus en plus présentes et sont devenues un véritable enjeu pour les publicitaires⁶. Afin de montrer leur engagement dans la transition écologique les entreprises n'hésitent pas à recourir aux allégations environnementales dans leurs publicités, afin d'inciter les consommateurs à consommer de manière plus responsable et à se tourner vers des produits plus respectueux de l'environnement. De plus, au-delà de cet enjeu écologique, les publicités sont porteuses de différents messages de prévention, souvent obligatoires et imposés par la loi. Ces messages, qui incitent notamment à manger équilibrer, à pratiquer une activité physique régulière, à éviter de grignoter entre les repas, qui présentent les risques en matière de jeux d'argent, de crédits, ... sont porteurs de bonnes pratiques pour les citoyens.

3. La publicité est une notion qui semble à première vue relativement aisée à définir. En effet, lorsque la publicité est diffusée sur des médias traditionnels tels que la télévision, la radio, la presse, l'affichage, ... les consommateurs identifient aisément qu'il s'agit d'une publicité. Cependant, on constate aujourd'hui qu'avec le développement d'internet, les médias se sont diversifiés, de sorte qu'il n'est pas toujours aussi facile de déterminer s'il s'agit ou non d'une publicité. Tout d'abord, de manière générale, la publicité est une **pratique commerciale**, c'est-à-dire une « *action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale [...] de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* »⁷. Ensuite, de manière plus précise, la publicité est une **communication commerciale** définit 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, artisanale ou exerçant une profession réglementée* »⁸. La notion de « communication commerciale » est

⁵ Prix EFFIE : <http://www.effie.fr/pages/prix.php#:~:text=Cr%C3%A9%C3%A9%20en%201994%20par%20,d e%20leur%20 campagne%20de%20communication>.

⁶ LUCIANI Daniel, « Communication responsable - Engager et inciter à l'action », Pearson, Préface.

⁷ Article 2.d) de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

⁸ Article 2 de la 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 »).

plus large que celle de « **publicité** », qui est défini comme « *toute forme de communication commerciale pratiquée par les médias, habituellement en échange d'un paiement ou d'une autre contrepartie de valeur* »⁹. La publicité est donc généralement une relation à trois acteurs : l'annonceur (l'entreprise), l'agence de publicité qui réalise la publicité pour le compte de l'annonceur, et les médias qui diffusent la publicité moyennant rémunération.

4. La publicité est en réalité un terme qui regroupe différentes notions. En effet, sous le terme générique de « publicité » on retrouve des opérations telles que les invitations à l'achat, les placements de produit, ou encore le parrainage. Tout d'abord, une **invitation à l'achat** est une publicité « *dont le contenu informatif a été renforcé* »¹⁰, puisque contrairement à une publicité classique, le prix et les caractéristiques du produit sont indiqués¹¹. Le considérant 14 de la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales¹² précise que « *ces informations ne devront pas être fournies dans toutes les publicités mais seulement lorsque le professionnel fera une invitation à l'achat* ». Ensuite, le **placement de produit** est une technique publicitaire défini par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) comme « *toute forme de communication commerciales audiovisuelle consistant à inclure un produit, un service, ou leur marque, ou à y faire référence, en l'insérant dans un programme, moyennant paiement ou autre contrepartie* »¹³. Ainsi, le placement de produit consiste pour une entreprise à mettre en avant le nom de sa marque ou l'un de ses produits dans un film, une émission télévisée, un clip musical, un jeu vidéo, ...¹⁴. Enfin, le **parrainage** consiste pour une entreprise à apporter un soutien financier à « *un évènement, une personne, un produit ou une organisation, dans un but publicitaire* »¹⁵. L'objectif du parrainage est de promouvoir le nom, la marque, l'image, les activités, les produits ou les services du parrain¹⁶. Le parrainage se distingue du **mécénat** qui consiste pour une entreprise à faire un don à un organisme d'intérêt général, en

⁹ Code ICC (Chambre de commerce internationale).

¹⁰ ARCELIN Linda, « Campagne de Leclerc pour la distribution des médicaments non remboursés : ceci n'est pas une publicité ... », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 50, 11 décembre 2008, 2499.

¹¹ Article 2.i) de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005.

¹² Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

¹³ CSA, Délibération n° 2010-4 du 16 février 2010 relative au placement de produit dans les programmes des services de télévision / Article 1. m) de la directive SMA du 10 mars 2010.

¹⁴ Définition marketing : <https://www.definitions-marketing.com/definition/placement-produit/>.

¹⁵ Ministère de l'économie, des finances, et de la souveraineté industrielle et numérique, « Quelle est la différence entre parrainage et mécénat ? » : <https://www.economie.gouv.fr/cedef/mecenat-parrainage#:~:text=Le%20parrainage%2C%20ou%20sponsoring%20g%2C%20consiste,sans%20attendre%20de%20contrepartie%20%C3%A9quivalente.>

¹⁶ Article 17 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat.

échange d'une « *simple mention discrète du soutien* »¹⁷, « *sans attendre de contrepartie équivalente* »¹⁸. De plus, le considérant 91 de la directive relative à la fourniture de services de médias audiovisuels du 10 mars 2010¹⁹ précise que le parrainage se distingue du placement de produit en ce sens que pour le placement de produit, la référence au produit est intégrée dans le déroulement du programme, tandis que pour le parrainage, « *les références aux parraineurs peuvent apparaître au cours d'un programme, mais ne font pas partie de l'intrigue* ».

5. Il convient également de distinguer la publicité des notions voisines et notamment du *marketing* direct et du télé-achat. A la différence de la publicité qui s'adresse au public de manière générale, le **marketing direct** est une communication commerciale « *personnalisée ou individualisée* » qui a vocation à « *susciter une réponse plus ou moins immédiate de la part du destinataire* » (achat, demande de devis, prise de rendez-vous). Cependant, il convient de constater qu'avec le développement d'internet, la frontière entre la publicité et le *marketing* direct s'est estompée, puisqu'un bandeau publicitaire par exemple pourrait tout aussi bien être un élément de publicité qu'un élément de *marketing* direct, dans la mesure où sur internet la publicité est généralement ciblée, et que l'internaute peut cliquer sur le bandeau afin de passer directement une commande²⁰. La publicité doit également se distinguer des émissions de **télé-achat** qui, contrairement à la publicité, constituent de véritables « *offres* » adressées au public²¹.

6. Ainsi on le voit, la publicité est une notion qui recouvre des pratiques très différentes. La question de l'**identification de la publicité** apparaît dès lors nécessaire, puisque la notion de publicité ne va pas de soi. En effet, de nombreux textes spéciaux ont tenté de définir la publicité, mais les critères posés par ces différents textes ne coïncident pas toujours. L'objectif de ce mémoire va être d'analyser ces différentes définitions afin d'en dégager des critères de qualification. De plus, alors que les textes semblent se mettre d'accord sur le fait que la publicité vise à promouvoir les biens ou les services de l'annonceur, la jurisprudence semble de son côté

¹⁷ ARCELIN Linda, « Fasc. 792 : Publicité - Règles générales », *JurisClasseur Concurrence – Consommation*, 01/01/2020.

¹⁸ Ministère de l'économie, des finances, et de la souveraineté industrielle et numérique, « Quelle est la différence entre parrainage et mécénat ? » : <https://www.economie.gouv.fr/cedef/mecenat-parrainage#:~:text=Le%20parrainage%2C%20ou%20sponsorin%20g%2C%20consiste,sans%20attendre%20de%20contrepartie%20%C3%A9quivalente.>

¹⁹ Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »).

²⁰ Définition marketing : <https://www.definitions-marketing.com/definition/marketing-direct/>.

²¹ Article 21 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992.

adopter une vision plus extensive de la publicité, admettant que la publicité puisse simplement avoir pour objectif d'informer les consommateurs sur l'existence d'un produit ou d'un service. Or, l'identification de la publicité représente un enjeu important puisque certaines règles spéciales se réfèrent à cette notion. Ainsi, afin de déterminer si ces règles ont vocation à s'appliquer, il convient au préalable de définir si la communication constitue ou non une publicité. D'autre part, la question de l'identification de la publicité renvoie à l'obligation d'indiquer la nature publicitaire de la communication, afin que les consommateurs soient en mesure d'identifier qu'ils sont face à une publicité. Or, il convient de constater que l'encadrement juridique des obligations pesant sur les annonceurs quant à l'indication qu'il s'agit d'une publicité est de plus en plus dispersé. De plus, il conviendra de s'interroger sur les nouvelles pratiques publicitaires, qui émergent notamment sur les réseaux sociaux. En effet, afin de savoir si les communications doivent respecter cette obligation d'identification, il est au préalable nécessaire de définir s'il s'agit ou non d'une publicité.

Il convient dès lors de s'intéresser aux différents enjeux que représente l'identification du caractère publicitaire du message (**Chapitre 1**), avant d'essayer de définir les frontières de la publicité (**Chapitre 2**).

PARTIE 1 : Les enjeux de l'identification du caractère publicitaire du message

7. L'identification du caractère publicitaire du message est fondamentale pour l'application de certains textes spéciaux. En effet, de nombreuses réglementations spécifiques à la publicité ont été adoptées afin notamment de protéger certains secteurs jugés sensibles tels que l'alcool, le tabac, les produits financiers, les médicaments, ... (**Chapitre 1**). Or, ces textes s'appliquent uniquement lorsqu'on est en présence d'une publicité. Dès lors, il apparaît nécessaire de définir si le message constitue une publicité, avant de savoir si ce dernier est conforme ou non à la réglementation particulière. De plus, dès lors qu'il s'agit d'une publicité et que cette dernière est autorisée, elle doit être clairement identifiée comme telle, afin d'informer les consommateurs du caractère publicitaire du message. Les réglementations relatives à l'obligation d'identification sont très disparates, et selon les sources, ces obligations pèsent sur différents acteurs (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les enjeux de la réglementation spécifique de certaines publicités

8. Les réglementations sectorielles relatives à la publicité sont nombreuses. Certaines ont pour objectif de protéger la concurrence (**Section 1**), tandis que d'autres visent à protéger l'intérêt général (**Section 2**). L'étude de ces différentes législations est intéressante puisque chaque législation adopte sa propre définition de la publicité, plus ou moins extensive selon l'intérêt qu'elle vise à protéger. L'étude de ces différentes législations permettra également d'étudier la frontière qui existe entre la publicité, subjective, qui revêt un caractère promotionnel, et la simple information, censée être objective.

Section 1 : Les enjeux de protection de la concurrence

9. Afin de protéger la concurrence, le législateur est intervenu pour réglementer la publicité comparative, qui, mal utilisée, pourrait nuire à la concurrence. En effet, à l'origine, la publicité comparative était interdite en France, car elle était perçue comme un « acte de

concurrence déloyale, contraire aux usages commerciaux ». A l'inverse, l'Union Européenne était plutôt partisane de la publicité comparative, puisque la publicité comparative stimule la concurrence. En effet, les entreprises peuvent faire l'objet d'une comparaison publique, ce qui les incite à faire mieux que les entreprises concurrentes, tant sur le plan de la qualité que sur celui du prix, ce qui, *in fine*, est bénéfique pour les consommateurs ²² (§1). La protection de la concurrence passe également par l'interdiction d'accès de certains secteurs à la publicité télévisée, afin notamment de protéger le secteur de la presse face à la télévision (§2).

§1 - La publicité comparative

10. La publicité est une pratique commerciale et relève par conséquent de la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales ²³. Cependant, la publicité comparative fait l'objet d'une réglementation spécifique. Afin de savoir si cette réglementation spécifique s'applique, il faut d'abord déterminer s'il s'agit bien d'une publicité comparative (A), avant de s'intéresser à sa licéité (B).

A) L'identification d'une publicité comparative

11. Plusieurs conditions sont nécessaires pour caractériser l'existence d'une publicité comparative : il faut qu'il y ait une publicité (1), et que cette publicité porte sur une comparaison (2).

1. L'exigence d'une publicité

12. **Définition de la publicité** - L'article L.122-1 du Code de la consommation dispose que « *Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent n'est licite que si [...]* ». Cet article reprend la définition de la « publicité comparative » posée à l'article 2.c) de la directive du 12 décembre 2006 qui harmonise au sein de l'Union européenne les

²² CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p. 130.

²³ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

différentes règles relatives à la publicité trompeuse et à la publicité comparative ²⁴. Cependant, le Code de la consommation ne pose aucune définition de la « publicité » en tant que telle, pas même dans son article liminaire relatif aux différentes définitions. Or, afin de savoir si une pratique commerciale est soumise à la réglementation relative à la publicité comparative, il est au préalable nécessaire de s'interroger sur le caractère publicitaire de cette pratique, puisque la réglementation sur les publicités comparatives s'applique uniquement aux publicités. Par conséquent, il convient de se référer à l'article 2.a) de la directive de 2006 qui définit la publicité comme « *toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations* ». Plusieurs éléments ressortent de cette définition. Tout d'abord, la publicité doit se faire dans le cadre d'une activité professionnelle, et doit donc émaner de producteurs, de distributeurs ou de prestataires. Ensuite, la publicité poursuit un objectif de promotion, et cherche donc à attirer des clients ²⁵, ce qui implique que la publicité soit diffusée au public et qu'elle ait un caractère incitatif.

13. Une nécessaire diffusion au public - D'une part, la publicité doit être diffusée au public, et notamment aux acheteurs potentiels. Tel est notamment le cas lorsque la publicité est diffusée sur des supports librement accessibles au public comme la télévision, la radio, la presse, l'affichage, ... ²⁶ Cependant, d'autres supports sont sujets à discussion. Ainsi par exemple, le Tribunal de commerce de Paris a considéré qu'un blog personnel n'était pas un élément suffisant pour constituer une publicité. En effet, le Tribunal juge que bien qu'un blog puisse être le support d'une publicité, son impact est limité par rapport aux autres supports publicitaires plus médiatiques, de sorte qu'il n'est pas avéré que le blog soit en mesure « *d'affecter le comportement économique d'un nombre significatif de consommateurs* » ²⁷. Pour ce qui concerne l'envoi de courriers, la qualification de publicité sera retenue à partir du moment où ces courriers sont envoyés à un nombre significatif de personnes. Néanmoins, la Cour d'appel de Versailles a jugé qu'une comparaison envoyée par courrier à un nombre limité de personnes était constitutive d'une publicité comparative, dès lors que cette comparaison avait fait l'objet d'une large diffusion. En l'espèce, l'envoi a été limité à douze des vingt-cinq professionnels

²⁴ Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

²⁵ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p. 130.

²⁶ BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, GENTY Nicolas, FABRE Régis, « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », *Dalloz Référence*, 4^e édition, 2014, p. 140.

²⁷ T. Com, Paris, 29 mars 2007, n° 06/086074, *Lamyline*.

intéressés²⁸. A l'inverse, une note purement interne à l'entreprise ne pourra pas, en principe, être qualifiée de publicité comparative, car elle est réservée à l'information interne de l'entreprise et n'a pas vocation à être diffusée au public. Il arrive en effet fréquemment que des vendeurs professionnels reçoivent des études comparatives, afin de mieux informer leurs clients des qualités de leurs produits par rapports à ceux de leurs concurrents. Cependant, cela reste à l'appréciation des juges, qui, selon les faits de l'espèce, pourront considérer qu'une note interne constitue une publicité comparative²⁹. Ainsi par exemple, la Cour d'appel de Versailles a jugé que des tableaux comparatifs réalisés par une société afin de présenter les caractéristiques techniques de ses imprimantes par rapport à celles de ses concurrents constituaient une publicité dans la mesure où « *loin d'être destinés à l'usage exclusivement interne de l'entreprise, ils avaient été présentés à certains revendeurs, peu important que la diffusion de ces tableaux n'eût pas été systématique* »³⁰. A l'inverse, la Cour d'appel de Paris a jugé que la publication d'un guide de spécialités pharmaceutiques comparables ne constituait pas une publicité comparative dès lors que cette publication ne visait qu'à présenter des informations sur les médicaments aux seuls médecins, et non au grand public³¹. Il convient de préciser que pour l'application de la réglementation, il importe peu que la publicité comparative soit à destination de professionnels ou de consommateurs, dès lors que le caractère public est rempli³².

14. Un caractère promotionnel - D'autre part, la publicité doit avoir un caractère promotionnel, ce qui permet de la distinguer de la simple information. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a jugé que la publication par un magazine de photographies d'un mannequin portant des vêtements d'une marque de luxe à côté de celle d'un autre mannequin portant des vêtements similaires mais d'une marque de grande distribution constituait une publicité comparative et non un article d'information dans la mesure où ces informations avaient pour objectif d'inciter les lecteurs à acheter les produits de substitution³³. La publicité poursuit un but commercial. A titre d'exemple, une communication faite lors d'un colloque scientifique ne poursuit pas un intérêt commercial ou financier, et ne pourra par conséquent pas être qualifiée de publicité comparative, quand bien même cette communication s'adresserait à des clients potentiels³⁴.

²⁸ CA Versailles, 10 septembre 1998, n° 1995-2861.

²⁹ BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, GENTY Nicolas, FABRE Régis, « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », *Dalloz Référence*, 4^e édition, 2014, p. 140 à 142.

³⁰ CA Versailles, Chambre 12, Section 2, 9 décembre 2004, RG n° 03/4565, *SA Epson France c/ SAS Lexmarck International*.

³¹ CA Paris, 23 octobre 1996, RG n° 96-20101.

³² CA Versailles, 10 septembre 1998, n° 1995-2861.

³³ CA Paris, 8 décembre 1999, *BRDA* 2000, n° 8, p. 11 (*note sous article L.122-1 du Code civil*).

³⁴ CA Paris, 15 mai 1998, RG n° 95/12718, *Sté Virbac c/ Sté Merial*.

La notion même de « publicité comparative » peut surprendre, puisque la publicité et la comparaison sont en réalité deux mots opposés. En effet, la publicité a pour objectif de séduire les potentiels acheteurs, alors que la comparaison compare différents produits ou services en mettant en avant leurs qualités et leurs défauts. Ainsi, la publicité est subjective, tandis que la comparaison est censée être objective. Or, pour être licite, la publicité comparative doit être objective. Selon Linda ARCELIN, c'est l'information et non la promotion qui est l'élément clé de la publicité³⁵. C'est en effet ce critère qui semble ressortir de la jurisprudence, puisque selon la Cour de cassation, la publicité est « *tout moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou des services qui lui sont proposés* »³⁶. De même, on peut mentionner le considérant 8 de la directive de 2006 qui précise que « *La publicité comparative, quand elle compare des caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives et qu'elle n'est pas trompeuse, peut être un moyen légitime d'informer les consommateurs de leur intérêt* ». Ainsi, la publicité comparative est vue comme un moyen d'informer objectivement les consommateurs sur les caractéristiques des produits ou services, afin de les aider à choisir le produit qui leur correspond le mieux. Cependant, il ne faut pas oublier que la publicité comparative vise à montrer aux consommateurs que le produit de l'annonceur est meilleur que celui de ses concurrents. Par conséquent, certes il s'agit d'une information objective, mais cette information a un but commercial et vise à promouvoir le produit de l'annonceur. L'objectif d'information du consommateur, justifiant la publicité comparative, ne paraît dès lors pas très réaliste, puisque la publicité n'a généralement pas vocation à remplir cette unique fonction d'information³⁷

2. L'exigence d'une comparaison

15. Pour que le régime de la publicité comparative s'applique, il faut que la publicité compare les biens ou les services de l'annonceur avec ceux d'un concurrent (article L.122-1 du Code de la consommation). La publicité doit donc viser un concurrent. En effet, une publicité qui n'identifie aucun concurrent n'est pas une publicité comparative³⁸. A titre d'exemple, la Cour de cassation a jugé que la diffusion du message publicitaire d'EDF qui affirme que

³⁵ ARCELIN Linda, « La publicité comparative à la croisée des intérêts des consommateurs et des concurrents », *Revue Lamy Concurrence*, 2007, n° 13.

³⁶ C.Cass, Crim, 14 octobre 1998, n° 98-80.527.

³⁷ VEYSSIÈRE Laurence, « Citer, comparer, mais pas dénigrer », *Legicom*, 1997/3 (n° 15), p. 61 à 71, Victoires Editions, Cairn.

³⁸ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p. 131 et 132.

l'énergie nucléaire est plus avantageuse que l'énergie à base de pétrole n'est pas une publicité comparative, puisque le message met en avant la supériorité d'un produit de manière générale, et ne vise aucun concurrent ³⁹. Dans le même sens, la Cour d'appel de Versailles a considéré que l'apposition sur la devanture d'une pharmacie d'un bandeau annonçant « *parapharmacie moins chère qu'une para* » n'était pas une publicité comparative, puisque le message ne permet pas à lui seul d'identifier un concurrent précis ⁴⁰. De même, une publicité qui cite une entreprise, des biens ou des services non concurrents de ceux de l'annonceur ne constitue pas une publicité comparative.

16. La loi précise que pour appliquer le régime de la publicité comparative, le concurrent doit être explicitement ou implicitement identifié. A l'origine, la loi du 18 janvier 1992 qui a autorisé la publicité comparative en France ⁴¹ indiquait que le comparé devait être déterminé. Cependant, la jurisprudence admettait parfois la qualification de publicité comparative lorsque le comparé, bien que non expressément identifié, était facilement reconnaissable. A titre d'exemple, Gaz de France avait réalisé une publicité dans laquelle il affirmait que le gaz naturel était moins cher que la vapeur, et le Tribunal de grande instance de Paris a considéré que le concurrent était identifiable puisqu'il n'existait qu'une seule entreprise concessionnaire à Paris du chauffage à partir de la vapeur ⁴². Désormais, il suffit que le concurrent soit identifiable par les destinataires de la publicité pour que la réglementation relative à la publicité comparative s'applique ⁴³. Ainsi, il a été jugé que la présentation d'un caddy dans une grande surface, contenant des produits de ce magasin, aux côtés d'un autre caddy contenant des produits identiques mais provenant d'un magasin concurrent n'était pas une publicité comparative, quand bien même les prix de chaque article étaient indiqués, dès lors que le concurrent n'était ni identifié ni identifiable ⁴⁴. Pour apprécier ce critère, on tient compte du public moyen auquel s'adresse la publicité ⁴⁵.

³⁹ CA Paris, Chambre 1, Section A, 17 mars 1998, n° 98/00249.

⁴⁰ CA Versailles, 21 novembre 1997, RG n° 1997-7257.

⁴¹ Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs.

⁴² TGI Paris, Chambre 1, Section 1, 18 novembre 1992, RG n° 21074/92, *JurisData* n° 1992-603716.

⁴³ CJCE, 19 avril 2007, Affaire C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel*.

⁴⁴ CA Aix-en-Provence, 21 décembre 2001, CCC 2002, n° 83 (*note sous article L.122-1 du Code de la consommation*).

⁴⁵ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p. 132.

B) La réglementation spécifique à la publicité comparative

17. La publicité comparative obéit à des règles spécifiques. Le Code de la consommation pose des conditions positives (1) et négatives (2) de licéité d'une telle pratique.

1. Les règles positives de la licéité

18. À l'origine, la loi de 1992 limitait au maximum la publicité comparative. Tout d'abord, le champ d'application du texte était limité, puisque pour que le texte soit applicable, il fallait que le comparé soit cité. Or aujourd'hui le comparé peut être identifié ou simplement identifiable. De plus, pour que la comparaison sur les prix soit licite, il fallait que les produits comparés soient strictement identiques. De même, la comparaison de produits n'était licite que si les produits comparés étaient de même nature. En plus de cette limitation du champ d'application, l'annonceur à l'origine de la publicité devait informer le comparé avant de lancer sa campagne publicitaire, et le comparé pouvait s'opposer à cette campagne. Le résultat de ce texte fut qu'il y a eu beaucoup de procès et peu de campagnes de publicité comparative ⁴⁶.

19. Aujourd'hui, l'article L.122-1 du Code de la consommation pose trois conditions de licéité de la publicité comparative. Tout d'abord, la publicité comparative ne doit pas être « trompeuse ou de nature à induire en erreur ». Cela signifie que la publicité comparative doit être véridique. Il convient de souligner que la charge de la preuve est ici inversée, puisqu'en vertu de l'article L.122-5 du Code de la consommation, c'est à l'annonceur de prouver l'exactitude de la publicité ⁴⁷, et il doit le faire dans un bref délai. Cette règle est spécifique à la publicité comparative, puisque pour les autres publicités, ce sont les agents de contrôle qui peuvent demander à l'annonceur de justifier ses allégations.

20. Ensuite, la publicité comparative doit porter « sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ». On ne peut comparer que ce qui est comparable. Les termes « mêmes besoins » et « même objectif » peuvent poser des difficultés d'interprétation, que les juges devront éclaircir. En effet, peut-on par exemple comparer un vêtement de haute couture à un vêtement issu de la *fast fashion* ? Un restaurant gastronomique

⁴⁶ BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, GENTY Nicolas, FABRE Régis, « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », *Dalloz Référence*, 4^e édition, 2014, p. 140 à 142.

⁴⁷ C.Cass, Com, 14 juin 2000, n° 98-10.689.

à un *fast-food* ? La jurisprudence sera amenée à répondre à ces questions ⁴⁸. La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a jugé que l'annonceur pouvait comparer le prix d'un panel de produits, mais pour que la publicité comparative soit licite, les produits comparés doivent satisfaire à l'exigence de comparabilité, ou substituabilité ⁴⁹. En ce sens, l'article L.122-3 du Code de la consommation dispose que lorsqu'un produit bénéficie d'une appellation d'origine ou d'une indication géographique protégée, il ne pourra être comparé qu'avec des produits bénéficiant de la même appellation ou de la même indication. De même, la CJUE a jugé qu'il fallait, dans la mesure du possible, comparer des produits issus de magasins de taille identique ⁵⁰.

21. Enfin, la publicité comparative doit comparer « *objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie* ». La publicité comparative doit être objective, contrairement à la publicité classique qui est davantage subjective, voire parfois hyperbolique. De plus, la comparaison doit être vérifiable, et les éléments de comparaison doivent être communiqués au consommateur, afin que celui-ci puisse vérifier la véracité des informations avant d'acheter. Par conséquent, la comparaison ne peut pas se baser sur des opinions ou des appréciations, individuelles ou collectives, telles que l'esthétique ou le goût ⁵¹. Ces conditions peuvent laisser penser que la publicité comparative se rapproche davantage de l'information que de la publicité.

Selon Linda ARCELIN, « *La publicité comparative se doit d'être objective et ne peut jouer sur les convictions des consommateurs ce qui la rendrait subjective* ». En effet par exemple, une marque proposant des produits issus de l'agriculture biologique ne peut pas se comparer à une autre marque non issue de cette filière en affirmant que ses produits sont plus respectueux de l'environnement. Une telle publicité pourrait être qualifiée de dénigrement. Par conséquent, la publicité comparative n'a pas pour vocation d'inciter les consommateurs à une consommation plus responsable. Ainsi, la publicité comparative « *remplit davantage le rôle traditionnel et basique de l'information : une description des produits et services et la proposition de résoudre le dilemme entre deux produits ou services auquel se trouve confronté le*

⁴⁸ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p. 132 et 133.

⁴⁹ CJCE, 19 septembre 2006, Affaire C-356/04, *Lidl Belgium*.

⁵⁰ CJUE, 8 février 2017, Affaire C-562/1, *Carrefour Hypermarchés*.

⁵¹ CA Paris, Pôle 5, Chambre 1, 31 janvier 2020, RG n° 18/01091 : sanction de la publicité Lidl dans laquelle des comédiens goûtent le produit d'une marque nationale et un produit de la marque distributeur Lidl et déclarent « J'aime ! », la publicité se terminant par l'indication « Deux « j'aime », mais pas au même prix ».

consommateur »⁵². Néanmoins, bien que la publicité comparative se doit d'être objective, il y aura, comme pour toute publicité, une part de subjectivité, puisque les éléments comparés auront été minutieusement choisis par l'annonceur afin de mettre en avant ses produits par à rapport à ceux de ses concurrents.

2. Les règles négatives de la licéité

22. L'article L.122-2 du Code de la consommation pose quatre conditions négatives de la licéité de la publicité comparative. Tout d'abord, l'annonceur ne doit pas profiter de la réputation de l'entreprise comparée en réalisant des économies sur ses propres efforts de promotion (article L.122-2, 1°). De plus, une entreprise a le droit de démontrer, dans le cadre d'une publicité comparative, que ses produits sont meilleurs que ceux d'une entreprise concurrente, mais cette comparaison ne doit pas dénigrer l'entreprise comparée en affirmant par exemple que ses produits sont mauvais. La distinction entre la publicité comparative et le dénigrement est parfois délicate (article L.122-2, 2°). De même, la publicité comparative ne doit pas conduire à créer une confusion dans l'esprit des consommateurs entre les produits de l'annonceur et ceux de l'entreprise comparée (article L.122-2, 3°)⁵³. Ainsi, l'annonceur ne peut pas profiter de l'image de marque d'une entreprise pour démontrer que ses produits sont identiques à ceux de cette entreprise concurrente (article L.122-2, 4°). En d'autres termes, la publicité comparative ne doit pas conduire à un acte de concurrence déloyale⁵⁴.

23. De plus, l'article L.122-4 du Code de la consommation précise que la publicité comparative est interdite sur certains supports publicitaires. En effet, les emballages, les factures, les titres de transport, les moyens de paiement et les billets d'accès à des spectacles ou à des lieux ouverts au public ne peuvent pas être le support d'une publicité comparative. Ces supports sont interdits car il s'agit de supports largement diffusés, ce qui rend par conséquent très difficile la vérification des conditions de licéité de la publicité comparative ainsi que l'application des sanctions⁵⁵. Ces interdictions existent depuis la loi de 1992, mais ne sont pas

⁵² ARCELIN Linda, « La publicité comparative à la croisée des intérêts des consommateurs et des concurrents », *Revue Lamy Concurrence*, 2007, n° 13.

⁵³ C.Cass, Com, 30 mars 2016, n° 13-12.122 : « est illicite la publicité d'un produit ne contenant pas de toxine botulique sur lequel est apposé le mention « l'alternative aux injections de Botox » ; cette publicité ayant pour objectif de créer une confusion dans l'esprit des consommateurs entre le produit et l'image positive véhiculée par le produit Botox, et à tirer profit de la notoriété du produit concurrent ».

⁵⁴ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p 134.

⁵⁵ JO Sénat CR 15 octobre 1991, p. 2899.

prévues par la directive de 2006. Ces interdictions semblent par conséquent incompatibles avec la directive de 2006 et devraient disparaître ⁵⁶.

24. *Sanctions* - Si la publicité comparative est illicite, l'annonceur peut voir sa responsabilité civile engagée sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. La notion de « publicité » a donc une importance fondamentale puisque si la pratique commerciale d'une entreprise est qualifiée de publicité comparative, et qu'elle est licite, l'annonceur sera protégé et ne pourra pas voir sa responsabilité civile engagée. L'article L.132-25 du Code de la consommation prévoit également des sanctions pénales. Les peines applicables sont celles relatives aux pratiques commerciales trompeuses lorsque la publicité comparative est trompeuse ou de nature à induire en erreur (articles L.132-2 à L.132-9 du Code de la consommation), et celles du Code de la propriété intellectuelle lorsque la publicité comparative imite ou utilise la marque d'autrui (articles L.716-9 et L.716-12 du Code de la propriété intellectuelle).

La protection de la concurrence passe également par l'interdiction d'accès de certains secteurs aux écrans publicitaires.

§2 - Les publicités télévisées

25. *Définition de la publicité télévisée* - L'article 2 du décret du 27 mars 1992 ⁵⁷ définit la publicité télévisée comme « *toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris ceux qui sont présentés sous leur appellation générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée. Cette définition n'inclut pas les offres directes au public en vue de la vente, de l'achat ou de la location de produits ou en vue de la fourniture de services contre rémunération* ». On constate que comme la définition de la publicité comparative, on retrouve cette idée de promotion d'un bien, d'un service, ou d'une entreprise, ainsi que l'idée selon laquelle la publicité doit se réaliser dans le cadre d'une activité professionnelle. Cependant, le

⁵⁶ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p. 135.

⁵⁷ Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat.

décret de 1992 pose une nouvelle exigence, puisque la publicité télévisée doit être diffusée contre rémunération ou autre contrepartie. Ainsi, pour que le message promotionnel soit qualifié de publicité télévisée, il faut que l'annonceur achète un espace publicitaire afin de voir son message diffusé à la télévision. Il est précisé que les émissions de télé-achat notamment ne rentrent pas dans le cadre de cette définition. La qualification de publicité revêt ici une importance fondamentale puisque les différentes interdictions réglementaires s'appliquent uniquement aux publicités télévisées. Ces différentes règles visent à protéger le secteur culturel (A), ainsi que le pluralisme des médias (B). Le contrôle du respect de ces réglementations est assuré en amont par l'ARPP, puisque les annonceurs doivent soumettre leurs messages publicitaires pour avis avant que ces derniers soient diffusés à la télévision. *A posteriori*, les publicités télévisées sont contrôlées par l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), qui pourra notamment exiger le retrait de la publicité si celle-ci ne respecte pas la réglementation.

A) Protéger le secteur culturel

26. L'objectif de ces réglementations est de protéger le secteur culturel, et notamment l'édition littéraire (1) et le cinéma (2), afin d'éviter un accès exclusif des grands groupes aux écrans publicitaires.

1. L'édition littéraire

27. L'article 8 du décret du 27 mars 1992 dispose qu'est interdite la publicité télévisée concernant l'« *édition littéraire sauf sur les services de télévision exclusivement distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique* ». À l'origine, l'édition littéraire faisait l'objet d'une interdiction générale d'accès aux écrans publicitaires. Cependant, cette interdiction avait été critiquée par la Commission européenne car elle n'était pas conforme au Droit communautaire. La France a donc dû faire des compromis, et depuis le 1^{er} janvier 2004⁵⁸, les publicités relatives à l'édition littéraire sont autorisées sur les services de télévision

⁵⁸ Décret n° 2003-960 du 7 octobre 2003 modifiant le décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat.

exclusivement distribués par câble ou diffusés par satellite. Ce type de publicité reste en revanche interdit sur les autres services de télévision ⁵⁹. Cette différence de traitement est justifiée « *par l'objectif d'intérêt général d'apporter de nouvelles ressources à ces services, dont l'économie est fragile, tout en évitant des transferts trop importants de budgets publicitaires de la presse vers la télévision et la concentration des messages publicitaires à la télévision au bénéfice des sociétés d'édition les plus importantes* » ⁶⁰. Ainsi, l'objectif de cette réglementation est d'éviter un accès exclusif des grandes maisons d'édition au détriment des plus petites, et de protéger le secteur de la presse écrite dont une partie non négligeable des ressources provient de la publicité pour l'édition littéraire ⁶¹.

28. Un récent décret a été adopté le 5 avril 2024 ⁶² et autorise, pour une période de deux ans, la publicité télévisée dans le secteur de l'édition littéraire (article 2 du décret du 5 avril 2024). Il s'agit d'une expérimentation, qui donnera lieu à la publication d'une étude d'impact, afin de connaître les impacts de cette autorisation temporaire et de déterminer s'il faut la faire perdurer ou s'il faut revenir à une interdiction de la publicité télévisée dans ce secteur. Il convient de noter que les professionnels du monde de l'édition littéraire sont opposés à l'ouverture de leur secteur à la publicité télévisée, et demandent le retrait de cette autorisation. En effet, le Syndicat de la Librairie Française (SLF) considère que cette mesure risque de porter atteinte à la diversité éditoriale. En effet, la publicité pour un livre coûte très cher par rapport au prix du livre, de sorte que seuls les grands groupes d'édition ou les *best-sellers* pourront réaliser des publicités télévisées. Il y a donc un risque de distorsion de la concurrence entre les grands éditeurs et les plus petits éditeurs ⁶³.

2. Le cinéma

29. L'article 8 du décret de 1992, dans sa version antérieure au décret du 5 avril 2024 interdisait la publicité télévisée en faveur du cinéma, afin de protéger l'industrie de la production cinématographique française et européenne de l'industrie des films américains dont

⁵⁹ BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, GENTY Nicolas, FABRE Régis, « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », *Dalloz Référence*, 4^e édition, 2014, p. 522 et 523.

⁶⁰ CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 13 mars 2006, n° 262348, *Société TMC et Société PATHE REGIE*.

⁶¹ FRANCESCHINI Laurence, « Les secteurs interdits de publicité télévisée », *Legicom* 1998/1 (n° 16), Cairn.

⁶² Décret n° 2024-313 du 5 avril 2024 portant modification du régime de publicité télévisée.

⁶³ HUSSON Guillaume, Délégué général du Syndicat de la Librairie Française (SLF), interview BFM du 18 avril 2024 à 15h19 : https://www.bfmtv.com/replay-emissions/bfmtv-repond-a-vos-questions/est-ce-qu-on-verra-bientôt-de-la-publicite-pour-des-livres-a-la-television-bfmtv-repond-a-vos-questions_VN-202404180605.html.

le budget est beaucoup plus important. L'objectif était ainsi d'éviter que les publicités en faveur des films américains monopolisent les écrans publicitaires, s'agissant du cinéma. Par conséquent, la publicité télévisée, directe ou indirecte, ne pouvait pas faire référence à un film en cours d'exploitation en salle ou sur le point de l'être ⁶⁴. Toutefois, les émissions consacrées au cinéma pouvaient continuer à présenter des extraits de film, de même que les journaux télévisés qui pouvaient continuer à annoncer la sortie d'un film en guise d'actualité ⁶⁵. On voit bien encore une fois ici la distinction entre la publicité et l'information, puisque l'information relative à un film est autorisée, alors que la publicité est interdite. C'est la publicité en faveur de l'activité de diffusion d'un film dans un cinéma qui est prohibée. Par conséquent, la publicité visant à promouvoir une vidéocassette ou un DVD n'est pas interdite.

30. Cette interdiction a fait l'objet d'évolutions. En effet, un premier décret du 5 août 2020 ⁶⁶ a ouvert une période d'expérimentation de dix-huit mois, autorisant les chaînes de télévision à diffuser de la publicité en faveur du cinéma. Cette expérimentation a été prolongée à plusieurs reprises suite à la fermeture des salles de cinéma pendant la crise sanitaire du Covid 19. Cette expérimentation a ensuite fait l'objet d'une étude d'impact publiée en janvier 2024 ⁶⁷. Ce bilan montre que l'autorisation de la publicité télévisée en faveur du cinéma n'a eu qu'un faible impact sur les transferts de budgets publicitaires de la presse écrite vers les éditeurs de chaînes. On constate également que les œuvres ayant fait l'objet de publicité télévisée sont très diversifiées (il y a une majorité de films français, les budgets sont relativement variés, ...). De plus, ce bilan montre que la publicité a eu un impact positif sur la fréquentation des salles de cinéma, notamment en province. Ainsi, un décret récent en date du 5 avril 2024 a autorisé, cette fois de manière durable, la publicité télévisée en faveur du cinéma.

⁶⁴ FRANCESCHINI Laurence, « Les secteurs interdits de publicité télévisée », *Legicom* 1998/1 (n° 16), Cairn.

⁶⁵ BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, GENTY Nicolas, FABRE Régis, « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », *Dalloz Référence*, 4^e édition, 2014, p. 523.

⁶⁶ Décret n° 2020-983 du 5 août 2020 portant modification du régime de publicité télévisée.

⁶⁷ Ministère de la culture, « Etude d'impact pour le compte de la direction générale des médias et des industries culturelles - Expérimentation de la publicité à la télévision pour le cinéma », 29/01/2024 : [file:///C:/Users/33783/Downloads/2024.01.30%20Etude%20publicit%C3%A9%20TV%20Cin%C3%A9ma%20pour%20diffusion%20Eurogroup%20DGMIC%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/33783/Downloads/2024.01.30%20Etude%20publicit%C3%A9%20TV%20Cin%C3%A9ma%20pour%20diffusion%20Eurogroup%20DGMIC%20(1).pdf).

B) Protéger le pluralisme des médias

31. L'objectif de la réglementation de la publicité télévisée en faveur de la distribution (1) et de la presse (2) est de protéger le pluralisme des médias et notamment celui de la presse qui est un secteur fragile, en évitant des transferts de ressources au profit de la télévision.

1. La distribution

32. L'article 8 du décret du 27 mars 1992 dispose qu'est interdite la publicité télévisée concernant la « *distribution pour les opérations commerciales de promotion se déroulant entièrement ou principalement sur le territoire national, sauf dans les départements d'outre-mer et les territoires de la Polynésie française, des îles Wallis et Futuna, dans la collectivité départementale de Mayotte et en Nouvelle-Calédonie* ». À l'origine, la publicité télévisée en faveur de la distribution était totalement interdite, afin de protéger le secteur de la presse écrite, notamment la presse quotidienne et régionale, dont une partie des ressources provient de la publicité en faveur du secteur de la distribution. L'objectif était donc d'éviter un transfert des ressources publicitaires au profit de la télévision, mais également d'éviter que la distribution se retrouve en situation de position dominante par rapport aux petits commerçants ⁶⁸.

Cependant, sous l'influence de l'Union européenne, la France a dû autoriser la publicité télévisée au secteur de la distribution pour les opérations non promotionnelles. En effet, la Commission européenne a considéré que cette interdiction n'était pas proportionnée aux objectifs poursuivis par la directive « Télévision sans frontières » ⁶⁹. Cette ouverture de la publicité télévisée en faveur du secteur de la distribution pour les opérations non promotionnelles s'est faite en deux temps. Tout d'abord, le décret du 7 octobre 2003 a autorisé, à compter du 1^{er} janvier 2004, la publicité télévisée en faveur du secteur de la distribution (hors promotion) aux chaînes de télévision diffusées uniquement par câble, satellite et sur internet. Ensuite, au 1^{er} janvier 2007, la publicité télévisée en faveur du secteur de la distribution (hors

⁶⁸ BOISTEL Philippe, BOULAY Jacques, « L'ouverture des écrans télévisés à la publicité de la distribution : une typologie des positionnements des enseignes au travers de la théorie sémio-contextuelle de la communication », *Décisions Marketing* 2008/3 (n° 51), p. 7 à 16.

⁶⁹ Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

promotion) a été autorisée pour les services de télévision à vocation nationale diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique (article 34-1 du décret du 27 mars 1992).

33. La publicité télévisée en faveur de la distribution portant sur des opérations promotionnelles se déroulant entièrement ou principalement sur le territoire national restent interdites sur toutes les chaînes de télévision. L'article 8 du décret du 27 mars 1992 définit l'opération commerciale de promotion comme « *toute offre de produits ou de prestations de services faite aux consommateurs ou toute organisation d'événement qui présente un caractère occasionnel ou saisonnier, résultant notamment de la durée de l'offre, des prix et des conditions de vente annoncés, de l'importance du stock mis en vente, de la nature, de l'origine ou des qualités particulières des produits ou services ou des produits ou prestations accessoires offerts* ». A titre d'exemple, le 3 juillet 2008, le CSA a été saisi par la société *Rue du Commerce* à propos d'une campagne publicitaire de l'entreprise *Pixmania* relative au « pack 1 euro ». Le CSA a estimé que cette campagne publicitaire constituait une opération commerciale de promotion prohibée. En effet, cette opération commerciale s'était déroulée pendant une durée limitée et ne semblait plus être proposée par le distributeur ⁷⁰.

2. La presse

34. À l'origine, la publicité télévisée dans le secteur de la presse était interdite, afin d'éviter que la publicité télévisée ne soit accessible qu'aux grands groupes, et donc pour favoriser le pluralisme des médias. Désormais, depuis le 1^{er} janvier 2004 ⁷¹, ce type de publicité est autorisé. Néanmoins, la publicité en faveur de ce secteur reste encadrée par de nombreuses réglementations, comme l'a rappelé le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) ⁷².

35. Tout d'abord, les messages publicitaires en faveur de la presse doivent respecter les interdictions d'accès à la publicité télévisée qui frappent certains secteurs tels que le tabac et les boissons alcooliques. Ainsi, les publicités en faveur d'une publication de presse consacrée spécifiquement au tabac ou aux boissons alcooliques sont interdites. Les publicités en faveur

⁷⁰ CSA, Rapport annuel de 2008.

⁷¹ Décret n° 2003-960 du 7 octobre 2003 modifiant le décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat.

⁷² CSA, Recommandation du 19 décembre 2003 relative à la publicité télévisée en faveur du secteur de la presse, JORF n° 4 du 6 janvier 2004, Texte n° 113.

d'une publication qui ferait référence au tabac autrement que sous un angle critique, ou qui présenterait des boissons alcooliques sous un jour favorable à leur consommation sont également interdites. De même, le CSA rappelle que la publicité pour un titre de presse doit respecter les réglementations encadrant la publicité télévisée en faveur du cinéma, de l'édition littéraire et de la distribution.

36. Concernant les médicaments soumis à prescription médicale, le CSA considère que l'article L.5122-6 du Code de la santé publique qui interdit la publicité des médicaments soumis à prescription médicale ne fait pas obstacle à la publicité télévisée en faveur d'un titre de presse spécialisé. Cependant, le CSA précise qu'il ne doit être fait aucune référence, autre que générique ou critique, à un médicament soumis à prescription médicale. Le CSA considère que les publicités qui s'insèrent dans des programmes de services de télévision accessibles uniquement aux professionnels de santé échappent à cette contrainte.

37. Concernant les armes à feu, le CSA autorise les services de télévision qui consacrent plus d'un tiers de leurs programmes à des émissions relatives à la chasse, à la pêche ou au tir sportif à diffuser des messages publicitaires en faveur des titres de presse spécialisés ou non faisant référence à des armes à feu ou à leurs munitions. Pour les autres services de télévision, le CSA précise que la publicité en faveur d'une publication de presse ne doit pas présenter d'armes à feu ou de munitions sous un jour favorable à leur utilisation ⁷³

38. Il convient de remarquer que le CSA autorise la publicité lorsque celle-ci est présentée sous un angle critique, ou qu'elle présente le produit sous un angle qui ne lui est pas favorable et qui n'incite pas à sa consommation. Ainsi, le caractère promotionnel de la publicité semble ici important, puisque lorsque le caractère promotionnel est absent, la publicité télévisée en faveur de la presse est autorisée. On pourrait ainsi considérer que lorsque la publicité ne met pas en valeur le produit, le message ne saurait être considéré comme une publicité, et c'est la raison pour laquelle il est autorisé.

39. *Conclusion* - La directive de 2006, pour ce qui concerne la publicité comparative, et le décret de 1992, pour ce qui concerne la publicité télévisée, définissent tous les deux la notion

⁷³ CSA, Recommandation du 19 décembre 2003 relative à la publicité télévisée en faveur du secteur de l'édition littéraire, JORF n° 4 du 6 janvier 2004, Texte n° 114.

de publicité. A la lecture de ces deux définitions, on peut constater des similitudes. En effet, les deux définitions considèrent que la publicité vise à promouvoir la fourniture de biens ou services, ou l'entreprise de manière générale. De plus, la publicité doit être réalisée dans le cadre d'une activité professionnelle, ce qui implique que l'annonceur de la publicité soit l'entreprise qui commercialise les biens et services, objets de la publicité. Cependant, il convient de constater que, contrairement à la directive de 2006, le décret de 1992 pose une exigence supplémentaire, qui est celle de la contrepartie. En effet, le décret de 1992 précise que la publicité télévisée doit être diffusée moyennant rémunération. Cette exigence de contrepartie n'est pas présente dans la définition relative à la publicité comparative, qui pourrait dès lors être qualifiée de publicité même en l'absence de contrepartie. La directive de 2006 a une vision plus large de la notion de publicité que le décret de 1992, ce qui pour autant ne semble pas poser de difficultés puisque les deux réglementations ne visent pas les mêmes objectifs et ne visent pas les mêmes types de publicités. Ces deux réglementations pourraient avoir vocation à se combiner par exemple dans le cas où une publicité télévisée comparerait des offres promotionnelles dans le secteur de la distribution. Dans ce cas, il faudra veiller à qualifier la publicité selon les critères posés par chacun des textes.

Section 2 : Les enjeux d'intérêt général

40. Le législateur est intervenu afin de réglementer la publicité dans certains secteurs jugés sensibles. Ces différentes réglementations visent notamment à protéger la santé (§1), et les intérêts économiques des consommateurs (§2). Il convient de préciser que ne seront traitées ici que les principales réglementations sectorielles qui s'intéressent à la publicité, et qui permettront d'apporter des précisions sur l'identification de la publicité. En effet, les réglementations concernant la publicité sont très nombreuses, de sorte qu'il est difficile d'être exhaustif. A titre d'exemple, il existe des réglementations concernant les publicités relatives aux crédits, à la protection de l'environnement, à l'assistance juridique, à l'enseignement, ... mais ces réglementations ne seront pas abordées dans le cadre de ce Mémoire.

§1 - La protection de la santé

41. Certaines publicités font l'objet d'une réglementation particulière afin de protéger la santé publique. En effet, certains produits sont autorisés à la commercialisation, mais le

législateur cherche à éviter leur surconsommation. Le législateur est ainsi intervenu pour réglementer la publicité en faveur des jeux d'argent afin de protéger la santé mentale des citoyens et lutter contre l'addiction (A). De même, la publicité en faveur des médicaments et autres produits touchant au secteur de la santé font l'objet d'une réglementation particulière afin de protéger la santé physique des citoyens (B). Les réglementations en faveur de la publicité pour le tabac et l'alcool visent à protéger à la fois la santé mentale et la santé physique (C). Il convient de préciser que ces différentes réglementations sont conformes à la directive de 2005, qui s'applique « *sans préjudice des dispositions communautaires ou nationales relatives à la santé et à la sécurité des produits* » (article 3-3 de la directive de 2005). Le considérant 9 de la directive de 2005 précise également que les Etats membres peuvent « *maintenir ou instaurer sur leur territoire des mesures de restriction ou d'interdiction de pratiques commerciales pour des motifs de protection de la santé et de la sécurité des consommateurs [...] par exemple pour ce qui concerne l'alcool, le tabac, les produits pharmaceutiques* » ou encore « *les produits financiers [...] pour protéger les intérêts économiques des consommateurs* ».

A) La protection de la santé mentale : lutte contre l'addiction

42. La protection de la santé mentale passe par la réglementation de la publicité en faveur des jeux d'argent (1). Ces réglementations ont été renforcées suite à la loi du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux (2).

1. La réglementation générale de la publicité des jeux d'argent

43. *Contexte de la réglementation* - Pendant l'Euro de football de 2021, une pression publicitaire inédite de la part des opérateurs de paris sportifs a été observée en France. Les publicités pour les paris sportifs ont envahi les écrans, à tel point qu'on a parlé d'un « *matraquage publicitaire* »⁷⁴. Selon Isabelle FALQUE-PIERROTIN, Présidente de l'ANJ, « *les Français ont parié 435 millions d'euros en ligne sur toute la compétition de l'Euro 2021* »⁷⁵. Il apparaît dès lors nécessaire de réglementer les publicités en faveur des jeux d'argent

⁷⁴ Association Addictions France : <https://addictions-france.org/presse/publicites-pour-les-paris-sportifs-une-reglementation-efficace-simpose-pour-lutter-contre-les-addictions/>.

⁷⁵ Le Figaro : <https://www.lefigaro.fr/flash-sport/euro-les-francais-ont-parie-435-millions-d-euros-en-ligne-20210713>.

puisque les jeux d'argent emportent des risques importants de dérive (surendettement) ou de santé publique (addiction et isolement), à la fois pour le joueur, mais aussi pour son entourage. On a pu constater que le public visé par ces publicités était le milieu populaire, qui est donc un public jeune et vulnérable, et donc plus à risque de rencontrer des problèmes liés au jeu. Ainsi, afin de « *désintensifier* » la pression publicitaire et renforcer la protection des mineurs et des publics à risque, l'Autorité Nationale des Jeux (ANJ) a élaboré des lignes directrices et des recommandations ⁷⁶. Les lignes directrices de l'ANJ « *fixent la doctrine du régulateur* » ⁷⁷ sur l'interprétation du décret du 4 novembre 2020 encadrant le contenu des communications commerciales ⁷⁸. Ce décret a notamment inséré dans le Code de la sécurité intérieure les articles D.320-9 et D.320-10 réglementant les communications commerciales en faveur des jeux d'argent. Ces règles visent les « *communications commerciales* » au sens large, ce qui inclut nécessairement la publicité.

44. Réglementation - Tout d'abord, il faut rappeler que seuls les opérateurs autorisés à opérer en France peuvent diffuser ou faire diffuser de la publicité au public français, à condition que ces publicités portent sur des jeux autorisés. De plus, la loi prévoit que les communications commerciales en faveur d'un opérateur de jeux d'argent et de hasard ne doivent pas inciter à une pratique du jeu excessive, banaliser ou valoriser ce type de pratique. De même, la publicité ne doit pas présenter le jeu comme le moteur de la réussite sociale, laisser croire que le jeu est une façon de régler des difficultés personnelles, professionnelles, sociales ou psychologiques, ni présenter le jeu comme une activité permettant de gagner sa vie ou comme une alternative au travail rémunéré. La publicité ne doit pas non plus laisser croire aux joueurs que les chances de gagner sont plus élevées que dans la réalité, ou que le jeu ne comporte aucun ou peu de risque de perte. Enfin, la protection des mineurs est renforcée, puisque la publicité en faveur des jeux d'argent ne peut pas mettre en scène des mineurs ou des personnalités ou personnages appartenant à l'univers des mineurs. De plus, la publicité ne doit pas inciter les mineurs à jouer en leur faisant croire que les jeux d'argent font naturellement partie de leurs loisirs, ni être attractive pour les mineurs en utilisant des éléments visuels, sonores, verbaux ou écrits. La Recommandation « Jeux d'argent » de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) vient compléter ces dispositions légales.

⁷⁶ ANJ, « Publicité et jeux d'argent : l'ANJ présente ses lignes directrices et recommandations », 23 février 2022.

⁷⁷ ANJ : https://anj.fr/sites/default/files/2022-09/Plaque%20ANJ%20septembre%202022_0.pdf, p. 7.

⁷⁸ Décret n° 2020-1349 du 4 novembre 2020 relatif aux modalités de régulation de l'Autorité nationale des jeux.

De plus, depuis l'arrêté du 11 juillet 2023⁷⁹, entré en application le 14 août 2023, toutes les communications commerciales en faveur des jeux d'argent doivent obligatoirement mentionner le message de prévention rappelant aux joueurs que les jeux d'argent peuvent être dangereux (pertes d'argent, conflits familiaux, addiction), ainsi que le site internet et le numéro de téléphone auxquels les joueurs peuvent se référer s'ils ont besoin de conseils. Ce message de prévention obéit à des règles strictes et doit notamment apparaître sur un fond jaune, avec le logo du gouvernement, ...

45. *Le caractère promotionnel de la publicité en débat* - On constate que beaucoup de règles viennent restreindre la liberté de création des annonceurs en matière de publicité de jeux d'argent, notamment du fait que la publicité ne doit pas être incitative pour les mineurs. Ainsi, pour les jeux d'argent, la publicité semble davantage ressembler à une information qu'à une publicité en tant que telle. Néanmoins, bien que la liberté de création soit limitée, la publicité poursuit nécessairement un objectif promotionnel puisque la loi vise à empêcher que les publicités en faveur des jeux d'argent soient trop attractives, notamment pour les mineurs. Ainsi, les annonceurs pourront réaliser des publicités promotionnelles, dans la limite fixée par la loi, c'est-à-dire que les publicités ne devront pas inciter à un jeu excessif.

2. La réglementation de la publicité des jeux d'argent par les influenceurs

46. *Réglementation* - Il est nécessaire de réglementer les publicités en faveur des jeux d'argent réalisées par les influenceurs, afin de protéger les mineurs. En effet, on constate que les joueurs sont de plus en plus jeunes, et les influenceurs peuvent avoir leur part de responsabilité dans ce constat. En effet, les influenceurs sont généralement suivis par un public assez jeune, plus influençable, et qui s'identifie à l'influenceur. La promotion des jeux d'argent et de hasard en ligne est donc plus susceptible de toucher les jeunes voire les mineurs. Ainsi, l'ANJ recommande aux marques de ne pas faire de partenariat avec des influenceurs dont au moins 16% de leur audience est composée de jeunes âgés de 13 à 17 ans⁸⁰. De plus, afin de s'assurer que les influenceurs connaissent bien les règles en la matière, l'article 4 de la loi du 9

⁷⁹ Arrêté du 11 juillet 2023 relatif au message de mise en garde contre le jeu excessif ou pathologique devant figurer sur les communications commerciales diffusées en ligne.

⁸⁰ ANJ, « Lignes directrices et recommandations sur la publicité des jeux d'argent et de hasard », Synthèse : <https://anj.fr/sites/default/files/2022-02/Synth%C3%A8se%20lignes%20directrices%20et%20recommandations.pdf>, p. 12.

juin 2023 dispose que « *Les contrats de promotion avec les opérateurs de jeux d'argent et de hasard comportent une clause par laquelle les personnes [exerçant l'activité d'influence commerciale] attestent avoir pris connaissance des lois et des règlements applicables aux communications commerciales relatives aux jeux d'argent et de hasard et s'obligent à les respecter* ». L'ARPP propose un certificat de l'influence responsable option « *Jeux d'argent* », afin d'informer les créateurs de contenus du cadre légal et déontologique applicable en matière de publicité en faveur des jeux d'argent. Ce certificat a fait l'objet d'une mise à jour à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 9 juin 2023. L'ANJ recommande aux marques de conclure des partenariats avec des influenceurs qui ont passé ce certificat, afin de s'assurer que les influenceurs connaissent les règles et les risques en matière de publicités en faveur des jeux d'argent et de hasard.

La loi du 9 juin 2023 est également venue renforcer les règles relatives à la protection des mineurs, puisque l'article 4 de la loi dispose que les communications commerciales des influenceurs relatives aux jeux d'argent « *sont autorisées uniquement sur les plateformes en ligne offrant la possibilité technique d'exclure de l'audience dudit contenu tous les utilisateurs âgés de moins de dix-huit ans et si ce mécanisme d'exclusion est effectivement activé par lesdites personnes* ». De plus, la loi précise que les communications commerciales doivent être « *accompagnées d'une mention signalant l'interdiction dudit contenu aux moins de dix-huit ans. Cette mention est claire, lisible et identifiable, sur l'image ou sur la vidéo, sous tous les formats, durant l'intégralité de la promotion* ». En cas de manquement à ces dispositions, l'influenceur s'expose à une amende 100 000 euros. Le montant de l'amende peut être égale au montant des dépenses publicitaires consacrées à l'opération illégale, multiplié par quatre ⁸¹. Enfin, la loi interdit également aux influenceurs de faire de la publicité en faveur d'abonnements à des conseils ou à des pronostics sportifs, sous peine des sanctions prévues à l'article L.132-2 du Code de la consommation applicables aux pratiques commerciales trompeuses.

47. Contrôle - Le contrôle du respect de ces différentes règles est partagé entre l'ANJ, l'ARPP, et la DGCCRF. L'ANJ ne peut sanctionner que les opérateurs de jeux qui ne respecteraient pas les règles. L'ANJ peut ainsi prononcer des avertissements à l'encontre de ces opérateurs, suspendre l'exploitation de jeux, suspendre ou retirer leur agrément, voire

⁸¹ Articles 4 de la loi du 23 juin 2023 et L.324-8-1 du Code de la sécurité intérieure.

prononcer des sanctions pécuniaires d'un montant pouvant atteindre 5% du chiffre d'affaires ⁸². De son côté, la DGCCRF pourra intervenir auprès des influenceurs et prononcer des avertissements, des sanctions financières, voire demander à la plateforme le déréférencement ou le blocage du compte de l'influenceur si ce dernier ne respecte pas l'injonction adressée par les services de la DGCCRF ⁸³. Lorsque l'influenceur a passé le certificat de l'influence responsable, il est suivi par l'ARPP, qui pourra lui adresser des avertissements en cas de manquement, pouvant aller jusqu'au retrait du certificat en cas de manquements répétés ou de non-respect des avertissements. De plus, le Jury de déontologie publicitaire (JDP) pourra être saisi de plaintes, que la publicité émane d'un influenceur ou d'un opérateur de jeux d'argent, et l'avis rendu par le JDP sera ensuite publié sur son site, ce qui peut dégrader l'image de la marque en cas d'avis négatif (« *name and shame* »). Néanmoins, le « *name and shame* » doit être mené avec parcimonie et être proportionné aux faits reprochés, puisqu'un influenceur ou une marque faisant l'objet de ce type de sanction peut ensuite subir un harcèlement massif sur les réseaux sociaux et voir ainsi son *e-reputation* entachée, ce qui conduit à une « double sanction ». De plus, si c'est l'influenceur qui est sanctionné, il y a également un risque pour l'image de la marque dont il faisait la promotion.

B) La protection de la santé physique

48. La protection de la santé physique passe par la réglementation de la publicité en faveur des médicaments (1). De manière plus générale, la protection de la santé physique passe également par la réglementation de la publicité en faveur de différents secteurs touchant à la santé, qu'il s'agisse de la chirurgie esthétique, des préparations pour nourrisson, ou encore de certains produits alimentaires (2).

1. La réglementation de la publicité des médicaments

49. *Définition de la publicité pour les médicaments* - La loi encadre la publicité des médicaments. En effet, les médicaments sont utiles à la santé lorsqu'ils sont pris de façon adéquate, mais ils peuvent devenir dangereux lorsqu'ils sont consommés sans respecter les

⁸² ANJ : <https://anj.fr/taxonomy/term/241#:~:text=Elle%20peut%20prononcer%20les%20sanctions,%25%20du%20chiffre%20d'affaires.>

⁸³ Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, « Guide de bonne conduite, Influence commerciale - L'essentiel de vos droits et devoirs pour votre activité d'influence commerciale », Décembre 2023, p. 16.

règles de prescription⁸⁴. Le régime de la publicité en faveur des médicaments figure aux articles L.5122-1 et suivants du Code de la santé publique. L'article L.5122-1 du Code de la santé publique définit la publicité pour les médicaments à usage humain comme « *toute forme d'information, y compris le démarchage, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de ces médicaments, à l'exception de l'information dispensée, dans le cadre de leurs fonctions, par les pharmaciens gérant une pharmacie à usage intérieur* ». Ainsi, on constate, aux termes de cette définition, que la publicité est une information qui a une visée promotionnelle. A ce titre, l'information délivrée par un pharmacien se distingue de la publicité car le pharmacien a un devoir de conseil de sorte que l'information qu'il délivre est censée être objective, contrairement à une publicité qui est davantage subjective. Ce type d'information a pour objectif d'informer et de conseiller le client sur le médicament à prendre, et non de l'inciter à consommer tel ou tel médicament. En ce sens, la Cour d'appel de Paris a considéré que *Le guide des médicaments les plus courants*, qui comparait différents médicaments en indiquant leurs qualités et leurs défauts, n'était pas une publicité, faute de but promotionnel⁸⁵. La CJUE s'est également prononcée sur le sujet, considérant que la diffusion sur le site internet d'une entreprise pharmaceutique d'informations relatives à des médicaments ne constitue pas une publicité lorsque cette diffusion consiste à reproduire fidèlement l'emballage du médicament, ainsi que la « *reproduction littérale et intégrale de la notice ou du résumé des caractéristiques du produit* ». A l'inverse, la CJUE rappelle qu'une telle diffusion serait interdite si les informations relatives au médicament ont fait l'objet, de la part du fabricant, d'une « *sélection ou d'un remaniement, qui ne peut s'expliquer que par une finalité publicitaire* »⁸⁶. Ainsi, la simple information purement formelle n'est pas de la publicité, mais à partir du moment où cette information a fait l'objet d'une mise en forme particulière, elle pourra être qualifiée de publicité. On retrouve un peu cette idée de « choix libres et créatifs » comme en Droit de la propriété littéraire et artistique où pour être protégée par le droit d'auteur, l'œuvre doit être originale, et non simplement être le résultat de contraintes techniques imposées. La CJUE a également eu l'occasion de se prononcer dans un arrêt plus récent, considérant que la diffusion d'informations encourageant l'achat de médicaments en justifiant la nécessité d'un tel achat par le prix, comporte une finalité promotionnelle, même si ces informations visent non pas un médicament déterminé, mais des

⁸⁴ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p. 138 et 139.

⁸⁵ CA Paris, 20 décembre 1974, *JCP* 1975, II, 18056.

⁸⁶ CJUE, 5 mai 2011, Affaire C-316/09, *MSD Sharp & Dhome GmbH c/ Merckle GmbH*.

médicaments indéterminés⁸⁷. L'article L.5122-2 du Code de la santé publique précise que la publicité doit présenter le médicament de façon objective. Ainsi, contrairement à la publicité classique, la publicité en faveur des médicaments ne peut pas être subjective. Il convient également de constater que la définition de la publicité en faveur des médicaments ne précise pas que la publicité doit émaner du producteur ou du vendeur du médicament, et n'exige pas que la diffusion de la publicité soit réalisée moyennant contrepartie. Cette définition diffère ainsi des définitions précédemment évoquées en matière de publicité comparative ou de publicité télévisée.

50. *Réglementation générale* - Les règles relatives à la publicité pour les médicaments diffèrent selon que la publicité est destinée au public ou aux professionnels de la santé. En effet, le Code de la santé publique interdit la publicité auprès du public en faveur des médicaments soumis à prescription médicale et des médicaments remboursables par la Sécurité sociale, afin de protéger la sécurité publique et l'équilibre financier de la Sécurité sociale. En revanche, la publicité pour les médicaments délivrés sans ordonnances et non remboursables est autorisée auprès du public, mais il faut obtenir une autorisation préalable dite « *visa GP* » délivrée par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM). La publicité doit également mentionner un message de prudence et de renvoi à la consultation d'un médecin si les symptômes persistent. Les manquements aux règles de la publicité des médicaments sont punis d'un an d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende (articles L.5422-5 et L.5422-6 du Code de la santé publique). Il convient de noter que les syndicats professionnels ne peuvent pas se constituer parties civiles car ces règles ont été édictées dans un but de santé publique, et non dans l'intérêt de la profession médicale ou pharmaceutique⁸⁸. Lorsque la publicité pour les médicaments est à destination des professionnels de santé, elle est soumise à un contrôle *a priori* de l'ANSM, qui doit délivrer un « *visa PM* » (article L.5122-9 du Code de la santé publique).

51. *Réglementation spécifique aux influenceurs* - L'article 4 de la loi du 9 juin 2023 interdit également aux influenceurs de faire de la publicité en faveur « *de produits, d'actes, de procédés, de techniques et de méthodes présentés comme comparables, préférables ou substituables à des actes, des protocoles ou des prescriptions thérapeutiques* ». En cas de

⁸⁷ CJUE, 22 décembre 2022, Affaire C-530/20, *EUROAPTIEKA SIA*.

⁸⁸ C.Cass, Crim, 2 juillet 1980, n° 80-91.062.

manquement à ces interdictions, les influenceurs s'exposent à une peine d'emprisonnement de deux ans et à une amende de 300 000 euros.

2. La réglementation de la publicité dans les secteurs touchant à la santé

52. *La publicité en faveur de la chirurgie esthétique* - L'article 4 de la loi du 9 juin 2023 interdit aux influenceurs toute promotion, directe ou indirecte, des actes de chirurgie esthétique. Cette interdiction semble concerner aussi bien les actes chirurgicaux que la médecine esthétique (injections d'acide hyaluronique, ...). En effet, on constate que sur les réseaux sociaux, de nombreux influenceurs ou personnalités de la télé-réalité évoquent leurs modifications physiques, relatent le récit de leurs interventions et vantent les mérites de leur chirurgien. Cette pratique est dangereuse, notamment pour les jeunes qui sont plus influençables et qui souhaitent recourir à la chirurgie esthétique pour ressembler à leurs idoles ou même pour ressembler à des photos d'elles-mêmes réalisées avec un filtre. Les chirurgiens ont en effet constaté une augmentation du nombre de demande pour des actes chirurgicaux chez les jeunes. Or, ces opérations restent des opérations médicales et comportent par conséquent des risques, qui sont souvent minimisés voire passés sous silence par les personnes qui en font la promotion.

A l'origine, les professionnels de santé avaient interdiction de recourir à la publicité, afin d'éviter que la médecine ne soit pratiquée comme un commerce⁸⁹. Cependant, cette règle était en contrariété avec le Droit européen⁹⁰. En 2019, l'Autorité de la concurrence⁹¹ et le Conseil d'Etat⁹² ont reconnu cette non-conformité. L'évolution de la jurisprudence a conduit le législateur à modifier la loi et à supprimer cette interdiction, pour les professionnels de santé, de recourir à la publicité⁹³. Ainsi désormais, l'article R.4127-19-1, I du Code de la santé

⁸⁹ Ancien article R.4127-19 du Code de la santé publique.

⁹⁰ CJUE, 4 mai 2017, Affaire C-339/15, *Vanderborght* : « le Droit de l'Union européenne s'oppose à une législation nationale interdisant de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins buccaux dentaires » / CJUE, Ordonnance du 23 octobre 2018, Affaire C-296/18, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute Garonne* : « la directive 2000/31 sur le commerce électronique s'oppose à une réglementation nationale qui interdit de manière générale et absolue toute publicité des membres de la profession dentaire ».

⁹¹ Autorité de la concurrence, 15 janvier 2019, décision n° 19-D-01 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la promotion par internet d'actes médicaux / Autorité de la concurrence, 15 janvier 2019, décision n° 19-D-02 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la promotion par internet de soins dentaires.

⁹² CE, 6 novembre 2019, n° 416948 / CE, 6 novembre 2019, n° 420225 / CE, 18 novembre 2020, n° 431554.

⁹³ Décrets du 22 décembre 2020, n° 2020-1658, n° 2020-1659, n° 2020-1660, n° 2020-1661, n° 2020-1662, n° 2020-1663.

publique autorise le professionnel à « *communiquer* » au public des informations relatives à ses « *compétences et pratiques professionnelles, à son parcours professionnel et aux conditions de son exercice* ». La publicité à des fins commerciales reste donc interdite. Isabelle BOISMERY propose ainsi de distinguer les procédés publicitaires dans le but d'informer et les procédés publicitaires à des fins commerciales. En effet, elle considère que « *la présentation ne rime pas systématiquement avec la promotion. Elle peut être objective et confiner à de la simple information* »⁹⁴. On retrouve ainsi ici la distinction entre l'information et la promotion, qui permet de délimiter les frontières de la publicité. Cependant, cette frontière entre l'information et la promotion d'un service médical semble fragile sur les réseaux sociaux, puisque certains professionnels publient des photos montrant un patient avant et après son opération. Il pourrait certes s'agir d'une simple information, montrant les « *compétences et pratiques professionnelles* » du chirurgien, mais le problème des réseaux sociaux est que les auteurs des publications ajoutent souvent des filtres pour embellir les photographies. Or, l'utilisation de ces filtres modifient l'aspect final des photographies, et ne montrent dès lors pas la réalité. On constate alors que le stade de l'information est souvent dépassé, puisque les publications visent davantage à encourager les actes médicaux. De plus, afin de contourner les réglementations, les professionnels ont de plus en plus recours à des influenceurs pour promouvoir les actes de chirurgie et de médecine esthétique. En effet, les influenceurs ne sont pas des professionnels de santé, et ne sont donc pas soumis à cette réglementation. D'une « *information professionnelle* » on est ainsi passé à une « *information promotionnelle* »⁹⁵. La loi du 9 juin 2023 permet ainsi de réglementer cette pratique et de lutter contre la promotion des actes de chirurgie esthétique sur les réseaux sociaux par le biais des influenceurs, qui peuvent avoir des conséquences aussi bien pour la santé physique que pour la santé mentale des jeunes.

53. *La publicité en faveur des préparations pour nourrisson* - De plus, afin de ne pas décourager l'allaitement maternel, la publicité pour les préparations pour nourrisson est autorisée uniquement dans la presse écrite destinée aux professionnels de santé et est interdite sur tous les autres supports (article L.122-13 du Code de la consommation⁹⁶). A l'inverse, les documents à but d'information ou d'éducation, tant écrite qu'audiovisuelle, portant sur

⁹⁴ BOISMERY Isabelle, « Publicité - La promotion de la chirurgie et de la médecine esthétiques sur les réseaux sociaux », *Communication Commerce électronique* n° 12, Décembre 2022, Étude 23, LexisNexis.

⁹⁵ BOISMERY Isabelle, « Publicité - La promotion de la chirurgie et de la médecine esthétiques sur les réseaux sociaux », *Communication Commerce électronique* n°12, Décembre 2022, Étude 23, LexisNexis.

⁹⁶ Transposition de la directive 91/321/CEE de la Commission du 14 mai 1991 concernant les préparations pour nourrissons et les préparations de suite.

l'alimentation des nourrissons sont autorisés et doivent comporter certaines mentions obligatoires⁹⁷. Ainsi, il est nécessaire de bien faire la distinction entre la publicité, qui poursuit un objectif promotionnel, et les documents d'information qui visent à informer ou à éduquer les personnes concernées sur le sujet. Le manquement à ces règles est puni d'une amende de 1 500 euros⁹⁸.

54. *La publicité en faveur de certains produits alimentaires* - Enfin, l'article L.2133-1 du Code de la santé publique dispose que tous les messages publicitaires en faveur de « *boissons avec ajouts de sucre, de sel ou d'édulcorants de synthèse ou de produits alimentaires manufacturés doivent contenir une information à caractère sanitaire* ». L'arrêté du 27 février 2007⁹⁹ est venu préciser le contenu du message sanitaire ainsi que les modalités de mise en œuvre selon le support publicitaire utilisé, le public visé, et les aliments faisant l'objet de la publicité. Parmi les messages à caractère sanitaire on retrouve les messages suivants : « *Pour votre santé, mangez au moins cinq fruits et légumes par jour* », « *Pour votre santé, pratiquez une activité physique régulière* », « *Pour votre santé, évitez de manger trop gras, trop sucré, trop salé* », et « *Pour votre santé, évitez de grignoter entre les repas* ». Le non-respect de cette obligation d'information est puni d'une amende de 37 500 euros. Le montant de cette amende peut être porté à 30% des dépenses engagées pour réaliser la publicité.

C) La protection de la santé physique et de la santé mentale

55. Le législateur est intervenu afin de réglementer les publicités en faveur de l'alcool (1) et du tabac et des produits du tabac (2). Ces réglementations visent à protéger à la fois la santé physique, mais également la santé mentale en luttant contre l'addiction.

1. La réglementation de la publicité de l'alcool

56. *Réglementation* - Afin de lutter contre l'alcoolisme, le législateur a réglementé la publicité en faveur des boissons alcooliques. La réglementation résulte de la loi EVIN du 10

⁹⁷ Article 1^{er} du décret n° 98-688 du 30 juillet 1998 pris en application de l'article L. 121-53 du Code de la consommation relatif à la distribution gratuite des préparations pour nourrissons, à la documentation et au matériel de présentation les concernant.

⁹⁸ Article 5 du décret n° 98-688 du 30 juillet 1998.

⁹⁹ Arrêté du 27 février 2007 fixant les conditions relatives aux informations à caractère sanitaire devant accompagner les messages publicitaires ou promotionnels en faveur de certains aliments et boissons.

janvier 1991¹⁰⁰, et figure aux articles L.3323-2 et suivants du Code de la santé publique. Tout d'abord, la loi précise que les boissons alcooliques sont celles qui contiennent plus de 1,2° d'alcool. La publicité pour ces boissons n'est autorisée que sur certains supports publicitaires, à savoir la presse écrite (à l'exclusion des publications destinées à la jeunesse), la radio (mais seulement entre 0h et 7h le mercredi, et 0h et 17h les autres jours), les affiches et enseignes¹⁰¹, et les affichettes et objets à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé. La publicité à la télévision¹⁰² et au cinéma est interdite. La loi interdit aussi bien la publicité directe que la publicité indirecte. L'article L.3323-3 du Code de la santé publique précise qu'il faut entendre par « *publicité indirecte* » toute publicité pour un produit « *autre qu'une boisson alcoolique* », qui par son « *graphisme* », sa « *présentation* » ou « *l'utilisation d'un signe distinctif* », « *rappelle une boisson alcoolique* ». A titre d'exemple, une publicité présentant un jus de fruit avec la même marque ou la même apparence qu'une boisson alcoolique serait interdite si elle est diffusée sur un support non autorisé¹⁰³.

57. Définition de la publicité en faveur de l'alcool - La loi EVIN ne pose aucune définition de la publicité, ce qui a pu susciter des interrogations quant à la frontière entre la publicité et l'information. Ce vide législatif a été comblé par la Cour de cassation, qui a défini la publicité en faveur de l'alcool comme « *tout acte en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article ayant pour effet, quelle qu'en soit la finalité, de rappeler une boisson alcoolique* »¹⁰⁴. Cette définition est très large, et a « *entraîné des condamnations remettant en cause la liberté d'expression des journalistes ainsi qu'une forme d'autocensure de la part des médias* »¹⁰⁵. En effet, étant donné que la frontière entre la publicité et l'information n'était pas bien définie, les journalistes ont préféré s'abstenir de parler d'alcool, plutôt que de prendre un risque juridique. Cette définition posée par la Cour de cassation est tellement large qu'elle pourrait potentiellement permettre de « *qualifier un livre, un tableau ou tout œuvre de création évoquant une boisson alcoolisée de publicité* »¹⁰⁶. Le législateur est ainsi intervenu

¹⁰⁰ Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

¹⁰¹ C.Cass, Crim, 6 mai 2024, n° 23-84.905 : « *une bouteille d'alcool à taille humaine en trois dimensions implantée au niveau des tapis de récupération des bagages d'une aéro-gare n'est assimilable ni à une affiche ni à une enseigne, et n'est donc pas un support autorisé pour la publicités pour les boissons alcooliques* ».

¹⁰² Article 8 du décret du 27 mars 1992.

¹⁰³ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p. 140.

¹⁰⁴ C.Cass, Crim, 3 novembre 2004, n° 04-81.123.

¹⁰⁵ Vin & Société, « Loi EVIN - Enjeux et Perspectives pour la filière viti-vinicole », p. 15 : <https://www.vindefrance.com/sites/default/files/2021-11/vdf-reglementation-guide-vs-loi-evin.pdf>.

¹⁰⁶ Vin & Société, « Loi EVIN - Enjeux et Perspectives pour la filière viti-vinicole », p. 15 : <https://www.vindefrance.com/sites/default/files/2021-11/vdf-reglementation-guide-vs-loi-evin.pdf>.

afin de définir ce qui ne relève pas de la qualification de publicité. Ainsi, l'article L.3323-1 du Code de la santé publique dispose que « *les contenus, images, représentations, descriptions, commentaires ou références relatifs à une région de production, à une toponymie, à une référence ou à une indication géographique, à un terroir, à un itinéraire, à une zone de production, au savoir-faire, à l'histoire ou au patrimoine culturel, gastronomique ou paysager liés à une boisson alcoolique disposant d'une identification de la qualité ou de l'origine, ou protégée* » ne sont pas des publicités.

58. Le caractère promotionnel de la publicité - Lorsque la publicité pour les boissons alcooliques est autorisée, elle est soumise à des règles strictes. En effet, la publicité ne peut contenir que les indications énumérées à l'article L.3323-4 du Code de la santé publique. A l'origine, le texte n'autorisait que des « *mentions informatives objectives à faible caractère valorisant* », tel que le degré alcoolique, l'origine, la dénomination, la composition du produit, le nom du fabricant, ou encore le mode d'élaboration. Cependant, les producteurs de vin considéraient que ces restrictions les empêchaient de réaliser de véritables publicités. La loi du 23 février 2005 est ainsi venue ajouter aux mentions déjà autorisées d'autres « *mention à plus fort pouvoir valorisant* », tel que le terroir de production, ou les distinctions obtenus (AOC et IGP). La publicité peut également faire référence à la couleur et aux caractéristiques gustatives et olfactives du produit, mais ces références doivent être objectives¹⁰⁷. Ces différentes mentions sont facultatives, de sorte qu'il y aura un choix de la part de l'annonceur qui va décider de mettre en avant telle ou telle information plutôt qu'une autre, ou qui peut décider de ne pas mentionner certaines informations. La publicité n'est donc pas un simple moyen d'information, même lorsque la publicité est très réglementée, car l'annonceur reste libre de choisir les informations qu'il souhaite donner. La loi prévoit également une mention obligatoire, puisque toutes les publicités en faveur de boissons alcooliques doivent être assorties d'un message de prévention précisant que « *L'abus d'alcool est dangereux pour la santé* ».

La Cour de cassation a jugé que la publicité en faveur de boissons alcooliques ne devait pas être trop attrayante¹⁰⁸, ni donner une image valorisante de l'alcool, faisant appel par exemple au sentiment de bonheur ou de convivialité¹⁰⁹. Ainsi, Linda ARCELIN considère que

¹⁰⁷ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p. 140.

¹⁰⁸ C.Cass, Crim, 29 novembre 2005, n° 05-81.189 / C.Cass, Crim, 19 décembre 2006, n° 05-87.268 / C.Cass, Crim, 14 mai 2008, n° 07-86.055 / C.Cass, Civ 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 07-14.984.

¹⁰⁹ C.Cass, Civ 1^{ère}, 3 juillet 2013, n° 12-22.633.

la publicité est avant tout une information et non une promotion, puisque dans certains cas, notamment en matière de publicité en faveur de l'alcool, le caractère promotionnel est interdit afin de ne pas inciter à la consommation, ce qui n'empêche pas le message d'être qualifié de publicité ¹¹⁰. Cependant, cet argument peut être relativisé dans la mesure où dans l'affaire des vins de Bordeaux, la Cour d'appel de renvoi a considéré que par nature, toute publicité a pour « *objectif de modifier le comportement de son destinataire en provoquant le désir d'acheter et de consommer le produit* » présenté. La promotion d'un produit est inhérente à toute démarche publicitaire, et la Cour d'appel estime qu'on ne peut pas « *imposer aux annonceurs de représenter des professionnels grincheux, au physique déplaisant et paraissant dubitatifs sur les qualités des produits à la couleur indéfinissable, afin d'éviter au consommateur toute tentation d'excès* » ¹¹¹. Ainsi, on peut considérer que quand bien même l'idée de promotion des produits doit être limitée pour les publicités relatives à certains produits jugés dangereux, il n'en demeure pas moins que cette idée de promotion existe bel et bien, dans la mesure où les produits sont nécessairement présentés positivement et mis en valeur, afin d'inciter les consommateurs à l'achat. Le Conseil constitutionnel ¹¹² a rappelé que les restrictions apportées par le législateur visent à « *éviter un excès de consommation d'alcool, notamment chez les jeunes* ». Ainsi, les publicités en faveur de l'alcool sont limitées pour respecter cet objectif, ce qui laisse tout de même la place à la création publicitaire. Ainsi, le recours, sur une affiche, à un fond attrayant, n'est pas en soi illicite ¹¹³. De plus, seules les mentions objectives « *doivent être délivrées à des fins informatives et non incitatives* » ¹¹⁴. Ainsi, on peut en déduire que certaines mentions ont une visée informative, mais la publicité dans son ensemble a un caractère promotionnel. En effet, la Cour d'appel de Paris a jugé que la publicité pour l'alcool n'était pas illicite au seul motif qu'elle serait attractive ou qu'elle inciterait à l'achat ou à la consommation de boissons alcoolisées. Seule l'incitation à une consommation excessive contrevient à l'objectif de santé publique de lutte contre l'alcoolisme ¹¹⁵. Elle rappelle que le contenu du message publicitaire ne saurait, par nature, être « *purement informatif* », et précise que « *les mentions ne doivent être purement objectives que lorsqu'elles sont relatives à la couleur, aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit, ce qui laisse la place à l'imagination des*

¹¹⁰ ARCELIN Linda, « Fasc. 792 : Publicité - Règles générales », *JurisClasseur Concurrence - Consommation*, 01/01/2020.

¹¹¹ CA Versailles, 3 avril 2014, RG n° 12/02102.

¹¹² Conseil constitutionnel, 8 janvier 1991, Décision n° 90-283 DC, Point 29.

¹¹³ C.Cass, Crim, 15 mai 2012, n° 11-83.686.

¹¹⁴ TGI Paris, Chambre 4, Section 2, 18 décembre 2014, RG n° 09/03254.

¹¹⁵ C.Cass, Civ 1^{ère}, 1^{er} juillet 2015, n° 14-17.368 : « *L'impression de plaisir qui se dégage de l'ensemble des visuels ne dépasse pas ce qui est nécessaire à la promotion des produits et inhérent à la démarche publicitaire proprement dite, laquelle demeure licite* ».

concepteurs des messages publicitaires lorsque la communication porte sur d'autres éléments de communication, tels que l'origine, la dénomination ou la composition du produit »¹¹⁶. Cependant, cette jurisprudence a été remise en question par la Cour de cassation, qui considère que « *si la publicité pour les boissons alcooliques est licite, elle demeure limitée aux seules indications et références spécifiées à l'article L.3323-4 du Code de la santé publique et présente un caractère objectif et informatif, lequel ne concerne pas seulement les références relatives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit* »¹¹⁷. Cet arrêt est critiquable dans la mesure où le texte prévoit expressément les mentions qui doivent être objectives, de sorte qu'on peut en déduire que les autres mentions peuvent être subjectives. De plus, l'objectivité n'est pas un critère requis pour la publicité, qui est par nature subjective.

2. La réglementation de la publicité du tabac

59. Réglementation - La consommation du tabac est dangereuse pour la santé et peut entraîner des problèmes d'addiction. Ainsi, le législateur a souhaité réglementer strictement la publicité en faveur du tabac et des produits du tabac afin de ne pas inciter à leur consommation. La première loi date du 9 juillet 1976, prise à l'initiative de Simone VEIL¹¹⁸. La loi EVIN est ensuite venue renforcer cette législation¹¹⁹. La législation des Etats membres de l'Union européenne a ensuite été harmonisée par la directive du 26 mai 2003¹²⁰. L'article L.3515-3 du Code de la santé publique interdit la publicité en faveur du tabac ou des produits du tabac. Cette réglementation est beaucoup plus stricte que la publicité en faveur des boissons alcooliques. En effet, les seules exceptions possibles concernent les enseignes des débits de tabac, les affichettes à l'intérieur de ces établissements, et les publications destinées aux professionnels du tabac. La loi précise que la publicité est interdite, qu'elle soit directe ou indirecte. A titre d'exemple, un briquet¹²¹ ou un porte clé en forme de briquet sont considérés comme de la publicité indirecte. On constate que cette interdiction est difficilement respectée¹²². De plus, les paquets de

¹¹⁶ CA Paris, Pôle 2, Chambre 2, 9 mai 2019, RG n° 17/14362 / CA Paris, Pôle 2, 2^{ème} Chambre, 13 décembre 2018, RG n° 17/03352.

¹¹⁷ C.Cass, Civ 1^{ère}, 20 mai 2020, n° 19-12.278.

¹¹⁸ Loi n° 76-616 du 9 juillet 1976 relative à la lutte contre le tabagisme.

¹¹⁹ Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

¹²⁰ Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac.

¹²¹ C.Cass, Crim, 26 mars 1997, n° 95-85.620.

¹²² C.Cass, Crim, 23 novembre 1994, n° 93-82.968 : « *est interdite la diffusion d'une affiche publicitaire relative à une compétition automobile, représentant une voiture de course sur laquelle apparaît la marque d'une*

cigarette doivent indiquer le message de prévention « *Fumer tue* » ou « *Fumer nuit gravement à votre santé et à celle de votre entourage* » (article 9 de l'arrêt du 5 mars 2003). Plusieurs producteurs ont essayé d'atténuer l'effet de ce message sanitaire en le faisant précéder des mots « *Selon la loi* ». La Cour de cassation a jugé que cette mention était illicite¹²³. Le manquement à ces règles est puni d'une amende de 100 000 euros, et peut être portée à 50% des dépenses engagées pour la publicité (article L.3515-3 du Code de la santé publique). Les associations de lutte contre le tabagisme (article L.3515-7 du Code de la santé publique) et les associations de consommateurs (article L.621-1 du Code de la consommation) peuvent engager des actions civiles¹²⁴. Enfin, l'article 4 de la loi du 9 juin 2023 interdit aux influenceurs de faire la promotion de produits de nicotine pouvant être consommés et composés, même partiellement, de nicotine (vapotage, cigarettes électroniques, ...).

60. Le caractère promotionnel de la publicité - La distinction entre l'information et la promotion ressort bien des jurisprudences relatives aux produits du tabac. En effet, la jurisprudence considère que le message publicitaire n'est pas une simple information donnée au consommateur, notamment lorsque l'information porte sur le goût ou les services du produit, ou sur tout autre élément incitatif¹²⁵. Il en va ainsi de l'origine du tabac¹²⁶ ou du procédé de filtration¹²⁷. À l'inverse, les mentions relatives au mode d'emploi du produit échappent à la prohibition car il ne s'agit pas d'une publicité mais d'une simple information. La Cour de cassation relève ainsi que « *les mentions figurant au verso du paquet : "Sachet refermable", "Enlever la paille et la feuille de plastique avant usage", "Facile à rouler", constituent des recommandations et des précisions sur l'utilisation du produit, qu'elles n'entrent pas de ce fait dans la catégorie des mentions prohibées par la loi* »¹²⁸.

De plus, Linda ARCELIN considère que le caractère incitatif ou promotionnel de la publicité n'est pas déterminant, puisque la publicité est avant tout une pratique commerciale (article 2.d) de la directive du 11 mai 2005). Or l'article 3 de la directive de 2005 précise que

cigarette » / C.Cass, Crim, 29 juin 1999, n° 98-81.962 : « *est interdite la publicité pour une montre dont la marque évoque celle d'une cigarette* ».

¹²³ C.Cass, Crim, 15 février 2000, n° 98-87.282.

¹²⁴ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p. 141 et 142.

¹²⁵ C.Cass, Crim, 9 mars 2010, n° 08-88.501 / C.Cass, Crim, 3 novembre 2010, n° 09-88.598 / C.Cass, Crim, 15 décembre 2015, n° 14-87.439.

¹²⁶ C.Cass, Crim, 21 septembre 2010, n° 09-87.957.

¹²⁷ C.Cass, Crim, 23 avril 2013, n° 12-83.244.

¹²⁸ C.Cass, Crim, 15 juin 2011, n° 10-86.995.

« cette directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit ». Par conséquent, si on admet qu'une publicité puisse exister après la conclusion d'un contrat, cela signifie que le caractère promotionnel n'est pas un critère déterminant, puisque le consommateur a déjà acheté le bien ou le service, donc on ne peut pas dire que c'est la publicité qui l'a incité à acheter puisque cette dernière est intervenue postérieurement à cet achat ¹²⁹. Cependant, la Cour de cassation a déjà jugé qu'il y avait publicité, dès lors interdite, par apposition d'un message au dos du paquet de cigarettes, même s'il n'est pas directement visible par le client ¹³⁰. Ainsi, il importe peu que le message publicitaire ne soit connu du fumeur qu'une fois le paquet acheté. Cependant, cette idée que le caractère promotionnel de la publicité n'a pas d'importance une fois la transaction effectuée peut être contestée dans la mesure où cette publicité, intervenue postérieurement, peut toujours inciter le consommateur à renouveler son achat, ou même tenter de nouveaux consommateurs qui verraient cette publicité, par exemple si le paquet de cigarette est jeté sur la voie publique.

§2 - La protection économique des consommateurs

61. Le législateur est intervenu afin de réglementer les publicités en faveur des produits financiers, qui peuvent vite s'avérer économiquement dangereux pour les consommateurs (**A**). La loi du 9 juin 2023 est venue renforcer les règles relatives à la publicité des produits financiers, lorsque la publicité est réalisée par le biais d'influenceurs (**B**). Ces réglementations sont conformes au Droit européen. En effet, le considérant 9 de la directive de 2005 dispose que compte tenu de la complexité et des risques que comportent les services financiers, les Etats membres peuvent « adopter des mesures qui aillent au-delà des dispositions de la présente directive, pour protéger les intérêts économiques des consommateurs ». La directive de 2005 est donc d'harmonisation minimale pour ce qui concerne notamment les produits financiers (article 3.9 de la directive).

¹²⁹ ARCELIN Linda, « Fasc. 792 : Publicité - Règles générales », *JurisClasseur Concurrence - Consommation*, 01/01/2020.

¹³⁰ C.Cass, Civ 2^{ème}, 10 janvier 2008, n° 07-13.116.

A) La réglementation générale de la publicité des produits financiers

62. Réglementation - Dès 2014, l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) a souhaité qu'une disposition législative soit prise afin de réglementer la publicité sur internet. En effet, l'AMF a constaté que le grand public était massivement exposé à des publicités souvent séduisantes et incitatives, qui avaient tendance à vanter des promesses de rendement en réalité irréalistes. Or, les investisseurs non professionnels n'ont pas les connaissances nécessaires pour appréhender ces produits et éviter les pertes. Ainsi, de nombreux épargnants ont déposé plainte auprès de l'AMF après avoir perdu de nombreuses sommes d'argent en réalisant des investissements sur des plateformes internet proposant des instruments financiers hautement spéculatifs. Il était donc nécessaire de réglementer la publicité sur ces produits afin de limiter l'accès des particuliers à ces outils très spéculatifs ¹³¹. La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin II ¹³² a ainsi introduit un nouvel article dans le Code monétaire et financier, afin de protéger les consommateurs. L'article L.533-12-7 du Code monétaire et financier interdit aux prestataires de services d'investissement d'adresser des « *communications à caractère promotionnel* » dont « *le risque maximal n'est pas connu au moment de la souscription* », dont « *le risque de perte est supérieur au montant de l'apport financier initial* », ou dont « *le risque de perte rapporté aux avantages éventuels correspondants n'est pas raisonnablement compréhensible au regard de la nature particulière du contrat financier proposé* ». L'article précise que cette interdiction ne s'applique pas aux « *informations publiées* » sur le site internet des prestataires de services d'investissement. On peut d'ores et déjà remarquer que cet article distingue très clairement les communications à caractère promotionnel des informations. En effet, la réglementation s'applique uniquement aux communications à caractère promotionnel, c'est-à-dire aux publicités, et non aux simples informations publiées sur le site internet des prestataires de services d'investissement. Ce même article a été ajouté dans le Code de la consommation ¹³³ et concerne tous les acteurs qui interviennent dans la diffusion d'une publicité (régies publicitaires, agences conseils, intermédiaires, ...). Afin d'éviter les contournements, la loi vise toutes les publicités, qu'elles soient directes ou indirectes. De plus, la loi vise toutes les publicités par voie électronique, ce qui comprend les communications audiovisuelles (radio,

¹³¹ AMF, « Trading spéculatif sur internet : l'interdiction de la publicité des produits les plus risqués » : https://www.amf-france.org/sites/institutionnel/files/resource/20170110_slides_ppinterdictionpub%20pdf.pdf.

¹³² Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

¹³³ Article L.222-16-1 du Code de la consommation.

télévision, ...) et téléphoniques, les communications en ligne (bannières mobiles, population-up, ...), les communications diffusées sur les réseaux sociaux, les liens sponsorisés des moteurs de recherche, ... Cependant sont exclues de cette interdiction les communications par voie d'affichage ou de presse écrite. Enfin, seules les communications susceptibles d'atteindre des clients non professionnels, notamment des clients potentiels, sont interdites. Ainsi, une publicité qui s'adresse uniquement à des clients professionnels est autorisée.

Cet article du Code monétaire et financier renvoie au règlement général de l'AMF afin de déterminer les contrats dont la publicité est interdite. Le 1^{er} août 2016, l'AMF a donc lancé une consultation publique afin d'interroger les différentes parties prenantes quant à la modification de son règlement général. Ainsi, l'article 314-7 du règlement général de l'AMF précise les contrats financiers dont la publicité est interdite. Il s'agit des options binaires, des contrats financiers avec paiement d'un différentiel (CFD) (à l'exclusion des CFD qui bénéficient d'une protection intrinsèque permettant de limiter la perte de l'investisseur au montant qu'il a investi), et du marché des changes (FOREX). Il convient de préciser que les critères énoncés par la loi et ceux énoncés par le règlement général de l'AMF sont cumulatifs. A titre d'exemple, les options binaires tombent sous le coup de l'interdiction de publicité car elles correspondent à la fois à la première catégorie des contrats visés par le règlement général de l'AMF et au troisième critère légal du fait de la complexité de compréhension des mécanismes qu'elles induisent ¹³⁴.

63. *Contrôle et sanctions* - Le respect de cette interdiction est contrôlé par l'AMF ainsi que par l'ARPP qui contrôle toutes les publicités télévisées avant leur diffusion. De plus, l'AMF et la DGCCRF pourront prononcer des sanctions administratives, à l'encontre des acteurs de la chaîne publicitaire (DGCCRF) et des prestataires ne respectant pas leurs obligations professionnelles (AMF) ¹³⁵. Depuis l'entrée en vigueur de la loi, l'AMF a constaté que les publicités interdites avaient quasiment disparues. Cependant en réalité, on constate que ce type de publicité se déplace vers de nouveaux médias, notamment sur les réseaux sociaux.

¹³⁴ AMF, « Questions-Réponses - Interdiction des communications à caractère promotionnel relatives à la fourniture de services d'investissement portant sur certains contrats financiers », Position AMF, Doc-2017-01.

¹³⁵ AMF, « Trading spéculatif sur internet : l'interdiction de la publicité des produits les plus risqués », Point presse pédagogique, 10 janvier 2017.

B) La réglementation de la publicité des produits financiers par les influenceurs

64. Contexte de la réglementation - Le 7 septembre 2023, l'AMF et l'ARPP ont annoncé le lancement d'un certificat de l'influence responsable option « publicité financière », afin d'informer les influenceurs des règles applicables à la publicité des produits financiers. Ce certificat fait suite à l'adoption de la loi du 9 juin 2023¹³⁶, qui vient combler les lacunes des législations actuelles que les autorités Françaises ne parvenaient pas à faire respecter, notamment sur les réseaux sociaux. En effet jusqu'à présent, il n'existait aucun cadre spécifique de l'activité d'influence commerciale. On appliquait donc les règles du Droit commun (Code civil), du Droit de la consommation et du Droit commercial, mais ces règles n'étaient pas toujours adaptées aux spécificités des réseaux sociaux, et n'étaient pas toujours connues des influenceurs. On peut penser évidemment à Nabilla qui, en 2018, a été condamnée à une amende de 20 000 euros pour pratiques commerciales trompeuses après avoir vanté les mérites d'une plateforme de cryptomonnaies sur Snapchat. En effet, elle affirmait qu'il n'y avait aucun risque, et elle promettait même des rendements allant jusqu'à 80%¹³⁷. Ainsi on constate que des influenceurs, notamment issus de la télé-réalité, sans aucune compétence économique, font la promotion de produits financiers très risqués, et parfois même de produits financiers interdits (FOREX, CFD, ...). La loi vise donc à mieux protéger les consommateurs, notamment en interdisant la promotion, qu'elle soit directe ou indirecte, de certains produits financiers.

65. Réglementation - L'article 4 de la loi du 9 juin 2023 dresse la liste des produits et des services financiers qui ne doivent pas faire l'objet d'une publicité par des influenceurs. On retrouve tout d'abord les interdictions prévues par la loi Sapin II (options binaires, CFD et FOREX). Ensuite, la loi interdit la publicité pour la fourniture de services sur actifs numériques (réception et transmission d'ordres sur actifs numériques pour le compte de tiers, gestion de portefeuille d'actifs numériques pour le compte de tiers, ...), à l'exception de ceux pour la fourniture desquels l'annonceur a fait l'objet d'un enregistrement ou d'un agrément. De même, la loi interdit la publicité pour les offres au public de jetons, sauf lorsque l'annonceur a obtenu un visa de l'AMF. Enfin, la loi interdit la publicité pour les actifs numériques, sauf lorsque

¹³⁶ Loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux.

¹³⁷ DGCCRF, Communiqué de presse, « Paiement d'une amende de 20 000€ par l'influenceuse Nabilla BENATTIAVERGARA, pour pratiques commerciales trompeuses sur les réseaux sociaux », 28 juillet 2021 : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/communiqu/2021/cp-nabilla-benattia-vergara.pdf.

l'entreprise est agréée par l'AMF et enregistrée comme prestataire de services sur actifs numériques (PSAN). En cas de non-respect de ces interdictions, les influenceurs s'exposent à une amende de 100 000 euros. Cette loi présente un intérêt tout particulier puisqu'elle s'applique également aux influenceurs basés à l'étranger (Dubai, Chypre, ...) dès lors qu'ils s'adressent à un public français.

66. Conclusion - Ainsi on le voit que, selon les intérêts en jeu, la définition de la publicité posée par les textes est plus ou moins large. La liberté de création des publicitaires est souvent restreinte par le législateur, afin de protéger la santé publique ou les intérêts économiques des consommateurs. Cependant, cela n'enlève pas à la publicité son caractère promotionnel, puisque bien que la publicité soit moins attractive qu'une publicité classique dans ces secteurs réglementés, la publicité poursuit toujours un but promotionnel. En effet, la publicité ne doit pas obligatoirement être neutre, mais doit simplement ne pas être trop attractive afin de ne pas inciter les consommateurs à une surconsommation de certains produits pouvant être dangereux. Au-delà de l'application de ces différentes législations, l'identification de la publicité présente un enjeu de transparence puisque les publicités doivent être identifiées comme telles afin d'informer les consommateurs du caractère publicitaire du message.

Chapitre 2 : L'enjeu de transparence : l'obligation transversale d'identification du caractère publicitaire de la publicité

67. Dans un souci de transparence vis-à-vis des consommateurs, les publicités doivent être clairement identifiées comme telles. Cela permet aux consommateurs de bien distinguer ce qui relève d'une information objective, de ce qui relève de la publicité, par nature subjective. Le législateur n'a pas posé expressément de principe général d'identification de la publicité. En effet, les règles divergent selon les supports publicitaires utilisés. De plus, il convient de constater que cette obligation d'identification pèse sur différents acteurs (annonceur, plateforme, régie publicitaire, éditeur de presse, ...). Il est par conséquent difficile de s'y retrouver parmi toutes ces législations. Certaines législations posent des obligations d'identification de manière générale (**Section 1**), tandis que d'autres posent des obligations d'identification plus spécifiques selon le support utilisé (**Section 2**).

Section 1 : Des obligations d'identification générales pesant sur l'annonceur

68. L'annonceur a l'obligation d'identifier le caractère publicitaire de son message. Cela signifie que les consommateurs doivent savoir si le contenu qui leur est présenté est ou non une publicité. La publicité étant une pratique commerciale, le manquement à cette obligation d'identification pourrait être sanctionné sur le fondement des pratiques commerciales déloyales. Néanmoins, il convient de constater que le régime des pratiques commerciales n'est pas spécifique à la publicité et n'impose pas en tant que tel une obligation d'identification (§1). D'autres dispositions générales législatives et déontologiques sont ainsi venues compléter le régime des pratiques commerciales déloyales en imposant une obligation d'identification du caractère publicitaire du message (§2).

§1 - Le caractère insuffisant du régime général des pratiques commerciales déloyales

69. De manière très générale, le régime des pratiques commerciales déloyales peut permettre de sanctionner le défaut d'identification du caractère publicitaire du message, mais ce régime n'est pas spécifique à la publicité (§1). De manière un peu plus précise, l'annexe I de la directive de 2005 dresse la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. L'absence d'identification du caractère publicitaire du message pourrait également être sanctionné sur le fondement de certaines de ces pratiques, mais celles-ci restent insuffisantes et ne permettent pas de sanctionner systématiquement le défaut d'identification du caractère publicitaire du message (§2). Le régime des pratiques commerciales déloyales est issu de la directive européenne du 11 mai 2005¹³⁸. Les pratiques commerciales trompeuses font l'objet de contrôles de la part de la DGCCRF et peuvent être punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros. Dans certains cas, le montant de l'amende peut également être majorée afin de dissuader les entreprises (article L.132-2 du Code de la consommation).

¹³⁸ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

A) Les pratiques commerciales déloyales : un régime très général mais non spécifique à la publicité

70. Le défaut d'identification du caractère publicitaire du message pourrait être sanctionné au titre de la clause générale de déloyauté (1), et au titre des pratiques commerciales trompeuses par action et par omission (2).

1. La clause générale de déloyauté

71. L'article L.121-1 du Code de la consommation dispose que « *Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service* ». Ainsi, cet article pose deux conditions pour qu'une pratique soit jugée déloyale.

La directive de 2005 définit la diligence professionnelle comme « *le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité* » (article 2.h) de la directive). Il convient dès lors de s'interroger sur le fait de savoir si le manquement du professionnel à son obligation d'identification du message publicitaire est contraire aux exigences de la diligence professionnelle. Compte tenu du fait qu'il s'agit d'une obligation pour le professionnel d'informer les consommateurs du caractère publicitaire de ses communications, il semblerait qu'un tel manquement soit contraire aux exigences de la diligence professionnelle, dans la mesure où en n'indiquant pas la nature publicitaire, le professionnel n'a pas agi conformément aux pratiques de marché honnêtes.

De plus, pour que la pratique soit déloyale, les juges doivent déterminer si l'absence d'identification claire de l'auteur de la publicité est de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur ¹³⁹. En ce sens, la Cour de cassation considère que l'absence d'identification claire d'un référencement prioritaire est susceptible d'altérer de

¹³⁹ C.Cass, Com, 29 septembre 2015, n° 14-13.472.

manière substantielle le comportement économique du consommateur « *qui est orienté d'abord vers les produits et offres des e-marchands payants et ne dispose pas ainsi de critères objectifs de choix* »¹⁴⁰. Ainsi, l'absence d'identification de la nature publicitaire de la communication semble être de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur, dans la mesure où le consommateur pense recevoir une information objective alors qu'il s'agit en réalité d'une publicité qui est par nature subjective et incite le consommateur à acheter le bien ou le service. Le consommateur sera donc, sans en avoir vraiment conscience, incité à acheter le produit ou le service présenté.

2. Les pratiques commerciales trompeuses

72. L'action trompeuse - L'article L.121-2 du Code de la consommation dispose qu'une pratique commerciale est trompeuse « *lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable* ». Cet article n'est pas spécifique à la publicité, mais pourrait trouver à s'appliquer si le caractère publicitaire du message n'est pas clairement indiqué. En effet, pour que la publicité ne soit pas trompeuse, le professionnel à l'origine de la publicité doit être clairement identifiable. Néanmoins, cet article n'impose pas en tant que tel d'indiquer le caractère publicitaire du message, mais impose simplement d'identifier le professionnel à l'origine de la publicité. Les consommateurs doivent ainsi être en mesure de savoir qui est à l'origine de la communication commerciale, ce qui indirectement impose au professionnel d'indiquer la nature publicitaire de son message. En effet, les consommateurs ne doivent pas penser que le message émane d'un tiers et aurait ainsi un caractère informatif. Les consommateurs doivent au contraire être certains que c'est le professionnel qui est à l'origine du message, et en déduire ainsi que ce dernier a un caractère publicitaire puisque l'information délivrée par le professionnel lui-même ne peut être que subjective lorsqu'il cherche à promouvoir son produit ou son service.

Néanmoins, pour être qualifiée de trompeuse, la pratique doit amener ou être susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement¹⁴¹. Ainsi, il convient de s'interroger sur la question de savoir si l'absence d'identification du professionnel à l'origine de la publicité est susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur. Il semblerait que oui dans la mesure où cela

¹⁴⁰ C.Cass, Com, 4 décembre 2012, n° 11-27.729.

¹⁴¹ Article 6 de la directive de 2005.

modifie la perception du message par le consommateur. En effet, lorsque le consommateur sait que c'est le professionnel lui-même qui est à l'origine du message publicitaire, il sera plus attentif et plus réservé dans la mesure où il sait que l'information délivrée est subjective. A l'inverse, si le professionnel n'est pas identifié, le consommateur peut penser que le message provient d'un tiers neutre, et sera par conséquent davantage incité à acheter le produit ou le service car l'information lui paraîtra fiable. Le consommateur fait ainsi la distinction entre l'information délivrée par un tiers et la publicité présentée par un professionnel.

73. L'omission trompeuse - L'article L.121-3 du Code de la consommation dispose que « Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent [...] elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte ». La publicité se fait dans un but commercial, puisque l'objectif de la publicité est de promouvoir un produit ou un service. Ainsi, si le professionnel à l'origine de la communication n'indique pas que cette dernière a une visée commerciale, il pourra être sanctionné pour omission trompeuse, à moins que la nature publicitaire du message ressorte du contexte. A titre d'exemple, il n'y a pas toujours la mention « Publicité » sur les affiches publicitaires apposées dans les souterrains du métro ou sur les panneaux « d'affichage libre », mais la nature publicitaire de ces messages ressort du contexte, et les consommateurs savent qu'il s'agit de publicités. De plus, l'absence d'identification du caractère commercial d'une communication est bien susceptible d'amener le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

B) Les pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances : un régime ne permettant pas de couvrir toutes les formes de publicité

74. La directive de 2005 a fixé la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cela signifie que pour qualifier la pratique commerciale de déloyale, il n'est pas nécessaire de vérifier que cette pratique altère ou est susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur. Cette liste est reprise à l'article L.121-4 du Code de la consommation. Les pratiques figurant au 11° (1) et au 21° (2) de cet article peuvent permettre de sanctionner l'annonceur en cas de manquement à l'obligation d'identification du caractère publicitaire du message.

1. L'article L.121-4, 11° du Code de la consommation

75. L'article L.121-4 du Code de la consommation transpose la liste noire des pratiques réputées trompeuses en toutes circonstances figurant à l'annexe I de la directive de 2005. Le point 11 de cet article dispose qu'est réputé trompeur le fait « *d'utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit ou d'un service alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur* ».

La CJUE a une vision large de la notion de « *financement* ». En effet, elle précise que « *la promotion d'un produit par la publication d'un contenu rédactionnel est « financée » par un professionnel, au sens de cette disposition, lorsque ce professionnel fournit une contrepartie ayant une valeur patrimoniale pour cette publication, que cela soit sous la forme du versement d'une somme d'argent ou sous toute autre forme, dès lors qu'il existe un lien certain entre le financement ainsi accordé par ledit professionnel et ladite publication. Tel est notamment le cas de la mise à disposition gratuite par le même professionnel d'images protégées par des droits d'utilisation, sur lesquelles sont visibles les locaux commerciaux et des produits commercialisés par celui-ci* »¹⁴².

76. Cette disposition régleme la pratique des publi-rédactionnels / publi-communiés qui consiste à présenter une annonce publicitaire en presse papier ou sur internet, sous la forme d'un contenu éditorial. Lorsque le format publi-rédactionnel prend la forme spécifique d'un reportage « terrain » on parle de publi-reportage. D'ailleurs, la directive de 2005 précisait que la règle s'appliquait aux publi-reportages, précision que le Droit interne n'a pas reprise. L'objectif de cette méthode marketing est de créer une confusion entre le contenu publicitaire et le contenu éditorial, afin d'attirer l'attention des lecteurs et de rendre la publicité plus crédible. En effet, la publicité s'intègre dans le support d'information, et emprunte généralement les mêmes codes qu'un article rédactionnel, notamment en termes de mise en page (police d'écriture, disposition, ...) et de style d'écriture. Ce type de publicité permet aux professionnels de présenter leurs produits de façon plus approfondie et plus détaillée qu'une publicité classique, et de transmettre des informations utiles (conseils, bons de réduction, ...) qu'une publicité traditionnelle ne permet pas toujours compte tenu de la limite d'espace et de

¹⁴² CJUE, 2 septembre 2021, Affaire n° C-371/20, *Peek & Cloppenburg*.

temps ¹⁴³. Les publi-communiés rendent la campagne publicitaire plus efficace, et aident la marque à améliorer son image en apportant une véritable valeur ajoutée informative ¹⁴⁴. Néanmoins, même s'ils se présentent sous la forme d'une information, les publi-communiés restent des publicités, et doivent par conséquent respecter les différentes règles relatives à la publicité, et notamment l'obligation d'identification du message publicitaire. Le risque du publi-rédactionnel est de créer une confusion dans l'esprit du consommateur qui pourrait croire qu'il s'agit d'une simple information et non d'une publicité. Par conséquent, les règles d'identification du message publicitaire doivent être plus sévèrement appliquées puisque le risque de confusion est plus grand que pour des publicités classiques auxquelles les consommateurs sont confrontés quotidiennement. Le fait de ne pas mentionner clairement qu'il s'agit d'une publicité est une pratique réputée trompeuse. A titre d'exemple, le Tribunal de commerce de Paris a jugé que « *en donnant toute l'apparence d'une enquête effectuée par un journaliste, la société France Télécom a manifestement cherché à induire en erreur le « lecteur-consommateur » sur le caractère informationnel et objectif du document entretenant la confusion avec un article de presse* » ¹⁴⁵.

Cet article pose une obligation d'identification du message publicitaire pour les professionnels, mais il ne s'agit pas d'une obligation générale dans la mesure où cet article s'applique uniquement aux « *contenus rédactionnels dans les médias* ». Ainsi, les publicités à la télévision, à la radio, ou encore par des influenceurs ne rentrent pas dans le champ d'application de cet article.

2. L'article L.121-4, 21° du Code de la consommation

77. Le point 21 de l'article L.121-4 du Code de la consommation dispose qu'est réputé trompeur le fait de « *de faussement affirmer ou donner l'impression que le professionnel n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ou de se présenter faussement comme un consommateur* ». Cette règle n'est pas propre à la publicité, mais pourrait avoir vocation à s'appliquer si le professionnel n'indique pas la nature publicitaire de son message. En effet, une publicité est une communication qui se

¹⁴³ Définition marketing : <https://www.definitions-marketing.com/definition/publi-redactionnel/>.

¹⁴⁴ Ipresso « C'est quoi un publi-reportage ? », Communiqué de presse : <https://www.ipresseo.com/publireportage/>.

¹⁴⁵ T. Com, Paris, Chambre 12, 15 janvier 2002, *SA UPC France c/ SA France Télécom*, RG n° 2001060320 *JurisData* n° 2002-171955.

fait dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ¹⁴⁶. Ainsi, si le professionnel n'indique pas la nature publicitaire de sa communication, indirectement cela peut laisser croire qu'il n'agit pas dans le cadre de son activité professionnelle. De même, si un professionnel réalise une publicité en se faisant passer pour un consommateur qui raconte son expérience vis-à-vis du produit ou du service, le professionnel pourra être sanctionné au titre des pratiques commerciales réputées trompeuses s'il n'indique pas qu'il s'agit d'une publicité, puisque dans ce cas il se présenterait faussement comme un consommateur.

§2 - Des dispositions légales et éthiques disparates

78. Le régime des pratiques commerciales déloyales ne pose pas expressément d'obligation d'identification du caractère publicitaire du message, mais peut être utilisé pour sanctionner son défaut d'identification. Certains textes légaux (1) et déontologiques (2) ont ainsi imposés, de manière relativement générale, une obligation d'identification du caractère publicitaire du message. Cependant ces dispositions, bien que générales, ne permettent pas de sanctionner systématiquement le défaut d'identification de la publicité.

A) Des dispositions légales

79. *Les publicités diffusées par voie électronique* - L'article 20 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) ¹⁴⁷ qui transpose l'article 6.a) de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique ¹⁴⁸ dispose que « *Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée* ». Cet article impose aux messages diffusés par voie électronique d'être clairement distingués des informations non commerciales, et impose également de mentionner l'annonceur pour le compte duquel la publicité est réalisée. Cela permet au destinataire de la publicité d'identifier qu'il s'agit d'une publicité avant même d'ouvrir le courrier électronique, et lui permet également de mettre en place un système de filtrage pour bloquer les courriers publicitaires avant qu'ils n'arrivent dans

¹⁴⁶ Article 2.a) de la directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006.

¹⁴⁷ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

¹⁴⁸ 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 »).

sa messagerie ¹⁴⁹. Cette obligation concerne également les messages qui, présentés comme anodins, cachent en réalité une démarche publicitaire, et sont souvent présents par exemple dans les forums de discussions sur internet. Cette obligation d'identification est essentielle sur internet car les internautes ne savent pas toujours si le contenu qui leur est présenté poursuit une finalité commerciale ou non. Néanmoins, pour certaines formes de publicité telles que les bannières ou encore les « *pop-up* », les internautes savent qu'il s'agit de publicités. Le caractère publicitaire de ces modes de sollicitation est alors clairement identifiable ¹⁵⁰.

80. *Sanctions* - L'article 20 de la LCEN ne prévoit pas de sanctions pénales en cas de manquement à cette obligation d'identification, mais semblait renvoyer aux sanctions applicables à la publicité trompeuse. En effet, l'article 21 de la LCEN a inséré dans le Code de la consommation l'ancien article L.121-15-1 obligeant les publicités diffusées par voie électronique à être identifiables et transparentes. L'ancien article L.121-15-3 du Code de la consommation prévoyait que le manquement à cette disposition était passible des sanctions prévues pour la publicité trompeuse. Cependant, l'ordonnance de recodification du 14 mars 2016 ¹⁵¹ a renuméroté ces différents articles et leur a consacré une section spécifique. Cette obligation d'identification figure donc désormais à l'article L.122-8 du Code de la consommation. De plus, alors que le manquement à cette obligation d'identification était passible des sanctions prévues pour la publicité trompeuse, la loi du 17 mars 2014 ¹⁵² s'est contentée de sanctions administratives, refusant d'aligner les sanctions sur celles des pratiques commerciales trompeuses, aujourd'hui lourdement sanctionnées. Ainsi désormais, l'article L.132-26 du Code de la consommation prévoit que le manquement à cette obligation d'identification est passible d'une amende administrative de 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale. Les infractions sont néanmoins recherchées et constatées dans les mêmes conditions que pour la publicité trompeuse ¹⁵³.

¹⁴⁹ En ce sens, l'article D1 du Code ICC précise que « *Lorsqu'une communication commerciale numérique est individuellement adressée à un consommateur, l'objet du message et le contexte doivent faire clairement apparaître sa nature commerciale. L'objet du message ne doit pas induire en erreur et la nature commerciale de la communication ne doit pas être dissimulée* ».

¹⁵⁰ FOUCHER Patricia, INC Document, Etude Juridique, « La publicité en ligne », *INC Hebdo*, n° 1322, 29 novembre - 5 décembre 2004.

¹⁵¹ Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation.

¹⁵² Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (« loi Hamon »).

¹⁵³ PICOD Nathalie, PICOD Yves, « Droit de la consommation », *Sirey Université*, 6^e édition, 2023.

B) Des dispositions déontologiques

81. L'autorégulation publicitaire a instauré une obligation d'identification du caractère publicitaire du message. Cette obligation ressort des différentes recommandations déontologiques et notamment du Code ICC et des recommandations de l'ARPP (1). Cependant, contrairement aux dispositions légales, il s'agit de « *soft law* », de sorte que le manquement à ces règles ne sera pas sanctionné par les juges, mais pourra être sanctionné par le Jury de déontologie publicitaire (JDP) (2).

1. Les recommandations déontologiques

82. *Le Code ICC* - L'article 9 du Code ICC dispose que « *Les communications commerciales doivent être clairement identifiables en tant que telles, quelle que soit leur forme et quel que soit le support utilisé. Lorsqu'une publicité est diffusée dans des médias qui comportent également des informations ou des articles rédactionnels, elle doit être présentée de telle sorte que son caractère publicitaire apparaisse instantanément et l'identité de l'annonceur doit être apparente. La communication commerciale ne doit pas masquer leur finalité commerciale réelle. Une communication destinée à promouvoir la vente d'un produit ne doit donc pas être présentée comme une étude de marché, une enquête de consommation, un contenu généré par les utilisateurs, un blog privé ou un avis indépendant* ». Le Code ICC est le Code de la Chambre de commerce internationale. Il s'agit d'une référence mondiale dans le domaine de l'autorégulation publicitaire. Développé par des experts du monde entier, il constitue la pierre angulaire de la plupart des systèmes d'autorégulation dans le monde. Le Code ICC vise à protéger les consommateurs en énonçant les bonnes pratiques à adopter en matière de *marketing* responsable afin d'assurer des communications et des pratiques légales, honnêtes, décentes et véridiques ¹⁵⁴.

Cet article précise que toutes les publicités, quelle que soit leur forme et le support utilisé doivent être clairement identifiables, c'est-à-dire que les consommateurs doivent être en mesure de comprendre qu'il s'agit d'une publicité. La finalité commerciale de la communication doit être bien apparente, et les consommateurs ne doivent pas pouvoir confondre la publicité avec

¹⁵⁴ MARTIN Stéphane, Directeur Général de l'ARPP, « Code ICC Publicité et communications commerciales : 10^{ème} actualisation », *Échanges internationaux* n° 113, Janvier 2019.

un autre type de communication. Il convient de remarquer que le Code ICC insiste surtout sur le fait que la publicité ne doit pas créer un risque de confusion dans l'esprit du consommateur avec un autre type de communication. Le Code ICC précise, de manière non exhaustive, les différentes communications susceptibles d'être traditionnellement confondues avec des publicités.

83. La recommandation « Identification de la publicité et des communications commerciales » de l'ARPP - La recommandation de l'ARPP reprend ce qui est prévu par le Code ICC. En effet, la recommandation « *Identification de la publicité et des communications commerciales* » de l'ARPP précise que « *Afin de répondre au principe de bonne information du consommateur, la publicité doit pouvoir être clairement identifiée comme telle, et ce quelle que soit la forme sous laquelle elle se présente et quel que soit le support de communication utilisé. Cette identification peut se faire par tout moyen nettement perceptible permettant de rendre d'emblée non équivoque pour le public la nature publicitaire du message. Tout annonceur, émetteur d'une campagne de communication publicitaire doit être aisément identifiable* ». Même si le résultat visé est le même, on peut constater une différence d'approche entre l'ARPP et le Code ICC. En effet, alors que le Code ICC mettait en avant le risque de confusion entre la publicité et les autres types de communication, la recommandation de l'ARPP met en avant l'objectif de bonne information du consommateur. La recommandation insiste sur le fait que la nature publicitaire du message doit être évidente pour le consommateur, c'est-à-dire que ce dernier ne doit pas avoir à se poser la question de savoir s'il s'agit ou non d'une publicité, cette question ne doit même pas lui traverser l'esprit puisque le caractère publicitaire est évident.

84. La recommandation « Communication publicitaire numérique » de l'ARPP - La recommandation « *Communication publicitaire numérique* » de l'ARPP s'applique aux publicités communiquées par voie numérique autres que celles diffusées dans le cadre de services de radio et de télévision. Cette recommandation concerne également les publicités diffusées sur le site de l'annonceur. La recommandation distingue deux cas de figure, selon que le caractère publicitaire du message est manifeste ou non. Ainsi, lorsque le caractère publicitaire du message est manifeste, il n'est pas nécessaire de prévoir d'éléments supplémentaires d'identification. C'est notamment le cas lorsque l'annonceur recourt à un format publicitaire usuellement utilisé par la profession, ou que le contenu du message ne laisse pas de doute sur son caractère publicitaire. A l'inverse, lorsque le caractère publicitaire du message ne se

manifeste pas clairement, l'ARPP recommande d'adjoindre une indication explicite permettant d'identifier la publicité comme telle. De plus, la recommandation rappelle que les présentations publicitaires ne doivent pas créer de confusion chez le public quant à la nature du message reçu.

85. *Sanctions* - Le Code ICC et la recommandation de l'ARPP constituent des règles de Droit souple, et ne sont donc accompagnées d'aucune sanction. Ces règles sont élaborées en concertation avec la société civile, et visent à responsabiliser les professionnels. Néanmoins, l'ARPP peut contrôler le respect de ces règles et peut « sanctionner » les professionnels par le biais du « *name and shame* ». En effet, le Jury de déontologie publicitaire (JDP), lorsqu'il est saisi de plaintes, contrôle le respect de la publicité au regard des règles déontologiques de l'ARPP, et publie ensuite les avis sur son site internet. Ces avis peuvent également donner lieu à un communiqué de presse voire à une communication sur les réseaux sociaux. Les avis rendus ne sont pas contraignants, mais le « *name and shame* » est important pour les entreprises qui n'ont pas envie d'être « épinglées » par le jury pour un manquement déontologique, afin de préserver leur image de marque.

2. Un contrôle par le Jury de déontologie publicitaire

86. Le Jury de déontologie publicitaire s'est prononcé à plusieurs reprises sur le manquement à l'obligation d'identification de la publicité. En effet, le JDP a sanctionné de nombreux annonceurs qui utilisaient une présentation qui laissait penser au consommateur qu'il s'agissait d'une information officielle ou d'une facture à régler. Les annuaires professionnels font l'objet de plusieurs avis du JDP pour manquement à l'obligation d'identification du caractère publicitaire. A titre d'exemple on peut citer un avis du JDP concernant un annuaire d'entreprises, pour lequel le JDP considère que la société ne respecte pas les principes déontologiques relatifs à l'identification de la publicité puisque « *le document publicitaire diffusé par la société A, se présentant dans sa forme et son contenu de façon identique à une facture, ne permet pas au destinataire d'en déceler le caractère publicitaire. Comportant en outre une demande de paiement, exprimée de façon impérative, et d'une somme dont le montant est chiffré, ce document est de nature à induire une confusion dans l'esprit de ses destinataires et à les inciter à payer une somme qu'ils pensent obligatoire, alors que l'inscription à ce répertoire ne l'est aucunement* »¹⁵⁵. Le jury considère également que « *les mentions ajoutées*

¹⁵⁵ JDP, Avis n° 227/12, Annuaire d'entreprises - Plainte fondée.

*en très petits caractères sur le document selon lesquelles « ce document ne constitue pas une facture ... cette offre est facultative » ne sauraient constituer une clarification de nature à éviter toute méprise »*¹⁵⁶. Ainsi, on constate que le Jury a tendance à être assez sévère sur l'obligation d'identification, puisque même s'il est bien précisé que le document n'est pas une facture, la présentation du document publicitaire pouvait donner l'impression qu'il s'agissait d'une facture, ce qui entraînait une confusion dans l'esprit du consommateur moyen. En effet, la nature publicitaire de la communication doit paraître évidente dès le départ pour le consommateur, qui ne doit pas avoir à se poser de questions. Au lieu d'indiquer que le document ne constituait pas une facture, l'annonceur aurait dû indiquer qu'il s'agissait d'une publicité, puisque la simple indication qu'il ne s'agit pas d'une facture ne permet pas aux consommateurs de connaître la nature de la communication.

87. Il convient de noter que la confusion de la publicité avec des documents officiels peut également constituer une infraction pénale. En effet, la Cour de cassation a sanctionné sur le fondement de l'article 444-5 du Code pénal le directeur d'un magazine pour avoir déposé sur les pare-brises des véhicules des tracts publicitaires sous forme de contravention. Le recto du tract publicitaire présentait les imprimés officiels utilisés pour verbaliser les conducteurs¹⁵⁷.

88. Conclusion - Ainsi, il existe des réglementations générales qui permettent de sanctionner le défaut d'identification du caractère publicitaire. Cependant, ces réglementations ne sont pas suffisantes puisque, bien que leur champ d'application soit général, elles ne permettent pas de sanctionner systématiquement tous les manquements à cette obligation d'identification. Les réglementations les plus générales sont les réglementations déontologiques. Cependant, étant donné qu'il s'agit de Droit souple, le manquement à ces recommandations ne pourra pas faire l'objet de sanctions pénales ou administratives. Il est donc nécessaire de compléter ces réglementations avec des réglementations plus spécifiques en fonction des supports publicitaires.

¹⁵⁶ JDP, Avis n° 50/10, Annuaire professionnel - Plainte fondée / JDP, Avis n° 58/10, Annuaire professionnel - Plainte fondée / ...

¹⁵⁷ C.Cass, Com, 9 mars 2004, n° 03-83.081.

Section 2 : Des obligations d'identification spécifiques pesant sur les intermédiaires

89. La publicité est généralement diffusée par un intermédiaire, que ce soit à la télévision, à la radio, dans la presse, sur une plateforme, ... Ainsi, certaines règles imposent aux intermédiaires d'identifier le caractère publicitaire du message. Lorsque la publicité est diffusée par l'intermédiaire d'une plateforme, on constate que cette obligation est partagée entre l'annonceur et l'intermédiaire (§1). Pour ce qui concerne les médias plus traditionnels tels que la télévision et la presse écrite, ces obligations d'identification pèsent sur les intermédiaires, à savoir les régies publicitaires et les éditeurs de presse (§2).

§1 - La publicité sur les plateformes : une obligation d'identification partagée entre la plateforme et l'annonceur

90. Lorsque la publicité est diffusée sur une plateforme, l'obligation d'identification du caractère publicitaire du message est partagée entre l'annonceur et la plateforme. En effet, la plateforme a une obligation de forme, puisqu'elle doit tout mettre en œuvre pour permettre à l'annonceur d'indiquer la nature publicitaire de son message (A). L'obligation de fond pèse ensuite généralement sur l'annonceur (B).

A) Une obligation de forme pesant sur la plateforme

91. Le règlement européen du 19 octobre 2022 relatif au marché unique des services numériques (DSA)¹⁵⁸ a imposé aux plateformes une obligation de transparence des publicités diffusées (1). Cependant, la loi du 9 juin 2023 relative aux influenceurs est venue renforcer ces obligations (2).

¹⁵⁸ Règlement 2022/2065 du 19 octobre 2022 relatif au marché unique des services numériques (DSA).

1. Des obligations de forme pesant sur les plateformes au titre du DSA

92. Définition de la publicité - L'article 3.r) du DSA définit la publicité comme toutes « informations destinées à promouvoir le message d'une personne physique ou morale, qu'elles aient des visées commerciales ou non commerciales, et présentées par une plateforme en ligne sur son interface en ligne, moyennant rémunération, dans le but spécifique de promouvoir ces informations ». Cette définition se distingue des autres définitions de la publicité puisqu'elle n'impose pas que la publicité poursuive un but commercial. En effet, le DSA reprend l'idée selon laquelle la publicité est avant tout un acte de promotion, mais le but commercial est indifférent. Ainsi, une information promotionnelle qui ne poursuivrait aucun but commercial serait considérée comme une publicité au sens du DSA. On retrouve également l'idée selon laquelle la publicité doit être diffusée moyennant rémunération, ce qui signifie que les annonceurs doivent payer la plateforme en ligne pour que leur publicité soit diffusée sur l'interface de la plateforme.

93. L'obligation de transparence des publicités sur les plateformes en ligne - L'article 26, 2° du DSA impose aux plateformes en ligne de mettre en place un système permettant aux professionnels qui utilisent la plateforme de déclarer si le contenu qu'ils fournissent constitue une publicité. Ainsi, les plateformes doivent mettre tous les moyens en œuvre pour permettre cette identification. Il peut s'agir par exemple d'une case à cocher par le professionnel lorsqu'il publie une annonce, permettant d'indiquer aux internautes que le message publié est une publicité. Cela fait partie du devoir de loyauté des plateformes.

94. Sanctions - Un « coordinateur des services numériques » (DSC) a été désigné dans chaque Etat membre de l'Union européenne afin de contrôler et de sanctionner le non-respect du DSA. En France, c'est l'ARCOM qui a été désigné ¹⁵⁹. La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) est chargée de contrôler le respect des obligations des fournisseurs de places de marché, tandis que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) est compétente pour vérifier le respect par les plateformes des règles relatives au profilage publicitaire ¹⁶⁰. Ainsi, en cas de

¹⁵⁹ Loi n° 2024-449 du 21 mai 2024 visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique (loi SREN).

¹⁶⁰ Vie publique, « Loi du 21 mai 2024 visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique », 22 mai 2024 : <https://www.vie-publique.fr/loi/289345-loi-du-21-mai-2024-securer-et-reguler-lespace-numerique-sren#le-projet-du-gouvernement>.

manquement à l'obligation posée à l'article 26, 2° du DSA, l'ARCOM pourra prononcer des sanctions à l'égard des plateformes, notamment des astreintes et des amendes. De plus, les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche font l'objet d'une surveillance par la Commission européenne, qui pourra leur infliger des amendes pouvant aller jusqu'à 6% de leur chiffre d'affaires mondial. Enfin, en cas de manquements graves et répétés au DSA, les plateformes pourront être interdites d'exercer leurs activités sur le marché européen (article 74 du DSA) ¹⁶¹.

2. Des obligations renforcées par la loi sur les influenceurs

95. La loi du 9 juin 2023 ¹⁶² est venue encadrer les pratiques des influenceurs sur les réseaux sociaux. L'article 5 de la loi dispose que « *La promotion de biens, de services ou d'une cause quelconque réalisée par les personnes [exerçant l'activité d'influence commerciale] doit être explicitement indiquée par la mention « Publicité » ou la mention « Collaboration commerciale ». Cette mention est claire, lisible et identifiable sur l'image ou sur la vidéo, sous tous les formats, durant l'intégralité de la promotion* ». Ainsi, alors que le DSA n'imposait aucune mention spécifique, la loi du 9 juin 2023 impose aux influenceurs d'indiquer la mention « *Publicité* » ou « *Collaboration commerciale* » sur chacune de leur publicité. En exigeant une telle mention, la loi de 2023 impose indirectement aux plateformes en ligne des obligations supplémentaires, puisqu'elles doivent permettre aux influenceurs d'indiquer ces mentions spécifiques. Ainsi, la loi impose aux plateformes qu'il y ait une sorte de volet déroulant permettant aux influenceurs de sélectionner les mentions « *Publicité* » ou « *Collaboration commerciale* », et uniquement ces mentions. En imposant l'usage de termes précis, la loi oblige les plateformes à configurer leur site de façon à permettre aux influenceurs de remplir leurs obligations d'identification publicitaire. Cela alourdit les obligations des plateformes et va au-delà de ce que prévoit le règlement européen. Or, la simple exigence d'une mention claire signalant le caractère publicitaire, sans imposer de termes précis semblait suffire à remplir l'objectif d'identification de la publicité ¹⁶³.

¹⁶¹ Vie Publique, « Le règlement européen sur les services numériques (DSA) vise une responsabilisation des plateformes », 26 avril 2024 : <https://www.vie-publique.fr/eclairage/285115-dsa-le-reglement-sur-les-services-numeriques-ou-digital-services-act>.

¹⁶² Loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux.

¹⁶³ NETTER Emmanuel, « Commentaire de la loi sur l'influence commerciale et le déclin du Droit commun », *RTD Com*, 2023, p. 853.

Il y a donc une obligation de forme qui pèse sur les plateformes en ligne, puisqu'elles doivent permettre aux annonceurs d'indiquer que le contenu qu'ils publient est une publicité.

B) Une obligation de fond partagée selon les situations

96. Lorsque la publicité est diffusée par l'intermédiaire d'une plateforme, l'obligation de fond, c'est-à-dire l'obligation d'indiquer la nature publicitaire du message, est partagée entre différentes parties. Traditionnellement, l'obligation d'identification du message publicitaire pèse sur l'annonceur. En effet, en cas de manquement à cette obligation d'identification sur une plateforme en ligne, l'annonceur pourra être sanctionné pour pratique commerciale déloyale. Cependant, dans certains cas, cette obligation d'identification pèse sur les influenceurs (1) ou sur la plateforme elle-même dans le cas des annonces sponsorisées (2).

1. Le cas spécifique des influenceurs : une responsabilité partagée entre l'influenceur et l'annonceur

97. *Une obligation d'identification pesant sur l'influenceur* - L'article 5 de la loi du 9 juin 2023 dispose que « *L'absence d'indication de la véritable intention commerciale d'une communication [...] par les personnes [exerçant l'activité d'influence commerciale] constitue une pratique commerciale trompeuse par omission au sens de l'article L. 121-3 du code de la consommation* ». Ainsi, c'est bien aux personnes exerçant l'activité d'influence commerciale d'indiquer la nature publicitaire de leurs contenus, et non aux plateformes ou aux annonceurs. L'obligation de forme pèse sur les plateformes au titre de leur devoir de loyauté, mais l'obligation de fond qui consiste à indiquer la nature publicitaire du contenu publié pèse sur les influenceurs. Le manquement à cette obligation est puni de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende, et éventuellement d'une interdiction d'exercer le métier d'influence commerciale.

98. *La mise en œuvre concrète de cette obligation d'identification* - La loi du 9 juin 2023 est en cours de révision afin de se conformer au Droit européen. Il est notamment envisagé de rendre possible l'emploi de termes équivalents à ceux de « *Publicité* » ou de « *Collaboration commerciale* » afin d'identifier le caractère publicitaire des contenus publiés par les influenceurs. La recommandation « *Communication publicitaire numérique V5* » de l'ARPP précise la manière dont les influenceurs doivent indiquer le caractère publicitaire de

leurs communications. L'identification du caractère commercial doit être instantanée, explicite et lisible. « *Instantanée* », cela signifie que « *le caractère commercial doit apparaître immédiatement, dès le début du contenu promotionnel sans action nécessaire de la part de l'audience* ». Ainsi, l'internaute ne doit pas avoir à cliquer sur « Voir plus », l'identification ne doit pas apparaître à la fin d'une vidéo ou d'une story mais être placée au début, elle ne doit pas non plus être placée au milieu d'une description et « *noyée* » au milieu d'autres *hashtags*, ... « *Explicite* », cela signifie que les termes employés pour l'identification du caractère publicitaire doivent être clairs et appropriés, et en langue française. Ainsi, à titre d'exemple, l'utilisation des termes « *En partenariat avec* », « *Collaboration rémunérée* », « *Partenariat rémunéré* », « *Sponsorisé par* », ... sont conformes à la recommandation. A l'inverse, l'utilisation de termes anglais tels que « *Sponsored* », de termes peu clairs tels comme « *Collab* », ou encore l'utilisation de chiffres pour remplacer certaines lettres tels que « *Sp0nso* », ... ne doivent pas être utilisés. De même, la simple citation de la marque ou le remerciement de cette dernière ne sont pas suffisants pour identifier le caractère publicitaire du contenu. Enfin, l'identification doit être « *lisible* », ce qui signifie que la taille des caractères doit être suffisante, la couleur utilisée doit être appropriée, et la mention doit apparaître suffisamment longtemps pour permettre aux internautes de la lire. Lorsque l'identification de la publicité est faite de manière orale, elle doit être accompagnée d'une mention écrite ¹⁶⁴. De plus, lorsque le contenu peut être vu en dehors de la plateforme, l'identification du caractère publicitaire doit figurer sur le contenu lui-même ¹⁶⁵.

99. L'instauration d'une responsabilité solidaire - En principe, l'influenceur est responsable du contenu publié. Il sera donc responsable en cas de défaut d'identification du caractère publicitaire du message. Cependant, afin d'indemniser d'éventuelles victimes, la loi du 9 juin 2023 a introduit un principe de responsabilité solidaire entre l'annonceur, son mandataire et l'influenceur. En effet, l'article 8, III de la loi dispose que « *L'annonceur, son mandataire le cas échéant, et la personne exerçant l'activité [d'influence commerciale] et, le cas échéant, l'activité [d'agent d'influenceur] sont solidairement responsables des dommages causés aux tiers dans l'exécution du contrat d'influence commerciale qui les lie* ». Ainsi, si un influenceur ne mentionne pas le caractère publicitaire de son contenu, et que cela cause un préjudice à un internaute qui a acheté le produit ou le service vanté par l'influenceur, pensant

¹⁶⁴ ARPP, Recommandation « Communication Publicitaire numérique V5 », Janvier 2022.

¹⁶⁵ NETTER Emmanuel, « Commentaire de la loi sur l'influence commerciale et le déclin du Droit commun », *RTD Com*, 2023, p. 853.

qu'il s'agissait d'une information objective, il pourra engager la responsabilité de l'influenceur mais également celle de l'annonceur. En ce sens, il y a une responsabilité partagée entre l'influenceur et l'annonceur. Les marques seront désormais plus attentives dans le choix des influenceurs car elles peuvent voir leur responsabilité engagée en cas de manquement par l'influenceur à l'une de ses obligations.

2. Le cas des annonces sponsorisées : une obligation d'identification pesant sur la plateforme

100. Définition des annonces sponsorisées - Afin d'être mieux référencés dans les résultats de recherche d'une plateforme, certains annonceurs payent l'opérateur de plateforme. Selon les plateformes, les mots utilisés pour identifier ce type d'annonce diffèrent. On parle généralement d'« *annonce sponsorisée* », mais d'autres qualifications telles que « *lien sponsorisé* », « *annonce à la une* », ou encore « *publicité* » sont également utilisés. Une annonce sponsorisée est une publicité. En effet, l'objectif des annonceurs lorsqu'ils payent pour être mieux référencés est d'accroître leur notoriété, de mieux se faire connaître, et d'inciter les consommateurs à cliquer prioritairement sur leur offre. Les offres sponsorisées apparaissent généralement en tête des résultats, de sorte que le consommateur est incité à cliquer sur ces offres. Il y a bien un objectif commercial de la part des annonceurs. De plus, les annonceurs payent cher pour obtenir ce référencement prioritaire. Leur publicité est donc bien diffusée par la plateforme moyennant rémunération. A titre d'exemple, on peut mentionner la plateforme *Leguide.com*, qui, moyennant rémunération, permet aux e-marchands bénéficiant du référencement prioritaire de voir leurs produits ou offres classées de façon prioritaire par rapport aux autres. La Cour de cassation a jugé que la société *Leguide.com* assurait de façon indirecte la promotion de produits ou services proposés par les e-marchands bénéficiant du référencement prioritaire et que, de ce fait, elle exerçait une activité publicitaire. La Cour de cassation a ainsi requalifié l'activité commerciale du site comparateur de prix en une activité publicitaire ¹⁶⁶. Ainsi, cela confirme bien le fait que les annonces sponsorisées sont une forme de publicité, et doivent par conséquent être identifiées comme telle.

101. Le devoir de loyauté des plateformes - L'article D.111-7, II du Code de la consommation dispose que « *Pour chaque résultat de classement, à proximité de l'offre ou du*

¹⁶⁶ C.Cass, Com, 4 décembre 2012, n° 11-27.729, *Affaire Leguide.com*.

contenu classé, tout opérateur de plateforme en ligne fait apparaître, par tout moyen distinguant ce résultat, l'information selon laquelle son classement a été influencé par l'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération entre l'opérateur de plateforme et l'offreur référencé [...] ». Ainsi, si l'offreur a payé pour voir ses offres référencées en tête des résultats, la plateforme doit l'indiquer sur l'annonce afin d'informer les consommateurs. L'utilisation des mots « *annonce sponsorisée* », « *à la une* », ... permet cette identification. De même, l'article D.111-14 du Code de la consommation précise qu'en application de l'article 20 de la loi LCEN, « *seules les offres de biens ou de services référencées à titre payant, et dont le rang de classement dépend de cette rémunération, font apparaître leur caractère publicitaire par la mention du mot « Annonces » sur la page d'affichage de résultats du site comparateur* ». Ainsi, c'est uniquement lorsque le rang du classement dépend de la rémunération que la plateforme doit indiquer qu'il s'agit d'une annonce sponsorisée. Cela semble évident dans la mesure où la publicité a pour objectif de promouvoir un produit ou un service et d'inciter à sa consommation. Par conséquent, c'est uniquement lorsque l'offre se trouve référencée en tête des résultats et qu'elle est mise en avant par rapport aux autres offres que cet objectif est rempli et que l'offre revêt un caractère publicitaire.

102. Des obligations renforcées par le DSA - L'article 26, 1° du DSA impose aux plateformes en ligne qui présentent de la publicité sur leurs interfaces en ligne de veiller à ce que pour chaque publicité, les destinataires puissent de manière claire, précise, non ambiguë et en temps réel se rendre compte qu'il s'agit d'une publicité, et identifier l'annonceur ainsi que la personne qui a payée pour la publicité s'il s'agit d'une personne différente. Les plateformes doivent donc indiquer le caractère commercial de la communication ainsi que la personne pour le compte de laquelle la publicité est présentée.

103. Sanctions - L'article L.131-4 du Code de la consommation précise que le manquement à ces obligations de loyauté de la part des plateformes est passible d'une amende administrative de 75 000 euros pour une personne physique et 375 000 euros pour une personne morale. Ainsi, c'est à la plateforme au titre de son devoir de loyauté et non à l'annonceur d'indiquer le caractère publicitaire des offres présentées sur sa plateforme. En cas de manquement à cette obligation d'identification, la plateforme peut également être condamnée pour pratique commerciale trompeuse. En effet, dans l'affaire *Leguide.com*, la Cour de cassation a jugé que faute d'identification du site comme ayant une vocation publicitaire, le site devait être qualifié

de trompeur. L'absence d'identification claire du référencement prioritaire est en effet susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur, puisque ce dernier est d'abord orienté vers les produits et offres des annonceurs qui ont payé, de sorte que le consommateur ne dispose pas de critères objectifs de choix.

§2 - Des réglementations spécifiques à certains secteurs

104. Les publicités diffusées dans la presse (A) et à la télévision (B) doivent également être identifiées comme telle. La loi prévoit des obligations particulières pour ces secteurs.

A) La presse

105. Lorsque la publicité est diffusée dans la presse, l'identification du contenu publicitaire doit être expresse, puisque la loi impose l'usage de mots particuliers (1). Cette obligation d'identification pèse généralement sur les éditeurs de presse. Cependant, en cas de manquement à cette obligation d'identification, l'annonceur pourrait également être sanctionné sur le fondement des pratiques commerciales déloyales (2).

1. Une identification expresse du contenu publicitaire

106. *Réglementation légale* - Certaines règles sont spécifiques à la publicité diffusée dans la presse. A ce titre, l'article 10 alinéa 2 de la loi du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse ¹⁶⁷ dispose que « *Tout article de publicité à présentation rédactionnelle doit être précédé de la mention publicité ou communiqué* ». A l'origine, l'ordonnance du 26 août 1944 ¹⁶⁸ imposait uniquement la mention « publicité ». En autorisant l'emploi du terme « communiqué », la loi du 1^{er} août 1986 a en réalité consacré une pratique qui s'était largement répandue ¹⁶⁹. L'article précise bien que la mention doit être présente avant la publicité, et non à la fin.

¹⁶⁷ Loi n° 86-897 du 1 août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse.

¹⁶⁸ Ordonnance du 26 août 1944 sur l'organisation de la presse française.

¹⁶⁹ GREFFE François, GREFFE Pierre-Baptiste (préface LEVY Maurice), « La publicité et la loi - Droit Français - Union européenne - Suisse », *Traités, LexisNexis*, 11^e édition, p. 621.

107. Réglementation déontologique - De même, la recommandation « *Identification de la publicité et des communications commerciales* » de l'ARPP impose aux « *annonceurs, agences et supports-presse de faire figurer les mots PUBLICITÉ, COMMUNIQUÉ ou des termes équivalents, d'une manière claire et lisible en tête de toute annonce présentant les caractéristiques d'une publicité rédactionnelle, si cette annonce est payée* ». La recommandation de l'ARPP reprend ainsi l'obligation légale, mais autorise la présence de « *termes équivalents* » à ceux imposés par la loi.

2. Une obligation d'identification pesant sur des acteurs différents selon le fondement juridique invoqué

108. L'article 15 de la loi de 1986 dispose que « *Seront punis de 6 000 euros d'amende : [...] 3° Les directeurs de publication qui auront enfreint les dispositions du second alinéa de l'article 10* ». Ainsi, en vertu de la loi de 1986, l'obligation d'identification de la publicité dans la presse pèse sur les directeurs de publication et non sur les annonceurs. A l'inverse, la recommandation de l'ARPP fait peser cette obligation sur les annonceurs, agences et supports-presse.

Dans un arrêt rendu le 17 octobre 2013, la CJUE juge que la directive de 2005 « *ne s'oppose pas à l'application d'une disposition nationale en vertu de laquelle les éditeurs de presse sont tenus de faire figurer une mention spécifique* » sur toute publicité, puisque la directive de 2005 n'a pas vocation à être invoquée à l'encontre des éditeurs de presse¹⁷⁰. Ainsi, on comprend que sur le fondement des pratiques commerciales déloyales, c'est l'annonceur qui sera sanctionné en cas de manquement à l'obligation d'identification du caractère publicitaire du message, tandis que sur le fondement de la loi de 1986, c'est l'éditeur de presse qui sera responsable de l'absence d'une telle indication.

B) La télévision

109. Lorsque la publicité est diffusée à la télévision, l'identification du contenu publicitaire est implicite, puisque la loi n'impose pas de mentions particulières (1). Cette obligation d'identification pèse sur les fournisseurs de médias (2).

¹⁷⁰ CJUE, 17 octobre 2013, Affaire C-391/12, *RLvS*.

1. Une identification implicite du contenu publicitaire

110. Définition de la publicité télévisée - L'article 2 du décret du 27 mars 1992¹⁷¹ pris pour l'application de la loi du 30 septembre 1986 définit la publicité télévisée comme « *toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris ceux qui sont présentés sous leur appellation générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée* ». Il convient tout d'abord de remarquer que cette définition nationale était plus large que celle donnée par la directive européenne « Télévision sans frontières » du 3 octobre 1989¹⁷², puisque cette dernière ne prévoyait pas le second objet des messages (« *assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée* »). Un tel ajout par le décret ne semble cependant pas contrevenir à l'esprit de la directive. La directive du 10 mars 2010¹⁷³, qui a abrogé la directive de 1989, reprend d'ailleurs cette seconde forme de publicité. Ensuite, cette définition exclut de l'accès aux écrans publicitaires les associations ou groupements à but non lucratif poursuivant un idéal. A ce titre, l'article 14 du décret de 1992 prévoit la diffusion, éventuellement en dehors des écrans publicitaires de messages d'intérêt général à caractère non publicitaire¹⁷⁴. Ces différentes définitions de la publicité télévisée sont intéressantes car on retrouve l'idée selon laquelle la publicité doit être diffusée moyennant paiement, mais la directive précise qu'il peut également s'agir d'une contrepartie non financière. En principe, les annonceurs achètent des espaces publicitaires pour voir leur publicité diffusée à la télévision. De plus, on retrouve l'idée selon laquelle la publicité doit émaner d'un professionnel, qui agit dans le cadre de son activité professionnelle, et la publicité vise à promouvoir les biens ou services de ce professionnel.

111. L'obligation d'identification de la publicité télévisée - La publicité télévisée exerce une influence plus importante sur le comportement des consommateurs que les autres formes de

¹⁷¹ Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat.

¹⁷² Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

¹⁷³ Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »).

¹⁷⁴ DE BELLESCIZE Diane, FRANCESCHINI Laurence, « Droit de la communication », *Thémis Droit, Presses Universitaires de France*, 2^e édition, Octobre 2011.

publicité. Un régime spécial a ainsi été créé afin de réglementer les publicités télévisées. Ce régime découle pour l'essentiel de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la communication, plusieurs fois modifiée ¹⁷⁵. L'article 43 de la loi dispose que « *Toute forme de publicité accessible par un service de communication audiovisuelle doit être clairement identifiée comme telle. Elle doit également permettre d'identifier la personne pour le compte de laquelle elle est réalisée* ». Le décret du 27 mars 1992 pris pour l'application de la loi vient préciser les modalités de mise en œuvre concrètes de cette obligation d'identification. En effet, l'article 14 du décret dispose que « *Les messages publicitaires ou les séquences de messages publicitaires doivent être aisément identifiables comme tels et nettement séparés du reste du programme, avant comme après leur diffusion, par des écrans reconnaissables à leurs caractéristiques optiques et acoustiques [...] La publicité isolée doit être exceptionnelle sauf lors de la diffusion de manifestations sportives* ». Ainsi, les publicités télévisées doivent être encadrées par la diffusion de génériques de début et de fin d'émission publicitaire, afin de bien distinguer le message publicitaire du reste du programme. Les consommateurs sont ainsi en mesure de comprendre où commence et où se termine la phase publicitaire. La même exigence, selon laquelle « *les messages publicitaires doivent être clairement annoncés et identifiés comme tels* » est formulée à l'article 8 du décret du 6 avril 1987 fixant le régime de la publicité pour les « *services privés de radiodiffusion sonore diffusés par voie hertzienne terrestre ou par satellite* » ¹⁷⁶.

De plus, l'article 73 de la loi de 1986 précise qu'en cas d'interruption publicitaire lors de la diffusion d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle sur une chaîne de télévision privée (cela est interdit sur une chaîne de télévision publique), « *le message publicitaire doit être clairement identifiable comme tel* ». L'insertion des messages publicitaires lors de la diffusion d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle, et entre les émissions ou lors d'interruptions naturelles (pendant les matchs de football, lors d'une allocution, d'une interview, ...) est très réglementée, notamment en termes de nombre de coupures autorisées, de durée, ... ¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (modifiée par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle).

¹⁷⁶ Décret n° 87-239 du 6 avril 1987 pris pour l'application de l'article 27-I de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et fixant pour les services privés de radiodiffusion sonore diffusés par voie hertzienne terrestre ou par satellite le régime applicable à la publicité et au parrainage.

¹⁷⁷ DERIEUX Emmanuel, « Droit des médias - Droit Français, Européen et International », *LGDJ, Manuels, Droit public* 9^e édition, 2023.

La directive du 10 mars 2010¹⁷⁸ a rapproché les législations des Etats membres de l'Union européenne. L'article 19 de la directive pose une obligation d'identification des publicités télévisées, et impose que les publicités soient distinguées du contenu éditorial. Cela permet aux consommateurs de bien distinguer ce qui relève de l'information de ce qui relève de la publicité, ce qui est très important dans la mesure où la publicité n'est pas une information objective. Par exemple, une émission qui présente ou qui compare différents produits ne doit pas être confondue avec une publicité qui émanerait du vendeur du produit.

2. Une obligation d'identification pesant sur les fournisseurs de médias

112. *L'interdiction de la publicité clandestine* - Indirectement, cette obligation d'identification du caractère publicitaire renvoi à l'interdiction de la publicité clandestine. En effet, la répression de la publicité clandestine poursuit un objectif de séparation entre les programmes et les publicités¹⁷⁹. L'article 9 du décret de 1992 dispose que, à la télévision, « *la publicité clandestine est interdite* ». Cette forme de publicité y est définie comme « *la présentation verbale ou visuelle de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités d'un producteur de marchandises ou d'un prestataire de services dans des programmes, lorsque cette présentation est faite dans un but publicitaire* ». Ainsi, la publicité clandestine consiste à promouvoir un produit ou un service en dehors des écrans publicitaires. Il convient de préciser que cette interdiction concerne uniquement les messages poursuivant un « *but publicitaire* », c'est-à-dire dans le but non pas d'informer, mais de promouvoir. Ainsi, la référence dans des émissions à des biens ou des services reste autorisée dès lors qu'elle revêt un caractère d'information¹⁸⁰.

113. *Un contrôle par l'ARCOM* - La publicité clandestine est une pratique très répandue qui fait régulièrement l'objet de sanctions par l'ARCOM. En cas de non-respect par le diffuseur, l'ARCOM peut engager une procédure de sanction pouvant notamment déboucher sur une sanction financière. Le but publicitaire constitue une présomption de publicité clandestine¹⁸¹.

¹⁷⁸ Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels) (SMA).

¹⁷⁹ ANGELO Didier, « La publicité clandestine », *Legicom* 1998/1, n° 16, p. 55 à 61, Cairn.

¹⁸⁰ ARCOM, « Communications commerciales » : <https://www.arcom.fr/nos-missions/pluralisme-et-cohesion-sociale/communications-commerciales>

¹⁸¹ ANGELO Didier, « La publicité clandestine », *Legicom* 1998/1, n° 16, p. 55 à 61, Cairn.

En effet, l'ARCOM ne va pas rapporter la preuve que la promotion s'est faite contre rémunération et de manière intentionnelle, mais va recourir à la méthode du faisceau d'indices pour démontrer que la publicité poursuit un objectif publicitaire. L'absence de pluralité dans les présentations des biens, services ou marques, la fréquence du message, l'indication de l'identité et des coordonnées d'un annonceur, l'absence de tout regard critique, ou encore le fait de présenter le produit de façon très positive peuvent constituer des indices révélateurs d'une publicité clandestine ¹⁸². A titre d'exemple, M6 a fait l'objet d'une procédure de sanction par le CSA pour publicité clandestine. Le présentateur de l'émission *Turbo* diffusée en été 1994 était à bord d'une Renault Espace, et le CSA a considéré que plusieurs éléments ont donné à ces séquences une « *dimension publicitaire de plus en plus affirmée au fil des émissions* » (plans complaisants, propos particulièrement flatteurs du présentateur à l'égard de la marque, ...) ¹⁸³. De même, France 2 a été sanctionnée par le CSA pour avoir fait une promotion excessive de la nouvelle attraction « *Space Mountain* » de Disneyland Paris dans l'émission « *N'oubliez pas votre brosse à dents* » du 1^{er} avril 1995 ¹⁸⁴. Ainsi, l'obligation d'identification de la publicité télévisée pèse sur les diffuseurs / fournisseurs de médias, et non sur les annonceurs.

114. Conclusion - Ainsi on le voit, l'identification de la publicité est importante pour deux raisons. Tout d'abord, beaucoup de réglementations sectorielles font référence à la publicité, de sorte qu'il est nécessaire, avant d'appliquer ces réglementations, de qualifier la communication de publicité. De plus, une fois que la communication a été qualifiée de publicité et qu'elle est licite au regard des différentes réglementations, elle doit être clairement identifiée comme telle, c'est-à-dire que les consommateurs doivent savoir qu'il s'agit d'une publicité. Cela permet de distinguer la publicité de la simple information, qui n'est pas toujours aisée à faire. En effet, les frontières de la notion de la publicité sont incertaines, puisque chaque réglementation pose sa propre définition de la publicité selon les intérêts à protéger. Il convient dès lors d'essayer d'élaborer des critères de qualification, permettant ainsi de distinguer la publicité des autres formes de communication.

¹⁸² ARCOM, « Communications commerciales » : <https://www.arcom.fr/nos-missions/pluralisme-et-cohesion-sociale/communications-commerciales>.

¹⁸³ CSA, Décision n° 95-919 du 21 décembre 1995 infligeant une sanction à la société Métropole Télévision - JO du 19 janvier 1996.

¹⁸⁴ CSA, Décision n° 96-743 du 6 novembre 1996 infligeant une sanction à la société France 2 - JO du 26/11/1996.

PARTIE 2 : La publicité, une notion aux frontières incertaines

115. La définition de la publicité est primordiale pour l'application des différentes législations se référant à cette notion. Certaines réglementations donnent une définition de la publicité ¹⁸⁵, mais d'autres non, se contentant de renvoyer aux définitions communément admises. Le problème étant qu'il n'existe pas en la matière de définition communément admise, puisque chaque définition pose ses propres critères de qualification. L'objectif promotionnel de la publicité, qui semble être un critère évident, est parfois remis en cause, puisque la doctrine et la jurisprudence ont parfois tendance à considérer que la publicité est une simple information et que le caractère promotionnel n'est dès lors pas essentiel pour qualifier le message de publicité. De plus, la question de la contrepartie est tantôt présente tantôt absente des définitions. Le but commercial, qui semble inhérent à toute démarche publicitaire est également remis en question, notamment par le DSA qui considère que le but commercial est indifférent à la qualification de publicité. Les frontières de la publicité sont assez floues. L'objectif va ainsi être d'essayer de dégager des critères de qualification pertinents, afin de déterminer ce qui relève ou non de la qualification de publicité (**Chapitre 1**). Une fois ces critères déterminés, il conviendra de les appliquer aux nouvelles pratiques publicitaires qui émergent notamment sur les réseaux sociaux et les plateformes de manière générale, afin de déterminer ce qui relève de la qualification de publicité et ce qui relève de la simple information (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : L'identification de critères de qualification

116. Certains critères de qualification semblent certains (**Section 1**), tandis que d'autres suscitent davantage de débat (**Section 2**).

¹⁸⁵ Voir notamment : Article 2 de la directive n° 84/450/CEE du 10 septembre 1984 (publicité, publicité trompeuse) / Article 2 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992 (publicité télévisée) / Article 2 de la directive 2000/31 du 8 juin 2000 (communication commerciale) / Article 2 de la directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 (publicité, publicité trompeuse, publicité comparative) / Article 1^{er} de la directive 2010/13/UE du 10 mars 2010 (publicité télévisée) / Article 3 du règlement 2022/2065 du 19 octobre 2022 (publicité) / Article 5 de la loi du 9 juin 2023 (publicité par le biais des influenceurs) / Code ICC (publicité) / Article L. 581-3 du Code de l'environnement (publicité) / Articles L. 3512-5 (publicité indirecte en faveur des produits du tabac) et L. 3323-3 (publicité indirecte en faveur des boissons alcooliques) du Code de la santé publique / Article liminaire, 16° du Code de la consommation (pratique commerciale) / Article L.5122 du Code de la santé publique (publicité pour les médicaments à usage humain).

Section 1 : Des critères de qualification certains

117. Parmi les critères de qualification relativement certains, on retrouve celui de la promotion qui, bien que parfois remis en question, semble essentiel à toute démarche publicitaire (§1). De plus, le support publicitaire est indifférent à la qualification de publicité, puisque tous les supports peuvent être porteurs d'une publicité (§2).

§1 - La promotion d'un produit, d'un service ou d'une marque

118. La publicité poursuit nécessairement un objectif promotionnel, c'est-à-dire qu'elle vise à promouvoir les produits ou les services de l'annonceur afin d'attirer de nouveaux clients. Cela implique que la publicité soit attractive pour les consommateurs (A), et qu'elle soit diffusée au public (B).

A) Le caractère attractif de la publicité

119. La publicité vise à promouvoir les biens ou les services de l'annonceur (1). Elle se distingue ainsi de la simple information par son manque d'objectivité (2).

1. La promotion d'un bien ou d'un service

120. *Un objectif promotionnel* - Il n'existe aucune définition universelle de la publicité. En effet, chaque loi pose des critères de qualification différents selon les intérêts qu'elle vise à protéger, et la jurisprudence interprète ces critères parfois de manière extensive. Néanmoins, malgré ces différentes définitions, certains critères semblent ressortir de toutes les définitions. C'est notamment le cas de l'idée de promotion. En effet, le Code ICC, qui est une référence mondiale dans le domaine de l'autorégulation publicitaire, précise que la communication commerciale, qui inclut la publicité, « est destinée principalement à promouvoir un produit ou à influencer le comportement des consommateurs ». De même, selon Jean CALAIS-AULOY, la publicité est constituée de « tout message adressé au public dans le but de stimuler la demande de biens ou de services »¹⁸⁶. Ainsi, la publicité a un caractère promotionnel. En effet,

¹⁸⁶ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020.

l'objectif de la publicité est d' « améliorer l'impact commercial », « l'image de marque », « la représentativité de l'annonceur ou de l'un de ses produits », afin d'accroître la notoriété de l'annonceur et d'augmenter ses ventes. Si le message ne poursuit pas un tel objectif, ce n'est pas une publicité ¹⁸⁷. C'est ce qu'a confirmé la jurisprudence dans une affaire concernant la Compagnie Maritime d'Expertises (COMEX). En effet, la société la COMEX avait filmé un événement de plongée sous-marine et avait peint son logo sur la tourelle de l'engin, et non celui de l'entreprise du fabricant. Cette dernière a alors assigné la COMEX, estimant que les spectateurs pouvaient être induit en erreur en croyant que l'ensemble du matériel ayant servi à la plongée était fabriqué par la COMEX. Cependant, les juges n'ont pas été de cet avis, et ont considéré que le film se contentait de relater un événement, constituant une information générale, et n'avait donc pas de caractère publicitaire. Ainsi, faute de caractère promotionnel, la vidéo ne poursuivait pas d'objectif publicitaire ¹⁸⁸.

121. Un objectif informationnel réfuté - La lecture des différents arrêts de la Cour de cassation laissent penser que la publicité poursuit avant tout un objectif d'information et non de promotion. En effet, la Cour de cassation considère régulièrement que « la publicité est un moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services qui lui sont proposés » ¹⁸⁹. Or, il est important de ne pas confondre information et publicité, puisque considérer que la publicité est une information élargie considérablement le champ d'application de la publicité, et impliquerait que la publicité mentionne toutes les informations précontractuelles exigées à l'article L.111-1 du Code de la consommation, ce qui alourdirait considérablement les obligations pesant sur les annonceurs. Or, l'objectif de la publicité n'est pas d'informer mais plutôt de faire rêver, de faire rire, de raconter une histoire autour du produit pour donner envie aux consommateurs de l'acheter. La publicité présente un produit mais ne le détaille pas dans les moindres détails. C'est ensuite au consommateur de se renseigner sur le prix et sur les caractéristiques du produit. En ce sens, la publicité se distingue de l'offre précontractuelle. En effet, l'offre est liante puisqu'une acceptation va déboucher sur la conclusion d'un contrat, contrairement à la publicité. De plus, la publicité représente un stade moins avancé dans le processus menant à la conclusion du

¹⁸⁷ BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, GENTY Nicolas, FABRE Régis, « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », *Dalloz Référence*, 4^e édition, 2014, p. 48.

¹⁸⁸ CA Aix-en-Provence, 13 février 1980, confirmé par C.Cass, Crim, 17 mars 1981, n° 80-91.339.

¹⁸⁹ C.Cass, Com, 6 mai 2008, n° 04-19.713.

contrat. Ainsi, toute offre est une publicité, mais une publicité est qualifiée d'offre uniquement lorsqu'elle contient tous les éléments nécessaires à la conclusion du contrat ¹⁹⁰.

Néanmoins, l'approche de la Cour de cassation n'est pas totalement inexacte dans la mesure où le caractère promotionnel découle de cet objectif d'information. En effet, si la publicité a pour objectif « *d'informer le consommateur sur les résultats attendus du bien ou du service proposé* », l'objectif derrière est de l'inciter à acheter le produit. Si les entreprises investissent autant de moyens (financiers, matériels et humains) dans leurs campagnes publicitaires, c'est parce qu'elles espèrent que la publicité va leur permettre d'augmenter leurs ventes et de faire connaître leurs produits.

Plusieurs arguments peuvent être avancés pour réfuter cette idée selon laquelle la publicité est uniquement un moyen d'information. Tout d'abord, pour éviter la confusion entre la publicité et l'information, l'article 11 du décret du 27 mars 1992 dispose que « *la publicité ne doit faire appel ni visuellement ni oralement à des personnes présentant régulièrement les journaux télévisés et les magazines d'actualité* ». De plus, la publicité est réglementée dans de nombreux secteurs, et est même parfois interdite, notamment pour les produits en faveur du tabac. Or, seule la publicité est interdite. En effet, il n'est pas interdit d'informer les consommateurs des caractéristiques objectives du tabac. En ce sens, la Cour de cassation a jugé que les mentions relatives au mode d'emploi du produit échappent à cette interdiction car il ne s'agit pas d'une publicité mais d'une simple information ¹⁹¹. A l'inverse, les éléments incitatifs tels que le goût ou les services du tabac tombent sous le coup de cette interdiction ¹⁹². Enfin, l'article 28 du DSA interdit aux plateformes de proposer de la publicité ciblée aux mineurs. L'objectif est ici de protéger les mineurs qui sont facilement influencés par les publicités qu'ils voient. Seule la publicité ciblée est interdite, on n'interdit pas l'information aux mineurs. Cela montre bien que la publicité a un caractère promotionnel puisque son effet incitatif peut être dangereux pour les mineurs qui sont plus facilement influençables.

¹⁹⁰ VERBIEST Thibault, « La protection juridique du cyber-consommateur - Publicité, Contrats, Contentieux », *Droit@Litec*, LexisNexis.

¹⁹¹ C.Cass, Crim, 15 juin 2011, n° 10-86.995 : « *Les mentions figurant au verso du paquet : "Sachet refermable", "Enlever la paille et la feuille de plastique avant usage", "Facile à rouler", constituent des recommandations et des précisions sur l'utilisation du produit, qu'elles n'entrent pas de ce fait dans la catégorie des mentions prohibées par la loi* ».

¹⁹² C.Cass, Crim, 9 mars 2010, n° 08-88.501 / C.Cass, Crim, 3 novembre 2010, n° 09-88.598 / C.Cass, Crim, 15 décembre 2015, n° 14-87.439 / C.Cass, Crim, 21 septembre 2010, n° 09-87.957 (origine du tabac) / C.Cass, Crim, 23 avril 2013, n° 12-83.244 (procédé de filtration).

2. L'absence d'objectivité de la publicité

122. *La publicité doit faire rêver* - Contrairement à l'information qui est objective, la publicité est subjective. En effet, une entreprise ne va jamais présenter objectivement son produit en indiquant ses points négatifs. Elle va uniquement vanter les mérites du produit, de sorte qu'en regardant une publicité, le consommateur aura souvent un avis positif voire idéalisé sur le produit. Ce n'est pas la publicité qui va informer objectivement le consommateur sur les qualités du produit, mais c'est plutôt le bouche à oreille, les recommandations et les avis des autres consommateurs, ou sa propre expérience une fois qu'il aura acheté le produit. La publicité est donc certes un moyen d'information puisqu'elle informe le consommateur de quelques caractéristiques du produit, minutieusement choisies par les marques, mais derrière il y a un nécessairement cette idée de promotion puisque l'information délivrée n'est pas totalement objective. En ce sens, la Cour d'appel de Paris a jugé que « *la publicité, activité qui a pour but de faire connaître un produit, une marque ou un service pour en développer la consommation ne parvient généralement à ce résultat qu'en majorant les qualités du bien considéré. Si elle peut être informative, elle n'est pas tenue, pour être licite, de dévoiler les aspects négatifs du bien en question et encore moins de promouvoir les vertus des produits concurrents* »¹⁹³. De plus, la publicité hyperbolique est autorisée dès lors que l'outrance ou l'exagération de l'image publicitaire ne peut tromper personne¹⁹⁴. Ainsi, une publicité inexacte, mais qui n'est pas de nature à induire en erreur les consommateurs est licite, puisque les consommateurs sont en mesure de comprendre que la publicité est hyperbolique et ne reflète pas la réalité. Cela montre bien que la publicité n'a pas pour objectif d'informer objectivement les consommateurs, mais plutôt de les faire rêver, de raconter une histoire, ...

123. *La publicité ne délivre pas une information complète* - La publicité n'a pas à être exhaustive, contrairement à une offre précontractuelle. Si la publicité contribue à l'information du consommateur, elle n'a pas pour finalité essentielle cette information. En effet, « *faite pour inciter, elle présente quelque danger pour les consommateurs, car le dessein de séduire est difficilement compatible avec une information complète et objective* »¹⁹⁵. Ainsi, tant que la publicité n'est pas de nature à tromper le consommateur, elle n'est pas tenue d'être exhaustive.

¹⁹³ CA Paris, 17 mars 1998, RG n° 98-00249.

¹⁹⁴ C.Cass, Crim, 21 mai 1984, n° 83-92.070 (*valise Samsonite*) / C.Cass, Crim, 5 avril 1990, n° 89-80.463.

¹⁹⁵ GREFFE François, GREFFE Pierre-Baptiste (préface LEVY Maurice), « La publicité et la loi - Droit Français - Union européenne - Suisse », *Traités, LexisNexis*, 11^e édition, p. 338 à 342.

En ce sens la Cour d'appel de Paris a jugé que l'emploi du seul mot « *tuile* » sans autres précisions n'était pas de nature à induire en erreur les consommateurs. La Fédération des fabricants de tuiles et briques de France voulait que la société précise que les briques étaient en béton ¹⁹⁶. De même, la Cour de cassation a jugé que les documents publicitaires d'un vendeur de voitures neuves hors réseau n'ont pas besoin de faire expressément mention de son défaut d'agrément, dès lors qu'aucun élément n'est de nature à induire en erreur le consommateur en lui laissant croire que le vendeur avait la qualité de concessionnaire ¹⁹⁷. Ainsi, la publicité n'est pas un moyen d'information du consommateur ¹⁹⁸.

124. Certaines informations sont imposées - De nombreux textes imposent l'inclusion dans le message publicitaire de mentions particulières dont l'objet est d'informer le consommateur. Cela concerne notamment les publicités relatives à l'alcool, aux crédits, aux médicaments, aux produits alimentaires, aux véhicules, à certains appareils électriques, ... On peut considérer qu'il s'agit de domaines dans lesquels l'information du consommateur apparaît primordiale, ce qui explique l'intervention du législateur. Cependant, le fait que ces mentions soient obligatoires et déterminées par un texte n'enlève pas le caractère publicitaire de la communication, dès lors que ces mentions conduisent à guider le choix du consommateur ¹⁹⁹. Cet argument était utilisé par Linda ARCELIN pour démontrer que la publicité était avant tout une information ²⁰⁰. Néanmoins, cet argument peut être relativisé dans la mesure où ces informations ne constituent en réalité qu'une infime partie de la publicité. La majeure partie de la publicité est laissée libre à la création de l'annonceur. Ainsi, seules les informations obligatoires doivent être objectives, mais la publicité prise dans sa globalité restera subjective.

B) Une nécessaire diffusion au public

125. Pour remplir son objectif promotionnel, la publicité doit nécessairement être diffusée au public. Ce critère n'est pas posé expressément par les textes, mais ressort implicitement du caractère promotionnel de la publicité (1). Ce critère a suscité de nombreuses interrogations (2).

¹⁹⁶ CA Paris, 14 décembre 1982, Chambre d'accusation, Section A, *Fédération des fabricants de tuiles et briques de France c/ Epelly, Société Redland* (cité par GREFFE François *op.cit.*, p. 339).

¹⁹⁷ C.Cass, Com, 26 janvier 1999, n° 97-10.964.

¹⁹⁸ GREFFE François, GREFFE Pierre-Baptiste (préface LEVY Maurice), « La publicité et la loi - Droit Français - Union européenne - Suisse », *Traité, LexisNexis*, 11^e édition, p. 338 à 342.

¹⁹⁹ C.Cass, Crim, 25 juin 1984, n° 83-92.808.

²⁰⁰ ARCELIN Linda, « Fasc. 792 : Publicité - Règles générales », *JurisClasseur Concurrence - Consommation*, 01/01/2020.

1. Un critère implicite

126. Au sens le plus littéral, la publicité a pour objectif de « rendre public », c'est-à-dire « de faire connaître au plus grand nombre ou à une catégorie particulière d'individus une information, une entreprise, ou un produit susceptible de les intéresser ». Le public est donc la cible de la publicité ²⁰¹. Cependant, il convient de remarquer que cette idée selon laquelle la publicité doit s'adresser au public n'est pas expressément présente dans les définitions posées par les textes, mais se déduit du caractère promotionnel. En effet, l'objectif de la publicité est de promouvoir un produit. Par conséquent, si l'annonceur veut promouvoir son produit pour augmenter ses ventes, il doit nécessairement adresser ses publicités à des clients potentiels. Ainsi, tant qu'aucun client n'a eu connaissance du message publicitaire, ce n'est pas de la publicité. Le caractère public de la publicité est un critère de qualification important dans la mesure où si on considère que les communications privées sont considérées comme de la publicité cela élargi le champ d'application de la publicité et pourrait avoir pour conséquence d'englober toutes les notes internes des entreprises. La frontière entre le public et le privé est parfois floue et certains supports publicitaires ont fait l'objet de discussions en jurisprudence.

2. Un critère suscitant des interrogations

127. **La définition du terme « public »** - Ce critère peut susciter des interrogations. En effet, à partir de quand considère-t-on qu'il y a un public ? On considère généralement que pour être publique, la publicité doit être diffusée sur des supports librement accessibles au public. Ainsi, la télévision, la radio, la presse, l'affichage, ... sont des supports évidents de publicité. Cependant, certains moyens de diffusion peuvent poser davantage de difficultés. En effet, est-ce qu'un mail adressé à un seul client potentiel constitue une publicité ? On dit généralement que la publicité a pour objectif de séduire les « clients potentiels ». L'emploi du pluriel laisse ainsi entendre que pour être qualifié de publicité le message doit s'adresser à un certain nombre de personnes. C'est en effet la position des juges, qui considèrent que le fait d'adresser un courrier à une certaine quantité de personnes le rend public et le transforme d'information privée en information publique ²⁰². De même, le Tribunal de commerce de Paris a jugé qu'un blog personnel n'était pas en mesure « d'affecter le comportement économique d'un nombre significatif de consommateurs » dans la mesure où « son impact est naturellement limité

²⁰¹ BVP, Dossier « Publicité et développement durable », *Publicité & Société*, n°1, Décembre 2007.

²⁰² C.Cass, Crim, 5 mai 1981, n° 80-92.703.

comparé à celui d'une publicité qui utilise tout support médiatique »²⁰³. De plus, la publicité doit être visible des acheteurs potentiels. En effet, la Cour de cassation a jugé qu'une mention apposée sur un produit n'était pas une publicité puisque cette mention était invisible pour les acheteurs potentiels en raison de la manière dont le produit était exposé²⁰⁴.

128. Les courriers et courriels - Une communication faite par courrier ou courriel ne sera pas systématiquement considérée comme une publicité. En effet, pour être qualifiée de publicité, l'information transmise par courrier doit revêtir le caractère de circulaire ou de mailing, et être adressée à un nombre suffisant de personnes pour qu'elle soit considérée comme publique. En ce sens, Cour d'appel de Versailles a interprété la notion de « *large diffusion* », considérant que l'envoi par une société d'une lettre circulaire à 12 des 25 professionnels concernés constituait une publicité²⁰⁵. On utilisera les mêmes critères concernant les courriers électroniques (courriels). Ainsi, si un courrier est généralisé et est envoyé à plusieurs destinataires, il pourra être qualifié de publicité. A l'inverse, si le nombre de destinataire est limité, le courrier échappera à cette qualification²⁰⁶.

129. Les documents contractuels - De même, concernant les documents contractuels, il convient de distinguer selon que le contrat est généralisé ou non. Ainsi, un contrat-type, qui fait l'objet d'une utilisation importante, pourra être le support d'une publicité²⁰⁷. A l'inverse, si le contrat est spécifique et constate simplement l'accord des parties, il ne pourra pas être considéré comme le support d'une publicité, et ce à plus forte raison s'il est conclu *intuitu personae*²⁰⁸. De même, un bon de commande diffusé et qui permet aux clients de se faire une opinion sur le produit ou le service est une publicité²⁰⁹. A l'inverse, la Cour de cassation considère qu'un bon de commande qui se présente sous la forme d'un « *simple imprimé employé contractuellement par les deux parties postérieurement à l'accord conclu sur la chose et le prix* » ne constitue pas un document publicitaire car il n'a pas pour objectif de vanter un produit ni de guider l'acheteur dans son choix²¹⁰. Il en va de même d'un reçu établissant la justification du paiement²¹¹.

²⁰³ T. Com, Paris, 29 mars 2007, n° 06/086074, *Lamyline*.

²⁰⁴ C.Cass, Crim, 15 mars 1990, n° 88-87.096.

²⁰⁵ CA Versailles, 10 septembre 1998, n° 1995-2861.

²⁰⁶ BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, GENTY Nicolas, FABRE Régis, « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », *Dalloz Référence*, 4^e édition, 2014, p. 141 et 142.

²⁰⁷ C.Cass, Crim, 23 juillet 1987, n° 86-94.844 / C.Cass, Crim, 13 novembre 1980, n° 80-90.793.

²⁰⁸ C.Cass, Crim, 9 février 1982, n° 81-93.377.

²⁰⁹ C.Cass, Crim, 23 mars 1994, n° 92-86.351.

²¹⁰ C.Cass, Crim, 31 janvier 1989, n° 88-83.384.

²¹¹ C.Cass, Crim, 9 février 1982, n° 81-93.377.

130. Les sites internet des entreprises - De même, les sites internet des entreprises sont bien des supports de publicité, puisqu'ils sont accessibles à tous. C'est ce qu'a affirmé la Cour d'appel de Rennes dans un arrêt rendu le 31 mars 2000, considérant que « *Le critère essentiel du support de publicité réside dans le fait qu'il puisse véhiculer un message commercial, quelle qu'en soit la forme. Un message publicitaire est une communication qui, outre la présentation informative d'un produit, vise à provoquer à sa consommation. La société « Compagnie Financière du Crédit Mutuel de Bretagne » ne peut donc sérieusement contester que le site internet qu'elle a créé constitue un support publicitaire, puisqu'il vise tant par son existence même que par son contenu, à favoriser son action commerciale* »²¹².

131. Les notes internes des entreprises - Les notes internes des entreprises suscitent quelques interrogations. En effet, en principe, les supports internes tels que les courriers réservés à l'information interne d'une entreprise sont exclus de la qualification de publicité. Il arrive en effet fréquemment que des vendeurs professionnels reçoivent des études comparatives afin de mieux connaître les spécificités de leurs produits par rapport à ceux des concurrents pour ensuite mieux les présenter aux clients. Ce type de communication étant réservé aux seuls services commerciaux du producteur, il ne constitue pas une publicité. En ce sens, la Cour d'appel de Paris a jugé que « *le document litigieux n'avait nulle vocation à circuler à l'extérieur de l'entreprise concernée, ainsi que le relèvent tant l'absence des mentions habillément portées sur les documents [...] destiné à une diffusion externe [...] que la technicité même excluant qu'il puisse s'agir d'une publicité* »²¹³. De même, une revue diffusée par un constructeur d'automobiles à ses agents et portant de façon très lisible sur la page de couverture la mention « *Journal strictement réservé aux membres du réseau X. Toute diffusion publique est interdite* » ne saurait constituer une publicité²¹⁴. Ainsi, il conviendra d'analyser le document afin de déterminer si ce dernier avait vocation à rester interne à l'entreprise ou s'il avait au contraire vocation à circuler à l'extérieur de l'entreprise. Il existe parfois des divergences d'interprétation de la part des juges²¹⁵. En effet, la Cour d'appel de Paris a déjà jugé qu'un document, bien que constituant une note interne plus qu'un tract, constituait une publicité dès lors qu'il est démontré qu'il a été remis au moins à un tiers, client éventuel. Il sera néanmoins tenu compte de la diffusion limitée du document pour l'évaluation des dommages et intérêts en

²¹² CA Rennes, 31 mars 2000, RG n° 99/02428.

²¹³ CA Paris, 1^{er} décembre 2004, RG n° 03/05869, *Nestlé-Blédina*.

²¹⁴ CA Paris, Chambre 4, 27 février 1984 (cité par GREFFE François, *op.cit.*, p. 310).

²¹⁵ BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, GENTY Nicolas, FABRE Régis, « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », *Dalloz Référence*, 4^e édition, 2014, p. 141 et 142.

cas de publicité trompeuse ²¹⁶. On peut également s'interroger sur la frontière qui peut exister entre l'« outil de travail » et la publicité. En effet, lorsqu'une note interne est diffusée au sein d'une entreprise et sert d'outil de travail aux salariés, ce n'est pas de la publicité. Mais si ce document est diffusé aux salariés dans l'objectif de les inciter à acheter les produits, on pourrait considérer qu'il s'agit d'une publicité. En effet, pour être qualifié de publicité le document doit s'adresser à des clients potentiels. Les salariés de l'entreprise peuvent ainsi également être qualifiés de clients potentiels. Néanmoins, on a tendance à considérer que pour qu'une note intérieure soit qualifiée de publicité, il faut qu'elle soit remise à des tiers étrangers à la société ²¹⁷.

132. L'indifférence de la qualité des destinataires - Il importe peu que la publicité s'adresse à des consommateurs ou à des professionnels, dès lors que la publicité s'adresse à un public. En ce sens, la Cour d'appel de Versailles a qualifié de publicité des tableaux comparatifs d'imprimantes de marques concurrentes établis par la société *Lexmarck* et destinés à être présentés à des revendeurs multimarques afin de mieux mettre en évidence les caractéristiques techniques des imprimantes *Lexmarck* par rapport à celles des concurrents. En effet, la Cour d'appel considère que cette destination externe suffit à emporter la qualification de publicité quand bien même aucun client final n'en a eu connaissance ²¹⁸. La solution aurait été différente si les tableaux comparatifs étaient destinés à un usage exclusivement interne à l'entreprise concernée. Cette décision s'inscrit dans la lignée d'une décision de la Cour de cassation ²¹⁹ qui avait étendu l'application de l'interdiction de la publicité trompeuse à la publicité adressée aux commerçants qui avaient vocation à revendre la marchandise, considérant que la réglementation de la publicité ne s'appliquait pas uniquement à la publicité adressée aux consommateurs ²²⁰. En effet, les professionnels peuvent constituer des clients potentiels au même titre que les consommateurs.

²¹⁶ CA Paris, 24 janvier 1957 (cité par GREFFE François, *op.cit.*, p. 310).

²¹⁷ GREFFE François, GREFFE Pierre-Baptiste (préface LEVY Maurice), « La publicité et la loi - Droit Français - Union européenne - Suisse », *Traité*, LexisNexis, 11^e édition, p. 309 et 310.

²¹⁸ CA Versailles, Chambre 12, Section 2, 9 décembre 2004, RG n° 03/4565, *SA Epson France c/ SAS Lexmarck International*.

²¹⁹ C.Cass, Crim, 2 octobre 1980, n° 80-90.561.

²²⁰ BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, GENTY Nicolas, FABRE Régis, « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », *Dalloz Référence*, 4^e édition, 2014, p. 49.

§2 - L'indifférence de la forme publicitaire

133. La forme de la publicité est indifférente à la qualification de publicité. En effet, la publicité peut aussi bien être écrite et visuelle (A) qu'orale (B).

A) La publicité écrite et visuelle

134. Les textes ne posent aucune exigence vis-à-vis du support publicitaire. Seul l'article L.122-4 du Code de la consommation interdit l'utilisation de certains supports pour la publicité comparative. Il s'agit des emballages, des factures, des titres de transport, des moyens de paiement, et des billets d'accès à des spectacles ou à des lieux ouverts au public. *A contrario*, cela signifie qu'il s'agit de supports servant habituellement à la publicité. Les supports publicitaires sont donc très variables. Tous les supports servant habituellement à porter une publicité sont concernés. Il s'agit notamment des emballages des produits²²¹, des panneaux d'affichage²²², des affiches²²³, des prospectus²²⁴, des présentoirs, des lettres circulaires²²⁵, des bons de commandes²²⁶, des factures²²⁷, des étiquettes des produits²²⁸, des enseignes, noms de domaines et sites internet, ... De plus, les supports publicitaires qui n'ont pas pour fonction première de porter de la publicité peuvent être considérés comme tel à partir du moment où, même à titre provisoire, ils supportent une publicité. Il s'agit par exemple des sacs de courses,

²²¹ C.Cass, Crim, 14 novembre 1988, n° 8782459 (emballage magnétoscopes) / C.Cass, Crim, 26 juin 1978, n° 77-93.850 (emballage de disques) / C.Cass, Com, 27 octobre 1992, n° 91-86.591 / C.Cass, Com, 3 septembre 2002, n° 01-86.760 / C.Cass, Crim, 15 juin 2011, n° 10-86.995 / Cass, Crim, 26 septembre 2006, n° 05-87.681.

²²² C.Cass, Crim, 22 décembre 1987, n° 86-92.663.

²²³ C.Cass, Crim, 2 octobre 1985, n° 82-92.125 / C.Cass, Crim, 18 novembre 1986, n° 85-95.343 / C.Cass, Crim, 28 novembre 1991, n° 90-86.624 (affichage des prix) / C.Cass, Crim, 14 octobre 1998, n° 98-80.527 (affichage des prix).

²²⁴ C.Cass, Crim, 26 juin 1978, n° 77-93.850.

²²⁵ C.Cass, Crim, 5 mai 1981, n° 80-92.703.

²²⁶ C.Cass, Crim, 23 mars 1994, n° 92-86.351.

²²⁷ C.Cass, Crim, 21 mai 1974, n° 72-91.375 / C.Cass, Crim, 14 novembre 2000, n° 99-84.520.

²²⁸ C.Cass, Crim, 7 mars 2006, n° 05-81.773 (étiquettes de bouteilles de vin).

du menu d'un restaurant, d'un catalogue ²²⁹, d'une étiquette apposée sur une blouse ²³⁰, d'une notice d'utilisation ²³¹, d'un bulletin de participation à un jeu ²³², ... ²³³.

La publicité peut également être visuelle. Ainsi, une maquette d'un projet immobilier peut être qualifiée de publicité ²³⁴. De même, le dessin sur l'emballage d'une boisson montrant une écorce d'orange et une tranche d'orange, laissant croire que la boisson était fabriquée à partir d'oranges pressées, a été qualifié de publicité ²³⁵.

B) La publicité sonore

135. La publicité n'est pas toujours écrite, mais peut aussi être orale. Ainsi, la parole est un support possible de publicité. Outre les publicités radiophoniques et audiovisuelles, il peut s'agir par exemple de bonimenteurs dans les foires, de la publicité par téléphone, ou encore des haut-parleurs dans les magasins. Ainsi, la récitation orale d'une notice a été considérée comme une publicité ²³⁶. De même, les propos tenus par des vendeurs auprès des consommateurs peuvent être qualifiés de publicité. En ce sens, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a clairement affirmé que la publicité pouvait exister de manière orale. En l'espèce, il s'agissait d'un parfumeur qui commercialisait des imitations de parfums célèbres. Il n'effectuait aucune publicité écrite, mais réalisait des tableaux de concordance entre ses parfums et les imitations et les transmettait oralement à ses vendeurs et à ses distributeurs, et leur demandait de les apprendre par cœur. En faisant cela, il pensait, à tort, échapper au régime de la publicité trompeuse qui existait à l'époque (aujourd'hui regroupé au sein des pratiques commerciales trompeuses). La Cour d'appel a considéré que « *L'absence de publicité de la part de la société FM à laquelle il est fait deux fois référence dans le jugement doit s'entendre comme étant une*

²²⁹ C.Cass, Crim, 8 décembre 1987, n° 85-92.404 / C.Cass, Crim, 7 mai 1985, n° 84-92.138 (catalogue d'une agence de voyage).

²³⁰ C.Cass, Crim, 23 février 1989, n° 88-82.291.

²³¹ C.Cass, Crim, 16 novembre 1994, n° 94-80.749 / C.Cass, Crim, 12 novembre 1986, n° 85-95.538.

²³² Tribunal correctionnel, Quimper, 6 septembre 2000, n° 1816/00, *JurisData* n°2000-124874 : un cuisiniste avait diffusé à l'intérieur de ses magasins des bulletins de participation à une loterie proposant de gagner une cuisine ou une salle de bain. Le bulletin de participation a le caractère de publicité puisqu'il vise « à attirer les consommateurs ». Il importe peu que la publicité ait eu pour « objet de susciter la participation à une loterie gratuite » (V. également : C.Cass, Crim, 28 mai 1997, n° 96-84.342).

²³³ BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, GENTY Nicolas, FABRE Régis, « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », *Dalloz Référence*, 4^e édition, 2014, p. 50 à 53.

²³⁴ Tribunal correctionnel, Paris, 2 juillet 1982 (cité par BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, *op.cit.*, p. 51)

²³⁵ CA Versailles, 17 mai 1978, *Affaire Tang*, confirmé par C.Cass, Crim, 13 mars 1979, n° 78-92.341.

²³⁶ Tribunal correctionnel, Lyon, 15 juin 1972, *Cidicé Poucet et Danic c/ M.P* (cité par GREFFE François, *op.cit.*, p. 347).

*absence de publicité habituellement utilisée en matière de promotion de parfums par voie de presse, d'images ou autres moyens de communication largement utilisés dans les médias, la référence à l'absence de ce mode de publicité n'exclut pas l'existence d'une publicité verbale diffusée par des distributeurs auprès d'un public contacté par des moyens différents de ceux résultant d'une utilisation des médias. Les arguments de vente développés verbalement auprès des clients recherchés par les distributeurs de la société FM impliquent bien l'existence d'une publicité réelle destinée, dans un but lucratif, à attirer une clientèle [...] »*²³⁷. Cette solution est conforme à la position de la Cour de cassation qui définit la publicité comme « *TOUT moyen d'information destiné à permettre à un client de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service proposé* »²³⁸. La difficulté de la publicité orale est qu'elle est plus difficile à prouver, ce qui explique que les décisions condamnant des publicités orales soient peu nombreuses. De plus, outre cette difficulté probatoire, peut également se poser un problème de responsabilité lorsque le « support » de la publicité est le salarié de la société²³⁹. En ce sens, la Cour de cassation a refusé d'admettre la responsabilité collective du vendeur et de son employeur lorsqu'il n'était pas démontré que ce dernier était informé du caractère trompeur des propos de son vendeur²⁴⁰.

136. Conclusion - Ainsi, bien que le caractère attractif de la publicité soit parfois limité, notamment dans les secteurs jugés sensibles tels que les jeux d'argent ou encore l'alcool, la publicité poursuit nécessairement un objectif promotionnel, puisque l'objectif de l'annonceur est d'inciter les consommateurs à acheter ses biens et services. Cela implique que la publicité soit diffusée au public. De plus, la forme publicitaire est indifférente à la qualification de publicité, puisque la publicité peut aussi bien être écrite que parlée. La publicité peut également être simplement visuelle puisqu'une simple image peut être une publicité.

Section 2 : Des critères de qualification en débat

137. Certains critères de qualification semblent faire débat. C'est le cas notamment du cadre professionnel (§1) et de la contrepartie (§2).

²³⁷ CA Aix-en-Provence, 23 février 1994, CCC 1995, n° 17 (cité par BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, *op.cit.*, p. 54).

²³⁸ C.Cass, Crim, 12 novembre 1986, n° 85-95.538.

²³⁹ BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, GENTY Nicolas, FABRE Régis, « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », *Dalloz Référence*, 4^e édition, 2014, p. 53 et 54.

²⁴⁰ C.Cass, Crim, 13 décembre 1982, n° 81-94.953.

§1 - La nécessité d'un cadre professionnel

138. La publicité doit se faire dans un cadre professionnel, ce qui implique que la publicité émane du producteur ou du professionnel qui commercialise le produit (A), et que la publicité poursuive un but commercial (B).

A) Une publicité devant émaner du professionnel commercialisant le produit ou le service

139. *Une publicité intéressée* - Cette idée selon laquelle la publicité se fait « dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale » ressort de presque toutes les définitions. La conséquence directe de cette exigence est qu'*a priori*, les associations ou groupements à but non lucratif poursuivant un idéal ne peuvent pas réaliser de publicité²⁴¹. Ils peuvent en revanche effectuer d'autres types de communications afin d'inciter notamment les pouvoirs publics à faire évoluer la législation sur certains sujets qu'ils défendent, mais il ne s'agit pas d'une publicité à proprement parlé. Certains auteurs évoquent l'idée selon laquelle la publicité doit être intéressée, c'est-à-dire que l'annonceur doit trouver un intérêt dans l'opération publicitaire²⁴². Ainsi, étant donné que la publicité a pour objectif de promouvoir un produit ou un service, celui qui y a intérêt c'est le vendeur ou le producteur de ces biens ou services, de sorte que pour qu'il y ait publicité, l'annonceur doit être le vendeur ou le producteur des produits. L'intérêt de l'annonceur est que les clients potentiels à qui est adressée la publicité deviennent des clients réels et consomment les produits ayant fait l'objet de la publicité, ou les produits de la marque lorsque la publicité vise non pas à promouvoir un produit en particulier mais l'image d'une marque. L'intérêt de l'annonceur est donc essentiellement financier, puisque l'objectif de la publicité est d'inciter les clients à acheter ses produits. Cependant, l'intérêt n'est pas toujours financier. En effet, la Cour de cassation a qualifié de publicité l'envoi de dépliants publicitaires par une société proposant aux participants de gagner des lots gratuitement après tirage au sort²⁴³. Pour être qualifiée de publicité, la communication doit émaner du professionnel qui commercialise le produit. La Cour de cassation a précisé que le fait qu'un message publicitaire en faveur d'une boisson alcoolique soit relayé par un consommateur à son

²⁴¹ DE BELLESCIZE Diane, FRANCESCHINI Laurence, « Droit de la communication », *Thémis Droit, Presses Universitaires de France*, 2^e édition, Octobre 2011, p. 245 à 247.

²⁴² BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, GENTY Nicolas, FABRE Régis, « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », *Dalloz Référence*, 4^e édition, 2014, p. 49 et 50.

²⁴³ C.Cass, Crim, 8 mars 1990, n° 87-81.049.

réseau d'amis *Facebook* ne lui faisait pas perdre son caractère publicitaire ²⁴⁴. En effet, le message publicitaire émanait bien du professionnel et non de l'internaute, qui se contentait simplement de le relayer, sans en modifier le contenu.

140. Les communications réalisées par des tiers étrangers à l'activité professionnelle - Les communications réalisées par des tiers étrangers à l'activité professionnelle ne sont généralement pas qualifiées de publicité. Le critère de l'activité professionnelle permet ainsi de faire la distinction entre la publicité et l'information. En effet, lorsque l'information sur un produit est délivrée par une personne étrangère à l'activité professionnelle, l'information sera plus objective que lorsqu'elle est délivrée par l'annonceur lui-même qui aura tendance à en exagérer les qualités. En ce sens, les comparaisons réalisées par des associations de défense des consommateurs ne sont pas qualifiées de publicité comparative car les associations ne vendent aucun des produits faisant l'objet de la publicité. A l'inverse, si la même publicité était réalisée par l'un des vendeurs des produits comparés, elle tomberait sous le coup de la publicité. De même, la Cour d'appel de Paris a considéré que l'*interview* d'un dirigeant de société qui comparait son mode de distribution à celui d'un concurrent devait être qualifiée de publicité. En effet, le dirigeant de la société était intéressé par la publicité, en ce sens que la publicité « *n'émane pas d'une personne étrangère au milieu professionnel qui n'aurait en vue que d'informer le plus exactement possible le public des avantages et des inconvénients respectifs de chacun des modes de distribution* » ²⁴⁵. L'objectif de la publicité est de promouvoir les biens ou les services de l'annonceur. Il est donc nécessaire de bien distinguer l'annonceur de « *l'homme de science* » qui réalise des comparaisons de manière désintéressées, « *à des fins purement documentaires ou scientifiques* » ²⁴⁶. Ainsi, lorsque la présentation d'un produit émane d'un tiers, elle constitue une information objective, et ne rentre pas dans le cadre de la publicité qui délivre une information subjective ²⁴⁷. Cependant, cela reste à nuancer dans la mesure où un tiers peut présenter le produit sur la base de son expérience personnelle vis-à-vis du produit, qui sera donc par nature subjective. En ce sens, la CJCE a jugé que « *la diffusion par un tiers d'informations relatives à un médicament, notamment à ses propriétés curatives ou préventives, peut être considérée comme de la publicité au sens de cet article même lorsque ce tiers agit de sa propre initiative et de manière totalement indépendante, en droit comme en fait,*

²⁴⁴ C.Cass, Civ 1^{ère}, 3 juillet 2013, n° 12-22.633.

²⁴⁵ CA Paris, Chambre 4, Section B, 20 février 1992, RG n° 23.332/89, *JurisData* n° 1992-020536.

²⁴⁶ NOBLOT Cyril, « Droit de la consommation », *LGDJ, Montchrestien, Focus Droit*, 2012, p. 162 à 166.

²⁴⁷ BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, GENTY Nicolas, FABRE Régis, « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », *Dalloz Référence*, 4^e édition, 2014, p. 142 et 143.

du fabricant ou du vendeur d'un tel médicament »²⁴⁸. Cet arrêt est intéressant puisque la CJCE considère que les informations délivrées par un tiers, totalement étranger au produit, peuvent être qualifiées de publicité. Cet arrêt pourrait avoir pour conséquence de qualifier de publicité les communications réalisées par des influenceurs même lorsqu'ils ne sont pas rémunérés et qu'ils n'ont aucun lien avec la marque, voire de qualifier de publicité les avis émis par les internautes sur tel ou tel produit ou service. Néanmoins, cet arrêt peut être relativisé dans la mesure où la CJCE précise qu'elle interprète la notion de publicité « *au sens de* » l'article 86 de la directive du 6 novembre 2001 réglementant les médicaments à usage humain²⁴⁹. Ainsi, l'objectif de la CJCE est de protéger les consommateurs face à la publicité des médicaments car ce sont des produits qui peuvent être dangereux. La CJCE a donc une interprétation extensive de la notion de publicité afin d'éviter les détournements de la réglementation en la matière. Ainsi, on pourrait considérer qu'en principe, une communication réalisée par un tiers étranger à l'activité professionnelle n'est pas une publicité. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'un secteur très réglementé tel que les médicaments, l'alcool, le tabac, ... la communication pourrait rentrer dans le champ d'application de la publicité pour être soumise aux mêmes règles que la publicité puisqu'il y a un objectif de santé publique important.

B) Une publicité poursuivant un but commercial

141. La nécessité d'un intérêt commercial - La publicité doit se faire dans le cadre « *d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ». Ainsi, on peut en déduire qu'en principe la publicité doit poursuivre un but commercial, c'est-à-dire que la publicité doit avoir pour objectif d'augmenter les ventes de l'annonceur à l'origine de la publicité. En ce sens, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'une communication faite lors d'un congrès national vétérinaire ne pouvait pas être qualifiée de publicité, faute d'intérêt commercial, même si le congrès de professionnels s'adresse à des clients potentiels. Le congrès avait pour objectif de présenter au public de nouveaux produits afin de montrer les progrès réalisés dans le domaine de la santé animale.²⁵⁰ Ce critère de l'intérêt commercial permet de faire la distinction entre les publicités et les « communications d'opinion » qui ne relèvent pas de la qualification de publicité. Une communication d'opinion est un message qui a pour objet d'exprimer le point de vue d'une

²⁴⁸ CJCE, 2 avril 2009, Affaire C-421/07, *Damgaard*.

²⁴⁹ Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain.

²⁵⁰ CA Paris, 15 mai 1998, Chambre 4, Section B, RG n° 95-12718, *JurisData* n° 1998-021143, *Société Virbac c/ Société Merial*.

entreprise sur un thème donné afin de faire changer l'opinion du public ou des pouvoirs publics. Le message véhiculé n'a pas de caractère commercial, et ne constitue donc pas une publicité. En ce sens, la Cour d'appel de Colmar a jugé que la campagne diffusée par le groupe de distribution *Leclerc*, visant à obtenir le droit de vendre des médicaments non remboursés dans les parapharmacies de ses centres commerciaux, ne rentrait pas dans le champ d'application de la publicité, dans la mesure où la campagne ne visait pas à promouvoir la vente d'un bien effectivement proposé sur le marché mais à obtenir un changement de législation ²⁵¹.

142. *Un intérêt pouvant être uniquement personnel* - Cependant, l'article 3 du DSA précise que pour être qualifiées de publicité, les informations destinées à promouvoir le message de l'annonceur peuvent avoir des « *visées commerciales ou non commerciales* ». Ainsi, au sens du DSA, la publicité ne poursuit pas nécessairement un intérêt commercial. En ce sens, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'il n'était pas nécessaire d'avoir la qualité de commerçant pour effectuer une publicité, dès lors que l'annonceur y trouve un intérêt personnel. En l'espèce, la Fédération des mutuelles de France avait lancé une campagne publicitaire consistant à stigmatiser les sociétés d'assurance. La Cour d'appel de Paris a considéré que la campagne devait être qualifiée de publicitaire dès lors que la Fédération des mutuelles de France y trouvait un intérêt personnel ²⁵².

143. *L'avis du Conseil de l'Ethique Publicitaire (CEP)* - Le CEP s'est interrogé sur la question de savoir si les « *campagnes non mercantiles* » devaient obéir aux mêmes règles de déontologie professionnelle que celles qui relèvent de la communication commerciale ²⁵³. Le CEP fait le constat que ces campagnes ont généralement tendance à avoir recours à des images plus choquantes et plus violentes que les publicités qui poursuivent un but commercial. L'ARPP est ainsi régulièrement saisi de plaintes émises à l'encontre de ces campagnes. Les publicités non commerciales sont très diversifiées. Il s'agit tout d'abord de la publicité politique pratiquée notamment par des partis, des élus ou des candidats au moment des élections. En France ce type de publicité est très limité, privilégiant ainsi les campagnes officielles faisant l'objet d'une réglementation précise. Ensuite, il y a les campagnes d'intérêt général émanant d'organismes publics ou d'associations sans but lucratif. Il s'agit notamment des campagnes de prévention pour le tabagisme, l'alcool, la sécurité routière, la lutte contre l'inceste, la lutte contre les

²⁵¹ CA Colmar, 7 mai 2008, RG n° 08/02047.

²⁵² CA Paris, Chambre 1, Section des urgences, 6 novembre 1989, RG n° 89-006742.

²⁵³ CEP, « Campagnes d'opinion et publicité non commerciale », 28 janvier 2009.

violences conjugales, la protection des animaux, ... Ces campagnes sont généralement qualifiées de « campagnes d'opinion ». Le CEP considère que ces campagnes d'opinion, même si elles ne poursuivent pas de but commercial, doivent rester dans la compétence de l'autodiscipline publicitaire. En effet, ces campagnes sont diffusées sur des supports publicitaires et font appel aux techniques et aux professionnels de la publicité, de sorte qu'aux yeux des consommateurs, il s'agit de publicités. Ainsi, tout annonceur qui fait de la publicité, que celle-ci ait une visée commerciale ou non, doit respecter les règles de l'ARPP, et *a fortiori*, les règles légales en matière de publicité. En effet, ce n'est pas parce qu'une campagne associative poursuit une finalité humanitaire ou désintéressée qu'elle peut échapper aux règles relatives à la publicité et ainsi choquer le public. Le CEP rappelle également que l'identification du caractère publicitaire du message apparaît ici primordiale pour ce type de campagnes, pour des raisons tenant notamment à des préoccupations relatives à l'ordre public (sectes, terrorisme, ...). Le Jury d'Ethique Publicitaire en Belgique a rendu un avis similaire à celui du CEP ²⁵⁴, considérant que les textes autodisciplinaires et légaux doivent s'appliquer à la publicité non commerciale, sauf lorsque ces textes ont expressément exclu la publicité non commerciale de leur champ d'application.

§2 - La nécessité d'une contrepartie

144. Certains textes exigent que la publicité soit diffusée moyennant rémunération ou autre contrepartie (A). Cependant, il convient de constater que ce critère ne semble plus aujourd'hui être un critère de qualification pertinent pour qualifier une publicité, puisque certaines publicités sont diffusées gratuitement, en l'absence de toute contrepartie (B).

A) Un intérêt souvent financier : la diffusion de la publicité moyennant rémunération

145. Plusieurs définitions font référence à l'idée selon laquelle la publicité doit être diffusée moyennant « *paiement / rémunération ou autre contrepartie* ». Ce critère paraît évident en ce qui concerne les médias traditionnels. En effet, pour diffuser sa publicité à la télévision, à la radio, dans la presse, ou encore en affichage réglementé, l'annonceur doit acheter un espace

²⁵⁴ JEP, « Règles relatives à la publicité non commerciale, compétence du JEP et dispositions applicables », 2015 : https://www.jep.be/sites/default/files/rule_recommandation/regles_relatives_a_la_publicite_non-commerciale_-_juin_2015_0.pdf.

publicitaire. Le critère de la rémunération est en effet présent dans les définitions de la publicité télévisée (article 2 du décret du 27 mars 1992 et article 1^{er} de la directive du 10 mars 2010). On retrouve également cette exigence de rémunération à l'article 3 du DSA. Ainsi, la publicité diffusée sur une plateforme doit se faire moyennant rémunération de la plateforme. Cela signifie que les marques vont payer la plateforme en ligne pour que leurs publicités soient diffusées sur l'interface de la plateforme. C'est par exemple le cas sur *YouTube* où les marques payent pour que leurs publicités soient diffusées au début et au milieu des vidéos. De même, sur les réseaux sociaux, certains annonceurs payent pour voir leurs annonces mises en avant dans le *feed* des internautes. Néanmoins, les définitions parlent de « *paiement* », de « *rémunération* », ou d'« *autre contrepartie* ». Par conséquent, la contrepartie peut être financière, mais on peut également imaginer d'autres contreparties. En ce sens, la CJUE a précisé que la contrepartie devait avoir une valeur patrimoniale pour la publicité, que cela soit sous la forme du versement d'une somme d'argent ou sous toute autre forme, dès lors qu'il existe un lien certain entre le financement accordé par l'annonceur et la publication. Tel est notamment le cas de la mise à disposition gratuite par le même professionnel d'images protégées par des droits d'auteur, sur lesquelles sont visibles les locaux commerciaux et des produits commercialisés par celui-ci²⁵⁵. La question se posera également de savoir si l'envoi de produits gratuitement par une marque aux influenceurs peut constituer une contrepartie susceptible d'entraîner la qualification de publicité.

B) Une contrepartie parfois absente

146. Il convient de constater que cette exigence de contrepartie n'est pas présente dans toutes les définitions de la publicité. En effet, l'article 2 de la directive du 12 décembre 2006 relative à la publicité comparative ne mentionne pas cette exigence. On peut alors s'interroger sur la pertinence de cette exigence. En effet, la Cour d'appel de Grenoble a déjà qualifié de publicité l'insertion par un hôtelier d'un message dans un guide de restaurants, bien que l'insertion dans ce guide fût gratuite, considérant que « *Le terme de publicité s'applique à toute sollicitation du public qu'elle soit rémunérée ou non* »²⁵⁶. Le fait de ne pas exiger de rémunération permet de rattraper et de faire entrer dans le champ de la publicité toutes les communications qui tenteraient d'y échapper. Ainsi par exemple, l'affichage en dehors des espaces autorisés est

²⁵⁵ CJUE, 2 septembre 2021, Affaire n° C-371/20, *Peek & Cloppenburg*.

²⁵⁶ CA Grenoble, 9 octobre 1984, *Gaz. Pal.* 1985, n° 18 (cité par BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, *op.cit.*, p. 50).

qualifié de sauvage. Si une entreprise réalise cet affichage sauvage elle-même, sans recourir à un tiers, il n'y a pas de rémunération. Or, il semble nécessaire de qualifier ces campagnes de publicitaires afin de les sanctionner notamment pour non-respect des réglementations environnementales relatives à la publicité²⁵⁷. De même, la publicité clandestine à la télévision est une publicité qui se réalise hors des écrans publicitaires. Pour autant, cela reste de la publicité, et l'ARCOM qui est chargée notamment de sanctionner les publicités clandestines, ne va pas rechercher s'il y a eu une rémunération ou non de la part de l'annonceur. De plus, on constate aujourd'hui que de nombreuses entreprises, notamment des entreprises de petites tailles, qui n'ont pas beaucoup de ressources, créent un compte sur les réseaux sociaux, notamment sur *Instagram*, *TikTok*, ... au nom de leur entreprise et publient des photos et des vidéos pour montrer leur activité, présenter leurs produits, ... On sait aujourd'hui que beaucoup d'entreprises se font d'abord connaître sur les réseaux sociaux. Or, ouvrir un compte sur les réseaux sociaux est totalement gratuit. Il n'y a donc pas de rémunération de la part de l'annonceur s'il réalise ses propres photos et vidéos sans recourir à un tiers (influenceur, ...). Pour autant, il semble nécessaire de qualifier ces communications de publicité afin de les obliger à respecter les règles légales et déontologiques relatives à la publicité. En effet, par exemple, la publicité pour l'alcool ou le tabac est très réglementé, de sorte qu'il semble nécessaire d'adopter une vision large de la publicité afin d'éviter que des annonceurs tentent de contourner les réglementations. Si on fait de la contrepartie un critère essentiel, cela pourrait permettre à des entreprises d'alcool ou de tabac de faire des communications sur leurs propres réseaux sociaux, qui échapperaient à la réglementation faute de contrepartie, ce qui créerait en outre une concurrence déloyale avec les entreprises respectant les réglementations. Ainsi, la contrepartie était peut être un critère essentiel à l'époque avec les médias traditionnels (télévision, radio, presse, ...), mais n'est plus un critère essentiel aujourd'hui avec l'évolution des méthodes publicitaires. Le critère de la rémunération, bien que non essentiel à la qualification de publicité, reste cependant un critère pertinent et peut être un critère parmi d'autres pour qualifier une communication de publicité.

147. Conclusion - De façon générale, plusieurs critères de qualification semblent être requis pour qu'une communication soit qualifiée de publicité. Tout d'abord, le message doit avoir une visée promotionnelle, c'est-à-dire qu'il doit promouvoir les biens, les services ou l'image de marque de l'annonceur. Cela implique que la publicité soit diffusée au public afin de toucher le

²⁵⁷ CEP, Note relative à l'affichage sauvage, 9 mars 2023.

plus de consommateurs. De plus, contrairement à une information qui est objective, la publicité est davantage subjective puisque la publicité n'émane pas d'un tiers étranger à l'activité professionnelle, de sorte que l'annonceur est intéressé à la publicité. En effet, pour être qualifié de publicité, le message doit émaner du professionnel qui commercialise le bien ou le service. Le message doit ainsi poursuivre un but commercial, qui se déduit à la fois du caractère promotionnel de la publicité et du cadre professionnel. Enfin, la publicité est diffusée sur un support publicitaire moyennant contrepartie, ce qui signifie que l'annonceur paye pour voir sa publicité diffusée. Cependant, on constate aujourd'hui que ce critère de qualification n'est pas toujours pertinent et essentiel pour qualifier une communication de publicité.

Chapitre 2 : L'émergence de nouvelles formes de publicité

148. Maintenant que les différents critères de qualification de la publicité semblent être posés, il convient de s'intéresser aux nouvelles pratiques publicitaires afin de déterminer si ces dernières relèvent ou non de la qualification de publicité. En effet, du fait de la digitalisation de la société, de nombreuses pratiques voient le jour sur internet, et notamment sur les réseaux sociaux. Il convient dès lors de s'intéresser aux influenceurs, dont les obligations ont été renforcées avec la loi du 9 juin 2023 (**Section 1**), ainsi qu'aux autres pratiques telles que les comparateurs, les avis en ligne, ou encore les publications faites par les entreprises sur leurs propres réseaux sociaux (**Section 2**).

Section 1 : L'influence commerciale

149. L'article 1^{er} de la loi du 9 juin 2023 définit l'activité d'influence commerciale par voie électronique comme étant l'activité des « *personnes physiques ou morales qui, à titre onéreux, mobilisent leur notoriété auprès de leur audience pour communiquer au public, par voie électronique, des contenus visant à faire la promotion, directement ou indirectement, de biens, de services ou d'une cause quelconque [...]* ». L'objectif de la loi est d'encadrer non pas les influenceurs de manière générale, mais l'activité d'influence commerciale par voie électronique, afin de protéger les consommateurs face à la montée en puissance du *marketing* d'influence, consistant pour un influenceur à utiliser sa notoriété pour promouvoir auprès de sa communauté un produit, un service ou une cause quelconque, et ainsi influencer le comportement des personnes qui le suivent. La loi vise les « *personnes physiques et morales* ».

Le plus souvent, l'influenceur est une personne physique qui, en tant que professionnel, devra s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés. L'influenceur peut également constituer une société commerciale et sera alors déclarée en tant que personne morale ²⁵⁸. Il convient de remarquer que la loi reprend les différents critères posés précédemment dans la définition de l'activité d'influence commerciale. En effet, on retrouve le critère de la promotion d'un bien, d'un service ou d'une cause quelconque, ainsi que l'exigence d'une diffusion au public (§1). De plus, pour que le contenu publicitaire soit qualifié de publicitaire, il faut que l'annonceur et la marque ait conclu un contrat de partenariat, ce qui implique que l'annonceur ait reçu une contrepartie et que la marque contrôle le contenu publié par l'annonceur (§2).

§1 - La promotion d'un bien, d'un service, ou d'une cause quelconque

150. Pour être qualifiée de publicité, la communication réalisée par l'influenceur doit faire la promotion d'un bien, d'un service, ou d'une cause quelconque. Cela implique que la communication soit diffusée au public (A), et qu'elle ait un caractère attractif (B).

A) La diffusion au public

151. La loi précise que pour exercer l'activité d'influence commerciale, l'influenceur doit « *communiquer au public* » des contenus faisant la promotion de biens, de services, ou d'une cause quelconque. Ce critère ne semble pas poser de difficulté pour les influenceurs dans la mesure où l'objectif de l'influenceur est de se faire connaître auprès des internautes afin d'avoir le plus d'abonnés possibles. Les spécialistes du *marketing* classent généralement les influenceurs en quatre catégories selon la taille de leur audience. On retrouve ainsi les nano-influenceurs, qui sont généralement des consommateurs passionnés (moins de 10 000 abonnés), les micro-influenceurs, qui sont des experts (entre 10 000 et 100 000 abonnés), les macro-influenceurs (entre 100 000 et 500 000 abonnés), et enfin les célébrités (plus de 1,5 millions d'abonnés) qui sont des médias à part entière ²⁵⁹. Ainsi, le nombre d'abonnés n'est pas un critère pertinent pour la qualité d'influenceur. Il faudra cependant que le compte de l'influenceur soit en public, et non en privé, afin que le caractère public soit rempli.

²⁵⁸ CARRIÉ Laurent, « L'influenceur et son influence commerciale depuis la loi du 9 juin 2023 », *Légipresse, Dalloz*, 2023, p. 459.

²⁵⁹ CARRIÉ Laurent, « L'influenceur digital : Définition - Obligations - Statuts », *Légipresse, Dalloz*, 2019, p. 83.

152. La loi vise les influenceurs qui « *mobilisent leur notoriété auprès de leur audience* ». Le député Eric BOTHOREL estimait que la notion de « *notoriété* » serait trop difficile à qualifier pour le juge, et « *impliquerait d'entrer dans une logique de seuil qui n'est pas efficiente, puisque les micro-influenceurs, malgré une audience réduite, peuvent avoir un fort impact sur les comportements de consommation des consommateurs* »²⁶⁰. Il semble en effet peu pertinent d'entrer dans une logique de seuil, puisqu'un petit influenceur peut tout aussi bien modifier le comportement des consommateurs qu'un influenceur plus connu. De plus, aujourd'hui, à l'ère de la publicité ciblée, le nombre d'abonnés n'est plus forcément un critère pertinent puisque les consommateurs ne voient pas uniquement les vidéos des influenceurs auxquels ils sont abonnés. En effet, les plateformes proposent aux internautes des vidéos et des contenus qui pourraient les intéresser, et non uniquement les contenus auxquels ils sont abonnés. Un consommateur peut ainsi être influencé par le contenu d'un micro-influenceur. De plus, du point de vue du consommateur, il importe peu que l'influenceur ait un nombre d'abonnés important ou non. Un consommateur sera même davantage sensible à une publicité faite par un petit influenceur pour un produit peu connu qu'une publicité faite par plusieurs influenceurs très connus qu'il a par conséquent déjà vu plusieurs fois. La notoriété de l'influenceur soit s'apprécier relativement à son audience. En ce sens, Emmanuel NETTER considérait sur un ton humoristique que « *pour vendre, il peut être plus efficace de louer les services d'un gourou dont un petit nombre de fidèles considère la parole comme sacrée que de s'adresser à un amuseur suivi d'un œil distrait par un public dix fois plus nombreux* »²⁶¹. L'essentiel pour la marque est que l'influenceur ait une notoriété auprès de la communauté qu'elle souhaite cibler, peu importe que ce dernier soit connu du grand public. En effet, certains influenceurs sont très spécialisés par exemple dans le domaine informatique, dans le domaine des jeux vidéo, dans le domaine de la beauté, dans le domaine du sport, de la musique, ... Ainsi, selon le public qu'elles souhaitent toucher, les marques vont s'engager auprès de tel ou tel influenceur²⁶². Certains auteurs considèrent que la notoriété pourrait se déduire de la nature commerciale de l'activité d'influence. En effet, les marques ne font pas appel à un influenceur avec une faible notoriété pour promouvoir leurs produits. Ainsi, si plusieurs annonceurs font

²⁶⁰ Assemblée nationale, n° 1006, « Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques sur la proposition de loi visant à lutter contre les arnaques et les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux » (n° 790), Par MM. Arthur DELAPORTE et Stéphane VOJETTA, Article 1^{er}: https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/rapports/cion-eco/116b1006_rapport-fond.

²⁶¹ NETTER Emmanuel, « Commentaire de la loi sur l'influence commerciale et le déclin du Droit commun », *RTD Com*, 2023, p. 853.

²⁶² CARRIÉ Laurent, « L'influenceur digital : Définition - Obligations - Statuts », *Légipresse, Dalloz*, 2019, p. 83.

appel à un influenceur pour lui proposer des partenariats, on peut en déduire que cet influenceur a une notoriété importante ²⁶³.

B) Le caractère attractif de la publicité

153. La loi précise que pour exercer l'activité d'influence commerciale, l'influenceur doit faire la « *promotion, directement ou indirectement, de biens, de services ou d'une cause quelconque* ». La « *promotion* » doit s'entendre de manière large et vise notamment les avis, les retours d'expérience, et les *crash-tests* réalisés par les influenceurs ²⁶⁴. Par conséquent, les contenus purement informatifs et les contenus négatifs semblent échapper à la notion de promotion.

154. *La frontière parfois délicate avec l'information* - La frontière entre la promotion et l'information peut parfois être délicate dans le cadre du *marketing* d'influence, puisque contrairement aux médias classiques, les influenceurs disposent d'un temps beaucoup plus important pour réaliser une communication commerciale. Ainsi, certains influenceurs sont spécialisés dans les *crash-tests* et les comparaisons de produits, notamment dans le domaine de la technologie, et les marques leur envoi gratuitement des produits, et parfois même avant leur sortie officielle, afin que les influenceurs puissent les tester en vidéo et donner leur avis ²⁶⁵. L'objectif des influenceurs est d'éclairer les consommateurs sur les avantages et les inconvénients des produits et ainsi de les orienter dans leur choix. Ces vidéos sont intéressantes pour les consommateurs puisque les influenceurs peuvent expliciter certains éléments du produit parfois difficiles à comprendre pour des consommateurs, en détaillant par exemple les composants du produit ou encore en expliquant les termes techniques employés notamment pour les produits informatiques. Ces vidéos font généralement suite à la sortie d'un nouveau produit dont tout le monde entend parler, et les influenceurs vont ainsi le tester en vidéo et le comparer avec d'autres produits similaires afin de savoir si ce nouveau produit révolutionne réellement le marché, et si les publicités réalisées autour de ce produit sont véridiques. On pourrait rapprocher ce type de vidéo des essais comparatifs réalisés notamment par les

²⁶³ NETTER Emmanuel, « Commentaire de la loi sur l'influence commerciale et le déclin du Droit commun », *RTD Com*, 2023, p. 853.

²⁶⁴ Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, « Guide de bonne conduite, Influence commerciale - L'essentiel de vos droits et devoirs pour votre activité d'influence commerciale », Décembre 2023, p. 14.

²⁶⁵ CARRIÉ Laurent, « L'influenceur et son influence commerciale depuis la loi du 9 juin 2023 », *Légipresse, Dalloz*, 2023, p. 459.

associations de défense des consommateurs, puisque l'objectif est d'informer de la manière la plus neutre possible les consommateurs. Parfois l'influenceur a acheté les produits lui-même. Dans ce cas, ce n'est pas de la publicité. Cependant, lorsque c'est la marque qui lui a envoyé les produits à tester, la communication de l'influenceur pourra, selon les cas, être qualifiée de publicitaire.

155. *Les communications négatives* - La communication de l'influenceur doit avoir pour objectif de promouvoir un produit ou un service (discours promotionnel, présentation verbale ou visuelle à visée promotionnelle, ...), ce qui n'est pas toujours le cas ²⁶⁶. En effet, le métier d'influenceur vise à influencer le comportement des consommateurs, que ce soit en les incitant à acheter le produit ou au contraire, en les incitant à ne pas consommer le produit. En effet, il arrive fréquemment que des marques envoient des produits gratuitement à des influenceurs, sans que ces derniers soient obligés d'en parler en vidéo. Cependant, certains influenceurs décident de tester les produits en vidéo et donnent ainsi leur avis, qui peut parfois être négatif, ce qui incite donc les consommateurs à ne pas acheter le produit. Cela relève de la liberté d'expression des influenceurs. Les seules limites à cette liberté d'expression sont la diffamation et le dénigrement ²⁶⁷. Ainsi, un influenceur peut émettre un avis négatif sur un produit, mais cela ne doit pas aller jusqu'à dénigrer l'image de la marque. Ces limites sont importantes puisque sur les réseaux sociaux, les contenus publiés par les influenceurs sont diffusés très rapidement à un grand nombre d'internautes. Une marque peut donc très vite avoir une réputation en ligne négative ²⁶⁸. En effet, les influenceurs sont devenus de « véritables vitrines » à travers lesquelles les marques sont présentées aux internautes, que ce soit positivement, négativement, ou même sous un angle neutre. Les marques sont très attentives quant au choix des influenceurs à qui elles vont envoyer des cadeaux, afin de préserver leur *e-réputation* ²⁶⁹.

156. *La promotion d'une cause quelconque* - La loi précise que l'activité d'influence commerciale consiste à faire la promotion d'un bien, d'un service, ou d'une « cause quelconque ». La notion de « cause quelconque » dépasse largement le cadre habituel de la

²⁶⁶ CARRIÉ Laurent, « Fasc. 322 : L'influenceur », *JurisClasseur Communication*, 30/04/2022.

²⁶⁷ Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, « Guide de bonne conduite, Influence commerciale - L'essentiel de vos droits et devoirs pour votre activité d'influence commerciale », Décembre 2023, p. 12.

²⁶⁸ Selon la CNIL, « *l'e-réputation est la réputation en ligne ou l'identité numérique d'une personne sur Internet. Cette e-réputation est entretenue par tout ce qui concerne cette personne et qui est mis en ligne sur les réseaux sociaux, les blogs ou les plates-formes de partage de vidéos* ».

²⁶⁹ BOUCHARA Vanessa, MAIER Adèle, « Les influenceurs peuvent-ils tout se permettre ? Du droit à la critique à la promotion de contrefaçons », *Légipresse* 2021/HS2, n° 66, p. 49 à 63, Cairn.

publicité commerciale. L'objectif est ici d'élargir le champ de l'activité d'influence commerciale en y intégrant des formes de promotion très diverses. Cependant, cette notion de « *cause quelconque* » est trop générale, ce qui est problématique dans la mesure où cela inclut potentiellement les causes politiques, religieuses, syndicales, philanthropiques, ... ²⁷⁰. Néanmoins, certains auteurs, dont Emmanuel NETTER, considèrent que dès lors que les influenceurs ont été rémunérés pour porter de tels messages, il n'apparaît pas problématique de les soumettre à la loi ²⁷¹. De plus, si l'on reprend la définition de la publicité donnée par le DSA, on constate que cette dernière est encore plus large, puisqu'elle vise les publicités, qu'elles aient des visées commerciales ou non. Le but commercial ne semble dès lors pas nécessaire pour qualifier une communication de publicité.

§2 - La mise en place d'un partenariat entre l'annonceur et l'influenceur

157. Pour être qualifiée de publicité, il faut que l'annonceur et l'influenceur aient conclu un contrat de partenariat. Cela implique que l'influenceur ait reçu une contrepartie en l'échange cette publication (**A**), et que l'annonceur contrôle le contenu qui sera publié par l'influenceur sur ses réseaux sociaux (**B**).

A) La question de la contrepartie

158. *La notion de contrepartie* - La loi précise que l'activité d'influence commerciale doit se faire « à titre onéreux ». L'article 1107 du Code civil dispose que « *Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure* ». Il convient de constater que, contrairement à la définition du contrat à titre onéreux, la loi du 9 juin 2023 ne pose pas de condition de réciprocité. Par conséquent, il semblerait que dès lors que l'influenceur tire profit de la promotion des biens ou des services de la marque, le contrat doit être considéré comme conclu à titre onéreux au sens de la loi, peu importe que la contrepartie provienne ou non de l'annonceur ²⁷². Ainsi, dès lors que

²⁷⁰ CARRIÉ Laurent, « L'influenceur et son influence commerciale depuis la loi du 9 juin 2023 », *Légipresse, Dalloz*, 2023, p. 459.

²⁷¹ NETTER Emmanuel, « Commentaire de la loi sur l'influence commerciale et le déclin du Droit commun », *RTD Com*, 2023, p. 853

²⁷² MALAURIE-VIGNAL Marie, « Influenceur, liberté d'expression et protection des consommateurs », *Dalloz, IP/IT* 2023, p. 558.

l'influenceur reçoit une contrepartie financière ou un avantage en nature en contrepartie de la publication d'un contenu sur ses réseaux sociaux, l'opération est réputée faite à titre onéreux. Il peut s'agir d'un paiement, d'un partenariat, d'un pourcentage sur les ventes, de produits offerts, de voyages, de la mise à disposition gratuite des lieux du tournage, d'une invitation à un événement, ...²⁷³. Il convient de préciser que la loi ne fixe aucun seuil concernant le montant de la contrepartie. Le rapporteur Arthur DELAPORTE était contre la fixation de seuils de valeur, estimant que des produits de faible valeur pouvaient être aussi dangereux que des produits d'une valeur importante. En effet, une bouteille d'alcool ne coûte pas très cher, de sorte que l'imposition d'un seuil pourrait exclure de la qualification de publicité une promotion faite par un influenceur en faveur d'une boisson alcoolique offerte par l'annonceur, ce qui serait problématique dans la mesure où la publicité pour l'alcool est très réglementée²⁷⁴. La notion de contrepartie est très large et regroupe des contreparties très différentes, à tel point que la limite n'est pas toujours aisée à déterminer.

159. L'unboxing - Il arrive régulièrement que des marques organisent des campagnes de lancement de nouveaux produits et envoient leurs produits à des influenceurs dans l'espoir qu'ils en parleront à leur communauté. A titre d'exemple, l'unboxing est une pratique *marketing* consistant, pour une marque, à envoyer ses produits gratuitement à un influenceur, afin que ce dernier les déballe devant sa caméra. La marque va soigner l'emballage et la présentation des produits afin que ce soit le plus attrayant possible aux yeux des internautes, futurs consommateurs. Lorsque l'influenceur va déballe les produits il va partager avec sa communauté ses premières impressions du produit. Les marques ont vu dans l'unboxing un moyen de gagner en visibilité et d'améliorer leur image de marque, en créant un lien authentique avec leur clientèle. L'unboxing permet en effet aux marques d'attirer de nouveaux clients, et ciblent les influenceurs ayant la communauté la plus susceptible d'être attirée par les produits proposés. L'unboxing représente une vraie opportunité pour les marques puisque cela permet aux consommateurs d'avoir une meilleure vision du produit avant de l'acheter, et cela est d'autant plus important lorsque pour acquérir le produit les consommateurs doivent le commander en ligne et ne peuvent donc pas voir le produit en amont. Ainsi, une marque qui

²⁷³ Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, « Guide de bonne conduite, Influence commerciale - L'essentiel de vos droits et devoirs pour votre activité d'influence commerciale », Décembre 2023, p. 4 et 14.

²⁷⁴ Assemblée nationale, n° 1006, « Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques sur la proposition de loi visant à lutter contre les arnaques et les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux » (n° 790), Par MM. Arthur DELAPORTE et Stéphane VOJETTA, Article 1^{er} : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/rapports/cion-eco/l16b1006_rapport-fond.

n'aurait pas de magasin physique peut se faire connaître grâce aux influenceurs qui présentent le produit à leur communauté, ce qui rassure les consommateurs et les incite à commander le produit. De plus, le fait que ces *unboxings* soient réalisés par des influenceurs crée un sentiment de confiance et de proximité avec les consommateurs qui apprécient et suivent cet influenceur. Les influenceurs sont souvent plutôt jeunes et les personnes qui regardent les vidéos sont elles aussi assez jeunes, et sont donc plus facilement influençables. L'*unboxing* est aujourd'hui une pratique bien ancrée dans la stratégie commerciale des entreprises. L'envoi à titre gratuit des produits est une forme de contrepartie, de sorte que selon les situations, l'*unboxing* pourra être considéré comme une pratique publicitaire.

160. *Les liens sponsorisés* - Les liens sponsorisés sont des liens qui sont généralement insérés dans les barres de description des contenus des influenceurs, et qui renvoient au site de l'annonceur. Les internautes peuvent ainsi directement cliquer sur le lien sponsorisé afin d'acheter le produit promu par l'influenceur. L'influenceur touche une commission sur chaque vente générée par le lien. Ainsi, les liens sponsorisés peuvent être considérés comme une contrepartie ²⁷⁵.

161. *Les programmes de monétisation des plateformes* - Certains auteurs sont allés plus loin et considèrent que les programmes de monétisation des contenus offerts directement par les plateformes, telles que *YouTube* par exemple, constitueraient une forme de contrepartie ²⁷⁶. En effet, les plateformes insèrent des publicités avant, après et au cours des vidéos des influenceurs. Les influenceurs qui génèrent un fort courant de visites peuvent bénéficier d'une quote-part de ses revenus publicitaires insérés dans leurs vidéos. Ainsi, certains auteurs considèrent qu'en faisant la promotion d'une marque connue au cours de sa vidéo, un influenceur peut accroître sa notoriété et ainsi générer beaucoup de « vues ». Or, plus le nombre de vues est élevé, plus la rémunération de l'influenceur par la plateforme sera élevée. Par conséquent, même si l'influenceur n'est pas rémunéré directement par la marque dont il fait la promotion dans sa vidéo, il y trouve un intérêt économique qui pourrait être considéré comme une contrepartie monétaire. Cependant, Emmanuel NETTER met en évidence le problème de la temporalité. En effet, selon la loi, la « notoriété » de l'influenceur doit exister avant l'opération d'influence, et

²⁷⁵ NETTER Emmanuel, « Commentaire de la loi sur l'influence commerciale et le déclin du Droit commun », *RTD Com*, 2023, p. 853.

²⁷⁶ MALAURIE-VIGNAL Marie, « Influenceur, liberté d'expression et protection des consommateurs », *Dalloz*, IP/IT 2023, p. 558.

est mobilisée pour promouvoir le bien ou le service auprès des consommateurs. Ce n'est donc pas, à l'inverse, la promotion du bien ou du service qui doit servir à construire la notoriété de l'influenceur. Les programmes de monétisation des contenus ne peuvent dès lors pas constituer une contrepartie au sens de la loi ²⁷⁷.

B) La question du cadre professionnel

Les influenceurs réalisent différents types de contenus : des contenus éditoriaux, commerciaux et publicitaires ²⁷⁸.

162. Les contenus éditoriaux - Un contenu éditorial est un contenu réalisé librement par l'influenceur. Il arrive en effet fréquemment que des influenceurs achètent des produits pour les présenter en vidéo, ou parlent d'une marque qu'ils ont testés et dont ils veulent faire part à leur communauté. Si les produits n'ont pas été envoyés par la marque et que la marque n'a pas demandé à l'influenceur de parler de ses produits, il s'agit d'un contenu purement éditorial, qui ne sera pas qualifié de publicitaire. Cela relève de la liberté d'expression des influenceurs qui restent libres d'informer les consommateurs de telle ou telle marque, en faisant toutefois attention à ne pas tomber dans le dénigrement ou la diffamation en cas d'avis négatif sur les produits ou la marque ²⁷⁹. De même, le contenu produit par un influenceur invité à un événement, ou qui reçoit un produit mais qui reste libre de ne pas s'exprimer, a un caractère purement éditorial ²⁸⁰. L'influenceur reste en effet libre de s'exprimer et peut donner un avis positif, négatif, ou neutre. L'envoi d'échantillons de produits par des marques sans exiger, en contrepartie, la promotion de leurs produits se fait beaucoup dans la presse traditionnelle, pour que les journalistes puissent tester les produits et en parler. Cela permet d'ailleurs aux petites entreprises ne disposant pas de moyens publicitaires de faire la promotion de leurs produits ²⁸¹. Il ne s'agit pas pour autant d'un contenu publicitaire, mais bien d'un contenu éditorial, qui ne nécessite donc pas d'être identifié en tant que publicité. Néanmoins, l'approche de l'influenceur

²⁷⁷ NETTER Emmanuel, « Commentaire de la loi sur l'influence commerciale et le déclin du Droit commun », *RTD Com*, 2023, p. 853.

²⁷⁸ ARPP, Recommandation « Communication Publicitaire Numérique V5 », Janvier 2022.

²⁷⁹ HAZAN Alain, LOINGER-BENAMRAN Gaëlle, « Influence et responsabilité : les obligations juridiques des influenceurs », *Légipresse* 2021/HS2, n° 66, p. 9 à 20.

²⁸⁰ CARRIÉ Laurent, « Fasc. 322 : L'influenceur », *JurisClasseur Communication*, 30/04/2022.

²⁸¹ Assemblée nationale, n° 1006, « Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques sur la proposition de loi visant à lutter contre les arnaques et les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux » (n° 790), Par MM. Arthur DELAPORTE et Stéphane VOJETTA, Article 1^{er}: https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/rapports/cion-eco/l16b1006_rapport-fond.

n'est pas la même lorsqu'il achète lui-même le produit que lorsque c'est la marque qui lui envoie gratuitement. En effet, bien que l'influenceur reste libre de s'exprimer, son avis ne sera pas toujours objectif puisque s'il souhaite continuer à recevoir les produits de la marque ou s'il souhaite que la marque lui propose un partenariat, il aura tendance à présenter le produit positivement. L'information délivrée ne sera par conséquent pas objective. Il ne s'agit pas pour autant d'une publicité, puisque la marque n'a pas obligé l'influenceur à publier un contenu. Néanmoins, le Ministère de l'économie recommande, dans son *Guide de bonne conduite de l'influence commerciale*, d'informer le public que le produit a été remis gratuitement à l'influenceur, ou que ce dernier a été invité à l'événement par la marque ²⁸². Cet objectif de transparence permet aux consommateurs de comprendre qu'il ne s'agit pas d'un avis totalement personnel et spontané ²⁸³.

163. Les contenus commerciaux - Le contenu réalisé par l'influenceur est qualifié de commercial lorsque l'influenceur avait l'obligation de publier un contenu et qu'il a reçu une contrepartie en échange de cette publication. Lorsque la marque impose simplement à l'influenceur de publier un contenu, et lui laisse une totale liberté dans la manière de présenter le produit ou le service, le contenu ne sera pas publicitaire mais simplement commercial. Il en va ainsi notamment lorsque la marque impose simplement à l'influenceur de ne pas porter atteinte à la dignité des personnes, de ne pas avoir de caractère dénigrant, ... ²⁸⁴. Néanmoins, afin de rendre les communications des influenceurs plus transparentes, il est recommandé à l'influenceur d'indiquer qu'il a reçu une contrepartie pour réaliser cette communication, même s'il reste libre du contenu.

164. Les contenus publicitaires - Un contenu commercial pourra être qualifié de publicitaire dès lors qu'il vise à faire la promotion d'un bien ou d'un service, et que l'annonceur exerce un « *contrôle prépondérant* » en imposant par exemple un discours, un scénario, ... et qu'elle valide le contenu réalisé par l'influenceur avant sa diffusion ²⁸⁵. Les comptes des influenceurs sur les plateformes de partage de vidéos et les réseaux sociaux sont vus par les annonceurs comme des espaces publicitaires qu'ils achètent ²⁸⁶. Ainsi, si un annonceur souhaite faire une

²⁸² Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, « Guide de bonne conduite, Influence commerciale - L'essentiel de vos droits et devoirs pour votre activité d'influence commerciale », Décembre 2023, p. 5 et 14.

²⁸³ CEC, « Les influenceurs : obligations et responsabilité en Europe », 07/11/2022.

²⁸⁴ CARRIÉ Laurent, « L'influenceur digital : Définition - Obligations - Statuts », *Légipresse*, 2019, p. 83.

²⁸⁵ CARRIÉ Laurent, « L'influenceur digital : Définition - Obligations - Statuts », *Légipresse*, 2019, p. 83.

²⁸⁶ CARRIÉ Laurent, « Fasc. 322 : L'influenceur », *JurisClasseur Communication*, 30/04/2022.

publicité sur les réseaux sociaux, il peut décider d'acheter un espace publicitaire sur la plateforme directement, dans ce cas on parlera généralement d'« annonce sponsorisée », ou de réaliser un partenariat avec un influenceur afin que ce dernier consacre une vidéo ou un post à la promotion de la marque. Ainsi, exiger un contrôle de la marque sur le contenu publié afin de qualifier le contenu de publicitaire revient indirectement au critère selon lequel la publicité doit émaner du professionnel commercialisant le produit ou le service. En effet, si la marque n'a pas de droit de regard sur le contenu publié, ce n'est pas de la publicité car la publicité ne provient pas de l'annonceur qui commercialise le produit. Le critère du cadre professionnel n'est donc pas rempli dans ce cas. L'influenceur pourra avoir plus ou moins de liberté créative, mais dès lors que l'annonceur valide le contenu avant sa publication, ce dernier doit être qualifié de publicitaire, et devra par conséquent être identifié comme tel. L'influenceur prend ici le rôle d'une agence publicitaire en élaborant la campagne publicitaire de la marque, soit de manière totalement autonome, soit en collaboration avec la marque. Les partenariats représentent un vrai avantage pour les marques, puisque celles-ci vont tirer profit de l'audience de l'influenceur et de sa notoriété, tout en gardant un certain contrôle sur l'image de leur marque et de leurs produits ²⁸⁷. Ainsi, contrairement aux contenus commerciaux qui peuvent être négatifs et simplement informatifs, les contenus publicitaires seront nécessairement positifs et promotionnels puisque la marque ne validera pas un contenu qui ne mettrait pas sa marque en valeur.

165. Conclusion - Ainsi, certaines communications réalisées par les influenceurs relèvent de la qualification de publicité, mais d'autres non. Les contenus sont qualifiés de publicitaires lorsque l'influenceur reçoit une contrepartie de la part de la marque, qu'il s'agisse d'une contrepartie monétaire ou en nature, et que la marque exerce un « *contrôle prépondérant* » sur le contenu publié par l'annonceur, ce qui implique que l'annonceur oblige l'influenceur à publier un contenu, et que l'annonceur valide le contenu avant sa publication.

Section 2 : Les autres formes de publicité

166. D'autres formes de communication peuvent susciter des interrogations quant à leur qualification de publicité. Il s'agit notamment des essais comparatifs, des comparateurs de prix

²⁸⁷ BOUCHARA Vanessa, MAIER Adèle, « Les influenceurs peuvent-ils tout se permettre ? Du droit à la critique à la promotion de contrefaçons », *Légipresse* 2021/HS2, n° 66, p. 49 à 63, Cairn.

et des avis en ligne (§1), ou encore des annonceurs qui réalisent de la publicité sur leurs propres réseaux sociaux (§2).

§1 - Les essais comparatifs, les comparateurs de prix et les avis en ligne

167. Sur la base des différents critères de qualification posés, il convient de s'interroger sur la nature publicitaire ou non des essais comparatifs (A), des comparateurs de prix (B), et des avis en ligne (C).

A) Les essais comparatifs

168. Définition - Les essais comparatifs sont des « *essais auxquels sont soumis différents produits remplissant des fonctions d'usage analogues, et dont les résultats permettent de fournir au consommateur une information objective sur les prestations qu'il peut attendre de ces produits* » (Norme AFNOR X 50-005). L'Institut National de la Consommation (INC) et l'UFC-Que Choisir publient régulièrement des essais comparatifs sur différents produits (voitures, lessives, machines à café, aspirateurs, ...). Les produits font généralement l'objet d'un classement sur la base de leur rapport qualité/prix ²⁸⁸.

169. L'absence de caractère promotionnel - Les essais comparatifs permettent d'informer les consommateurs de façon objective pour leur permettre de déjouer les pièges de la publicité ²⁸⁹. En effet, les revues de consommateurs tels que « 60 millions de consommateurs » ou « Que Choisir ? » visent à informer les consommateurs sur leurs achats du quotidien et à les guider dans leurs choix. Ainsi, contrairement à une publicité qui vise à promouvoir un produit ou un service, et dont l'information est par définition subjective, les essais comparatifs ont pour objectif d'informer les consommateurs en leur délivrant une information objective.

170. L'absence de contrepartie - Les essais comparatifs sont généralement réalisés par l'INC ou par des associations de défense des consommateurs telles que l'UFC-Que Choisir, qui les publient dans leurs propres revues afin d'informer les consommateurs abonnés. Il n'y a donc

²⁸⁸ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p. 91 à 93.

²⁸⁹ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p. 91 à 93.

pas de contrepartie puisque les essais comparatifs sont insérés gratuitement au sein de ces différentes revues.

171. *L'absence de cadre professionnel* - Il n'existe aucune réglementation générale concernant les essais comparatifs. Cependant, une norme a été élaborée en 1975 au sein de l'AFNOR. Il s'agit de la norme X 50-005 qui édicte des règles facultatives afin de garantir le sérieux des essais comparatifs, et constitue une sorte de Code de déontologie pour les associations de consommateurs et l'INC. Ainsi, la norme AFNOR précise notamment que « *les organismes qui réalisent les essais comparatifs doivent être indépendants des producteurs et des distributeurs* »²⁹⁰. Les essais comparatifs se distinguent donc de la publicité comparative qui émane nécessairement d'un producteur ou d'un distributeur d'un des produits comparés. En effet, les essais comparatifs sont réalisés par des organismes indépendants des entreprises dont les produits ou services sont comparés²⁹¹. De plus, les essais comparatifs ne poursuivent pas de but commercial, contrairement à la publicité comparative. En effet, les associations et organismes de protection des consommateurs ne cherchent pas à promouvoir tel ou tel produit ou à attirer des clients, contrairement aux producteurs ou distributeurs qui mettront nécessairement en avant leur produit pour montrer que leur produit est meilleur que celui des concurrents, incitant ainsi les consommateurs à l'acheter. Par conséquent, les essais comparatifs ne sont, en principe, pas des publicités. Ainsi, si une entreprise considère que la comparaison affecte la réputation de l'un de ses produits, elle pourra poursuivre l'organisme à l'origine de l'essai comparatif uniquement sur le fondement de la responsabilité civile, et non sur celui de la responsabilité comparative²⁹².

172. *La reprise des essais comparatifs* - Les entreprises dont les produits sont bien classés peuvent décider de reprendre ces essais comparatifs et de s'en servir comme argument publicitaire. A partir du moment où les essais comparatifs sont repris par la marque, l'essai comparatif sera qualifié de publicité comparative. En effet, la marque qui reprend l'essai sera généralement celle qui sera la mieux classée. L'objectif pour la marque sera donc non pas simplement d'informer les consommateurs, mais de leur montrer que sa marque est mieux classée que celle de ses concurrents, et ainsi inciter les consommateurs à se tourner vers ses

²⁹⁰ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p. 91 à 93.

²⁹¹ NOBLOT Cyril, « Droit de la consommation », *LGDJ, Montchrestien, Focus Droit*, 2012, p. 162 à 166.

²⁹² CA Paris, 1^{er} février 2008, Chambre 25, Section B, RG n° 05/16670.

produits. De plus, lorsque l'essai comparatif est repris par une entreprise, il n'émane plus d'un organisme indépendant mais de l'entreprise. L'annonceur y trouve ainsi un intérêt, et la comparaison poursuit un but commercial. Il convient de préciser que l'auteur de l'essai comparatif peut s'opposer à une telle reprise. Néanmoins, on constate que les associations de consommateurs et l'INC sont plutôt favorables à la reprise de leurs essais comparatifs dans un but publicitaire. Cependant, lorsque l'entreprise reprend un essai comparatif, elle ne peut pas en alterner le sens et l'objectivité ²⁹³.

B) Les comparateurs de prix

173. Définition - Un comparateur de prix est un service en ligne qui va établir une liste des sites marchands proposant le produit ou le service recherché par le consommateur. Le comparateur de prix va généralement classer les résultats par ordre de prix décroissant, et va également indiquer les autres conditions de vente (livraison, paiement, ...), ainsi que les liens directs vers les sites vendeurs ²⁹⁴.

174. Le caractère publicitaire des comparateurs de prix - Les comparateurs de prix sont généralement financés par la publicité. Ainsi, la Cour de cassation a qualifié le site internet de la société *Kelkoo* qui exploitait un comparateur de prix de site publicitaire. En effet, afin de voir leurs produits référencés dans le comparateur de prix, les sociétés concluaient un accord de référencement avec la société *Kelkoo*. Ainsi, en payant pour voir leurs produits référencés, les commerçants assuraient la promotion de leurs produits. La Cour de cassation a donc considéré qu'il s'agissait d'un site publicitaire ²⁹⁵. La même solution a été rendue par la Cour de cassation à propos du comparateur de prix *Leguide.com* ²⁹⁶. Par conséquent, dès lors que les entreprises doivent payer pour être référencées au sein du comparateur de prix, on doit considérer qu'il s'agit d'une publicité. En effet, si on reprend les différents critères, tous les critères semblent remplis. La société paye pour être référencée, de sorte qu'il y a bien une contrepartie monétaire. Les entreprises souhaitent être référencées afin de promouvoir leurs produits et services auprès des consommateurs qui vont utiliser le comparateur de prix. Il y a donc bien un but commercial de la part des entreprises référencées puisque l'objectif derrière ce référencement est de montrer

²⁹³ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020, p. 91 à 93.

²⁹⁴ Définition marketing : <https://www.definitions-marketing.com/definition/comparateur-de-prix/>.

²⁹⁵ C.Cass, Com, 29 novembre 2011, n° 10-27.402, *Affaire Kelkoo*.

²⁹⁶ C.Cass, Com, 4 décembre 2012, n° 11-27.729.

aux consommateurs que leur entreprise est moins chère que les entreprises concurrentes, et donc d'inciter les consommateurs à acheter leurs produits ou services. De plus les comparateurs de prix sont librement accessibles en ligne par tous les consommateurs, de sorte que le caractère public est bien rempli.

175. Les comparateurs de prix non publicitaires - Cependant, certains sites internet tels que celui de l'UFC-Que Choisir par exemple, proposent également des comparateurs de prix. Ces comparateurs de prix peuvent être librement accessibles par tous les consommateurs, ou parfois réservés aux adhérents de l'association. Il existe par exemple des comparateurs permettant de comparer les tarifs bancaires, les forfaits mobiles, les offres de gaz et d'électricité, les mutuelles, les assurances, ... A la différence des sites comparateurs de prix « classiques », les associations de défense des consommateurs ne perçoivent aucune rémunération de la part des professionnels, puisque les entreprises ne paient pas pour être référencées. Il n'y a donc aucune contrepartie. Les comparateurs de prix réalisés par l'UFC-Que Choisir livrent simplement une information aux consommateurs, curieux de connaître la marque la moins chère. L'UFC-Que Choisir n'a aucun lien avec les entreprises référencées, de sorte que ce n'est pas l'annonceur qui est à l'origine de son référencement, contrairement aux sites de comparaisons « classiques ». On retrouve ainsi ici le même principe que pour les essais comparatifs réalisés par l'INC ou par l'UFC-Que Choisir, et on peut considérer qu'il ne s'agit pas de publicités puisque les sites sont indépendants des producteurs et des fabricants des produits comparés, et il n'y a pas de rémunération puisque l'entreprise ne paye pas pour figurer sur ce comparateur de prix.

C) Les avis en ligne

176. Définition - L'article D.111-16 du Code de la consommation définit l'avis en ligne comme « *l'expression de l'opinion d'un consommateur sur son expérience de consommation grâce à tout élément d'appréciation, qu'il soit qualitatif ou quantitatif* ». Le Code de la consommation précise que « *L'expérience de consommation s'entend que le consommateur ait ou non acheté le bien ou le service pour lequel il dépose un avis* ». De manière générale, un avis en ligne est un avis laissé en ligne par un consommateur sur un produit, un service ou une marque. Cet avis peut être négatif, positif, ou neutre.

177. Analyse du caractère publicitaire - La CJCE a rendu un arrêt le 2 avril 2009, dans lequel elle juge que « *la diffusion par un tiers d'informations relatives à un médicament, notamment à ses propriétés curatives ou préventives, peut être considérée comme de la publicité [...] même lorsque ce tiers agit de sa propre initiative et de manière totalement indépendante, en droit comme en fait, du fabricant ou du vendeur d'un tel médicament* »²⁹⁷. On pourrait faire le lien entre cet arrêt et les avis publiés en ligne par les consommateurs. En effet, il s'agit d'une diffusion par un tiers d'une information relative au produit ou au service, et ce tiers, qui est le consommateur, agit de sa propre initiative et de manière totalement indépendante du fabricant et du vendeur. Le caractère indépendant peut toutefois se discuter dans la mesure où lorsqu'un consommateur achète un produit, il arrive fréquemment que la marque lui envoie un mail quelques jours après l'achat, lui demandant de laisser un avis en ligne. Néanmoins, le consommateur reste indépendant vis-à-vis de l'entreprise puisqu'il reste libre de publier ou non un avis, et de dire ce qu'il veut, que cela soit positif ou négatif. Ainsi, si on reprend la solution de la CJCE, on pourrait considérer que les avis en ligne sont une forme de publicité. Néanmoins, il convient de rappeler que la publicité vise à promouvoir un produit ou un service. Or, il arrive fréquemment que les avis laissés en ligne soient négatifs et incitent au contraire les consommateurs à ne pas acheter le produit. Il n'y a donc aucun objectif de promotion dans ce cas. De plus, normalement, les publicités doivent se faire dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ce qui exclurait par conséquent les publicités faites par les consommateurs. Or, les personnes qui laissent des avis sont des consommateurs. De plus, la publicité doit se faire moyennant rémunération. Or, lorsque des utilisateurs laissent un avis en ligne, ils ne perçoivent aucune rémunération et n'en tirent aucun bénéfice. Les utilisateurs n'ont en effet aucun intérêt à laisser un avis en ligne, si ce n'est informer les autres consommateurs de la qualité du produit. On retrouve alors la même logique que pour les essais comparatifs réalisés par les organismes de défense des consommateurs. Cependant, tout comme pour les essais comparatifs, il peut arriver qu'une marque récupère les avis positifs et les utilise notamment sur son site internet pour montrer que les consommateurs sont satisfaits des produits, et donc pour inciter les autres consommateurs à acheter ces produits. Dans ce cas, on pourrait considérer, tout comme pour les essais comparatifs, qu'il s'agit d'une publicité puisqu'il y a bien un objectif de promotion et un but commercial, et que la communication n'émane plus du consommateur mais de l'entreprise qui a repris l'avis. On peut également s'interroger sur la question des faux avis, qui sont des avis laissés par la marque qui se fait

²⁹⁷ CJCE, 2 avril 2009, Affaire C-421/07, *Damgaard*.

passer pour un consommateur ayant acheté le produit. Lorsque l'entreprise laisse un faux avis sur son site, on pourrait considérer qu'il s'agit d'une publicité puisque l'avis sera nécessairement positif, et il émane de l'annonceur. Il manque cependant le critère de la contrepartie, mais comme nous l'avons vu, ce critère n'est pas déterminant pour qualifier une communication de publicitaire.

§2 - Les annonceurs réalisant de la publicité sur leurs propres réseaux sociaux

178. Avec le développement des réseaux sociaux, on voit de plus en plus d'annonceurs ouvrir un compte sur les réseaux sociaux pour y faire la promotion de leurs propres produits. Il peut s'agir d'entreprises (**A**) ou d'influenceurs, qui ventent leurs propres produits (**B**). La question qui se pose est de savoir si ces communications relèvent de la qualification de publicité.

A) Les publicités réalisées par les entreprises

179. Afin de se faire connaître auprès du grand public, les entreprises, et notamment les petites et moyennes entreprises (PME), utilisent les réseaux sociaux. En effet, la majorité des marques aujourd'hui disposent d'un compte sur les réseaux sociaux, qui leur permet d'informer les consommateurs des nouveautés, des offres spéciales, ... Tous les secteurs d'activités sont concernés. Les restaurateurs ont pris l'habitude de poster leurs plats sur leurs réseaux sociaux, les vendeurs des magasins de prêt-à-porter réalisent des défilés pour présenter les vêtements, les créateurs de bijoux se filment en train de confectionner les produits, les artisans filment leurs chantiers, ... L'utilisation des réseaux sociaux par les marques leur permet d'accroître leur visibilité et ainsi d'attirer de nouveaux clients. En effet, beaucoup de clients se rendent dans une boutique après l'avoir découverte sur les réseaux sociaux ²⁹⁸. Cette stratégie *marketing* est donc efficace pour les marques. En effet, d'après une étude réalisée par *Oxford Economics*, en 2023, la plateforme *TikTok* a permis aux PME Françaises d'augmenter leurs ventes de 896 millions d'euros ²⁹⁹.

²⁹⁸ TF1, « Faire sa publicité sur TikTok et Instagram, une idée qui rapporte pour les petits commerces » : <https://www.tf1info.fr/consos/video-faire-sa-publicite-moins-cher-sur-tiktok-et-instagram-une-idee-qui-rapporte-pour-les-petits-commerces-pme-2284164.html>.

²⁹⁹ TikTok, « Impact Economique de TikTok pour les PME : 1,4 milliard d'€, 12500 emplois en France » : <https://newsroom.tiktok.com/fr-fr/impact-economique-tiktok>.

180. Ainsi, si une entreprise souhaite se faire connaître sur les réseaux sociaux, elle dispose de trois choix. Soit elle paye la plateforme afin que ses contenus publicitaires soient mis en avant, soit elle conclut des partenariats avec des influenceurs, soit elle ouvre son propre compte sur les réseaux sociaux afin de développer sa propre communauté. Lorsqu'une entreprise publie du contenu sur ses réseaux sociaux, elle réalise de la publicité. En effet, l'objectif de l'entreprise est de faire la promotion de ses produits afin d'inciter les consommateurs à les acheter. Il y a donc bien un but publicitaire. En posant ces contenus sur les réseaux sociaux, l'entreprise cherche à attirer le plus de clients possibles. Ainsi, le caractère public est rempli, même si l'entreprise ne dispose pas d'un nombre d'abonnés important. En effet, dès lors que le compte de l'entreprise est en public, les photos et vidéos postées par l'entreprise ne sont pas visualisées uniquement par les abonnés. Selon les contenus, le nombre de vues peut parfois être beaucoup plus important que le nombre d'abonnés au compte de la marque. Les réseaux sociaux sont devenus une vitrine pour les commerçants. Les contenus diffusés sur les réseaux sociaux sont diffusés par l'annonceur lui-même, de sorte que le critère du cadre professionnel est rempli. Ainsi, le seul critère qui semble faire défaut est celui de la contrepartie, puisque l'ouverture d'un compte et la publication de contenus sur les réseaux sociaux sont des opérations totalement gratuites. Ce critère n'étant pas un critère essentiel pour qualifier une communication de publicitaire, on pourrait admettre que les vidéos ou photos publiées par les marques sur leurs propres réseaux sociaux soient qualifiées de publicités. En effet, les contenus publiés sur les sites internet des entreprises sont qualifiés de publicité, de sorte qu'on voit mal en quoi l'utilisation de réseaux sociaux serait vraiment différente d'un site internet. De plus, il semble important de qualifier ces contenus de publicitaires afin qu'ils respectent les règles relatives à la publicité comparative, ainsi que les réglementations sectorielles relatives à la publicité. En effet, si on considère qu'un contenu posté sur les réseaux sociaux par l'entreprise sur son propre compte n'est pas une publicité, cela signifie que l'entreprise pourrait se comparer avec d'autres marques concurrentes sans tomber dans le champ d'application de la publicité comparative. De même, il est nécessaire que les entreprises qui travaillent dans les secteurs réglementés tels que l'alcool, le tabac, les médicaments, ... n'utilisent pas leurs propres réseaux sociaux pour détourner les règles relatives à ces secteurs en matière de publicité.

B) Les publicités réalisées par les influenceurs pour leur propre marque

181. Certains influenceurs, en plus de leur activité d'influence commerciale, ont lancé leur propre entreprise. Ainsi, il n'est pas rare de voir sur les réseaux sociaux des vidéos d'influenceurs dédiées à la présentation de leur nouvelle entreprise, de leurs produits, ... Ils testent ainsi leurs produits en vidéo, afin d'en faire la promotion. Dans ce cas, on pourrait considérer que le créateur de contenu n'agit pas en tant qu'influenceur, mais en tant qu'annonceur, puisqu'il fait la promotion de ses propres produits. Le contenu réalisé par l'influenceur pourrait ainsi être qualifié de publicitaire au même titre que les communications réalisées par les entreprises sur leurs propres réseaux sociaux. En effet, les influenceurs s'adressent à leur communauté, et profitent de leur notoriété pour promouvoir leurs propres produits. Il y a bien un but commercial puisqu'en présentant ses produits, l'influenceur cherche à convaincre les influenceurs de les acheter. Le contenu est donc intéressé, contrairement à une publication réalisée pour le compte d'une autre entreprise qui relèverait du contenu éditorial. Lorsqu'un influenceur teste les produits d'une marque sans être rémunéré par la marque et sans que cette dernière lui ait demandé de réaliser une publication, on peut considérer que le test est relativement objectif. En effet, bien que le test soit réalisé par l'influenceur et relève nécessairement une part de subjectivité, l'influenceur n'y trouve pas d'intérêt commercial, son seul intérêt étant d'informer le plus objectivement possible les consommateurs. A l'inverse, lorsque l'influenceur teste en vidéo ses propres produits, le contenu est intéressé et l'information délivrée manquera nécessairement d'objectivité. De plus, pour qualifier le contenu réalisé par l'influenceur de publicitaire, on exigeait un contrôle prépondérant de la part de l'annonceur sur le contenu diffusé. Lorsque l'influenceur fait la promotion de ses propres produits, il est à la fois annonceur et influenceur, de sorte qu'il contrôle son contenu. Le seul critère qui semble faire défaut est celui de la contrepartie, puisque l'influenceur ne verse aucune contrepartie pour réaliser sa communication. Néanmoins, il semble nécessaire de qualifier ces contenus de publicitaires afin que ces derniers respectent notamment les règles relatives à la publicité comparative. En effet, si on considère qu'il ne s'agit pas d'un contenu publicitaire, un influenceur qui aurait créé sa marque de maquillage par exemple pourrait librement comparer ses produits avec ceux d'autres marques concurrentes avec qui il réalise parfois des partenariats, sans respecter les règles relatives à la publicité comparative, ce qui serait préjudiciable pour les

marques concurrentes, et ce d'autant plus que ces dernières lui faisait confiance pour promouvoir leurs produits.

182. Concernant l'identification du caractère publicitaire du message, celle-ci semble ressortir du contexte, de sorte qu'il ne semble pas nécessaire d'indiquer que le contenu a un caractère publicitaire. En effet, lorsque la marque ou un influenceur fait la promotion sur les réseaux sociaux de ses propres produits, les consommateurs comprennent qu'il s'agit d'une publicité puisque le message provient du compte de l'annonceur.

183. *Conclusion* - Il n'est pas toujours facile de déterminer si une pratique relève ou non de la qualification de publicité. Cependant, on constate que l'application des critères dégagés permet de distinguer la publicité des autres formes de communication. En effet, mis à part le critère de la contrepartie qui est parfois absent alors que la communication devrait être qualifiée de publicité, les autres critères semblent pertinents. Le critère du cadre professionnel permet notamment d'exclure de la qualification de publicité les avis en ligne émis par des consommateurs, tiers à l'activité professionnelle, les essais comparatifs et les comparateurs de prix réalisés par les associations de défense des consommateurs. De même, lorsque les influenceurs s'expriment librement sur un produit, sans avoir été contactés au préalable par la marque, ce n'est pas de la publicité, puisque la communication n'émane pas du professionnel qui commercialise le produit, et le message ne poursuit pas de but commercial et n'a pas de caractère promotionnel, puisque l'influenceur est désintéressé. En revanche, lorsque l'influenceur reçoit une contrepartie pour promouvoir les produits de la marque et que cette dernière exerce un « *contrôle prépondérant* » sur le contenu publié par l'annonceur, la communication revêt un caractère publicitaire. Le compte de l'influenceur est ainsi assimilé à un support publicitaire. De même, lorsque l'influenceur ou l'annonceur réalise des communications visant à promouvoir ses propres produits, il s'agit d'une publicité. Les réseaux sociaux sont ainsi vus comme des vitrines publicitaires pour les marques.

CONCLUSION

184. La publicité fait l'objet de nombreuses réglementations. Cependant, selon les intérêts que vise à protéger chaque réglementation, la définition de la publicité est plus ou moins large. Ainsi, l'élaboration de critères de qualification précis apparaît difficile, et ce d'autant plus que la loi, la jurisprudence et la doctrine ont tendance à étendre la notion de publicité. En effet, alors que le critère de la promotion semble être un critère nécessaire pour qualifier une communication de publicitaire, la Cour de cassation a tendance à étendre la notion de publicité et à considérer que « *la publicité est un moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services qui lui sont proposés* »³⁰⁰. La Cour de cassation ne fait pas la distinction entre la simple information et la publicité. Or, cette distinction est nécessaire puisque dans les secteurs réglementés, c'est la publicité qui est interdite, et non la simple information. En effet, les producteurs d'alcool, de médicaments, ou encore de tabac doivent délivrer des informations relatives à leur produit, ne serait-ce que les informations précontractuelles obligatoires. Lorsqu'elles sont objectives et purement informatives, ces informations ne tombent pas sous le coup de la réglementation de la publicité. Certes la liberté de création des publicitaires est parfois très limitée, notamment dans le domaine des jeux d'argent ou de l'alcool, puisque les publicités ne doivent pas être trop attrayantes. Cependant, cela n'enlève pas à la publicité son caractère promotionnel. L'objectif du législateur en imposant de telles restrictions est d'éviter une surconsommation de ces produits pouvant conduire à une addiction. Ainsi, tant que la publicité n'a pas pour effet d'inciter à une consommation excessive de ces produits, elle est autorisée. Il y a donc bien un objectif promotionnel puisque la publicité n'est pas neutre, contrairement aux paquets de tabac par exemple qui doivent être neutres, car la publicité en faveur des produits du tabac est interdite.

De même, alors qu'on considère généralement que la publicité poursuit un but commercial, le DSA est venu préciser que la publicité pouvait poursuivre un but non commercial. L'ARPP considère également que les publicités non commerciales doivent respecter les règles relatives à la publicité puisqu'elles sont perçues par les consommateurs comme des publicités.

³⁰⁰ C.Cass, Com, 6 mai 2008, n° 04-19.713.

De même, le critère de la rémunération semblait être un critère pertinent pour qualifier la publicité. Cependant, force est de constater que ce critère ne semble pas essentiel, dans la mesure où de nombreuses définitions ne font pas référence à ce critère. De plus, même les réglementations qui exigent ce critère ne semblent pas y être attachées. En effet, le décret de 1992 précise que la publicité télévisée est diffusée moyennant rémunération. Or, lorsque l'ARCOM contrôle les publicités clandestines, elle ne s'intéresse pas au critère de la contrepartie, mais regarde uniquement si le message poursuit un but commercial. Ainsi, un message diffusé hors des écrans publicitaires qui poursuit un but commercial sera qualifié de publicité quand bien même l'annonceur n'a pas payé pour que sa publicité soit diffusée à la télévision.

185. On constate alors que la notion de publicité a tendance à être étendue, afin de rattraper les différentes communications qui tenteraient d'échapper à la réglementation. L'objectif est de protéger les consommateurs qui peuvent être influencés par ces publicités, mais aussi de protéger la concurrence pour assurer une concurrence loyale entre les entreprises. Ainsi, pour qualifier une publicité, plutôt que d'avoir recours à des critères de qualification stricts, il semble plus opportun de recourir à la méthode du faisceau d'indices, en se basant notamment sur les critères définis au cours de ce Mémoire.

186. La publicité est une notion qui évolue avec l'évolution des avancées technologiques, puisque la publicité s'adapte continuellement aux nouveaux médias. Ainsi, il est apparu nécessaire de réglementer la publicité sur les réseaux sociaux réalisées par le biais d'influenceurs, puisque ce type de publicité était de plus en plus présent. De plus, selon le secteur et l'intérêt qu'il vise à protéger, le législateur fait évoluer la notion de publicité. Ainsi, le Code de l'environnement définit la publicité comme « *toute inscription, forme ou image, destinée à informer le public ou à attirer son attention, les dispositifs dont le principal objet est de recevoir lesdites inscriptions, formes ou images étant assimilées à des publicités* » (article L.581-3 du Code de l'environnement). Il convient de constater que cette définition est très générale, et ne correspond pas à celle que retient habituellement le Droit de la consommation³⁰¹. En effet, parmi les critères posés, on ne retrouve ni l'idée de promotion, ni l'exigence d'une contrepartie, ni le but commercial, ni le fait que la publicité doit émaner du professionnel qui vend ou élabore le produit. Finalement, on ne retrouve aucun des critères. Le

³⁰¹ RAYMOND Guy, « Droit de la consommation », *LexisNexis*, Droit & Professionnels, Droit commercial, 4^e édition, 2022.

Code de l'environnement assimile la publicité à une information, et on ne retrouve pas vraiment cette idée de promotion. La publicité peut servir à « *informer le public* » ou à « *attirer son attention* ». Ces deux conditions sont alternatives, de sorte qu'une publicité simplement informative serait une publicité au sens du Code de l'environnement. De plus, attirer l'attention du public n'est pas réellement synonyme de promotion. Le législateur a ainsi étendu la notion de publicité en l'assimilant à une simple information, afin de protéger de manière très générale l'environnement. La protection de l'environnement est un objectif fondamental aujourd'hui, et la publicité peut avoir un rôle à jouer dans la transition écologique. En effet, la publicité peut être source de pollution, soit parce qu'elle incite les consommateurs à une consommation non durable (publicité en faveur des véhicules polluants, publicité en faveur des énergies fossiles, ...), soit parce qu'elle utilise un support publicitaire qui n'est pas durable (publicité tractée par les aéronefs, magazine publicitaire distribuée dans les boîtes aux lettres, publicité lumineuse, publicité apposée sur les véhicules, ...). La notion de publicité s'adapte donc continuellement aux évolutions sociétales et aux intérêts que le législateur entend protéger.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

- AUBERT de VINCELLES Carole, SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « La sollicitation du consommateur », Rapport Chaire Master Droit de la consommation, Décembre 2023, Lextenso 2024
- BONNET-DESPLAN Marie-Pierre, GENTY Nicolas, FABRE Régis, « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », *Dalloz Référence*, 4^{ème} édition, 2014
- CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCÉ Malo, « Droit de la consommation », *Précis Dalloz*, Droit privé, 10^e édition, 2020
- CAUMONT Daniel, « La publicité », *Les Topos*, 3^{ème} édition, Dunod, Page 5
- DEBBASCH Charles, ISAR Hervé, AGOSTINELLI Xavier, « Droit de la communication (Audiovisuel - Presse - Internet) », Droit public, Science politique, *Précis Dalloz*, 1^e édition, 2002
- DE BELLESCIZE Diane, FRANCESCHINI Laurence, « Droit de la communication », *Thémis Droit*, Presses Universitaires de France, 2^e édition, 2011
- DERIEUX Emmanuel, « Droit des médias - Droit Français, Européen et International », *LGDJ, Manuels*, Droit public 8^e édition, 2023
- GREFFE François, GREFFE Pierre-Baptiste (préface LEVY Maurice), « La publicité et la loi, Droit Français - Union Européenne – Suisse », *Traités, LexisNexis*, 11^e édition, 2009
- MOUILLOT Philippe, « PublicitéS », *Mémentos LMD*, Gualino éditeur
- NOBLOT Cyril, « Droit de la consommation », *LGDJ, Montchrestien*, Focus droit, 2012
- PETIT Etienne, « Le guide du nouveau Droit de la publicité et de la Promotion des ventes », *Gualino*, Guides Pro, 07/02/2012
- PICOD Nathalie, PICOD Yves, « Droit de la consommation », *Sirey Université*, 6^e édition, 2023
- RAYMOND Guy, « Droit de la consommation », *LexisNexis, Droit & Professionnels*, Droit commercial, 4^e édition
- VERBIEST Thibault, « La protection juridique du cyber-consommateur, Publicité, Contrats, Contentieux », *Droit@Litec, Lexis Nexis*

Fascicules :

- ARCELIN Linda, « Fasc. 792 : Publicité - Règles générales », *JurisClasseur Concurrence - Consommation*, 01/01/2020
- ARCELIN Linda, « Fasc. 793 : Publicité - Supports publicitaires », *JurisClasseur Concurrence - Consommation*, 30/10/2020
- ARCELIN Linda, « Fasc. 794 : Publicité - Règles générales quant au contenu du message publicitaire », *JurisClasseur Concurrence - Consommation*, 01/09/2023
- ARCELIN Linda, « La publicité comparative à la croisée des intérêts des consommateurs et des concurrents », *Revue Lamy Concurrence*, 2007, n° 13, 2^{ème} partie
- CARRIÉ Laurent, « Fasc. 322 : L'influenceur », *JurisClasseur Communication*, 30/04/2022
- LEFILS Bernard, « Fasc 2276 : Publicité », *JurisClasseur Fiscal Chiffre d'affaires*, 09/06/2021, LexisNexis
- LUCIANI Daniel, « Communication responsable - Engager et inciter à l'action », *Pearson*, Préface
- SIRINELLI Pierre, « Partie 6 : Publicité », *Le Lamy Droit des médias et de la communication*

Articles :

- AGOSTI Pascal, A.CAPRIOLI Eric, « La confiance dans l'économie numérique (Commentaires de certains aspects de la loi pour la confiance dans l'économie numérique) (LCEN) », *Les Petites Affiches*, n° 110, Page 4, 03/06/2005, Lextenso
- ANDRIEU Eric, « Droit de la publicité (Mai 2019 - Mai 2020) », *Légipresse* n° 383, Juin 2020
- ANGELO Didier, « La publicité clandestine », *Legicom* 1998/1, n° 16, Pages 55 à 61, Cairn
- ARCELIN Linda, « Campagne de Leclerc pour la distribution des médicaments non remboursés : ceci n'est pas une publicité ... », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 50, 11/12/2008, Page 2499
- BOISMERY Isabelle, « Publicité - La promotion de la chirurgie et de la médecine esthétiques sur les réseaux sociaux », *Communication Commerce électronique* n° 12, Décembre 2022, Étude 23, LexisNexis
- BOISTEL Philippe, BOULAY Jacques, « L'ouverture des écrans télévisés à la publicité de la distribution : une typologie des positionnements des enseignes au travers de la théorie

sémio-contextuelle de la communication », *Décisions Marketing* 2008/3 (n° 51), Pages 7 à 16, Cairn

- BOUCHARA Vanessa, MAIER Adèle, « Les influenceurs peuvent-ils tout se permettre ? Du droit à la critique à la promotion de contrefaçons », *Légipresse* 2021/HS2, n° 66, Pages 49 à 63, Cairn
- BOULET Laura, FROSSARD Laureline, « Pratique contractuelle. Communication publicitaire digitale et influenceurs : organiser l'identification du caractère commercial », Fiche pratique, *Communication Commerce électronique* n° 11, 17/11/2018
- CARRIÉ Laurent, « L'influenceur digital : Définition - Obligations - Statuts », *Légipresse*, 2019, Page 83
- CARRIÉ Laurent, « L'influenceur et son influence commerciale depuis la loi du 9 juin 2023 », *Légipresse* 2023, Page 459, Dalloz
- CHOMARAT Luc, « La publicité, Que sais-je ? » *Presses Universitaires de France*, 2013, Cairn
- CHERON Antoine, « Leguide.com : requalification de l'activité commerciale de comparateur de prix en activité publicitaire », 09/01/2023
- COBLENCÉ Jean-Marc, SALA-MARTIN Jean-Philippe, « Communication commerciale et publicité sur internet », *Legicom* 2000/1-2 (n° 21-22), Pages 57 à 62, Cairn
- COHEN-HADRIA Yaël, « La loi visant à lutter contre les arnaques et les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux : à quoi s'attendre concrètement ? » *Petites Affiches*, n° 06, Page 66, 30/06/2023, Lextenso
- DAYAN Armand, « La publicité, Que sais-je ? » *Presses Universitaires de France*, 2003, Cairn
- DOUVILLE Thibault, « De la conformité au Droit de l'Union de la loi visant à encadrer l'influence commerciale », *Bulletin Joly Bourse*, n° 06, Page 7, 30/11/2023, Lextenso
- FOUCHER Patricia, INC Document, Etude Juridique, « La publicité en ligne », *INC Hebdo*, n° 1322, 29 novembre - 5 décembre 2004
- FRANCESCHINI Laurence, « Les secteurs interdits de publicité télévisée », *Legicom*, Numéro 1998/1 (n° 16), Cairn
- GAUMONT Daniel, « La publicité », *Les Topos*, Dunod, 2012, Cairn
- HAZAN Alain, LOINGER-BENAMRAN Gaëlle, « Influence et responsabilité : les obligations juridiques des influenceurs », *Légipresse* 2021/HS2, n° 66, Pages 9 à 20
- INCONNU, « Les influenceurs et le Droit », Actes de la conférence organisée le 4 octobre 2021 par l'AMCEIPI, *Légipresse* 2021/HS2, n° 66, Dalloz, Cairn

- LUBY Monique, « Publicité comparative et protection des consommateurs », *RTD Com*, 2002, Page 402, Dalloz
- MALAURIE-VIGNAL Marie, « Influenceur, liberté d'expression et protection des consommateurs », *Dalloz*, IP/IT 2023
- NETTER Emmanuel, « Commentaire de la loi sur l'influence commerciale et le déclin du Droit commun », *RTD Com*, 2023, Page 859
- VEYSSIÈRE Laurence, « Citer, comparer, mais pas dénigrer », *Legicom*, 1997/3 (n° 15), Pages 61 à 71, Victoires Editions, Cairn

Sitographie :

Sources officielles :

- Agence de la transition écologique, « Comparaison des impacts des panneaux publicitaires numériques », Juillet 2020 : (cité par https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/rapports/cion-dvp/116b1018_rapport-fond.pdf (Page 6)) [consulté le 7 juin 2024]
- AMF, « Questions-Réponses - Interdiction des communications à caractère promotionnel relatives à la fourniture de services d'investissement portant sur certains contrats financiers », Position AMF, Doc-2017-01 : <https://www.amf-france.org/sites/institutionnel/files/private/2021-05/position-amf-2017-01.pdf> [consulté le 7 juin 2024]
- AMF, « Trading spéculatif sur internet : l'interdiction de la publicité des produits les plus risqués », Point presse pédagogique, 10 janvier 2017 : https://www.amf-france.org/sites/institutionnel/files/resource/20170110_slides_ppinterdictionpub%20pdf.pdf [consulté le 7 juin 2024]
- ANJ, Commission des sanctions : <https://anj.fr/taxonomy/term/241#:~:text=Elle%20peut%20prononcer%20les%20sanctions,%25%20du%20chiffre%20d'affaires> [consulté le 7 juin 2024]
- ANJ, « Lignes directrices et recommandations sur la publicité des jeux d'argent et de hasard », Synthèse : <https://anj.fr/sites/default/files/2022-02/Synth%C3%A8se%20lignes%20directrices%20et%20recommandations.pdf> [consulté le 7 juin 2024]

- ANJ, « Publicité et jeux d'argent : l'ANJ présente ses lignes directrices et recommandations », 23 février 2022 :
<https://anj.fr/publicite-et-jeux-dargent-lanj-presente-ses-lignes-directrices-et-recommandations> [consulté le 7 juin 2024]
- ANJ, « Un régulateur au service d'un jeu sûr, intègre et maîtrisé » :
https://anj.fr/sites/default/files/2022-09/Plaque%20ANJ%20septembre%202022_0.pdf
[consulté le 7 juin 2024]
- ARCOM, « Communication commerciale » :
<https://www.arcom.fr/nos-missions/pluralisme-et-cohesion-sociale/communications-commerciales> [consulté le 7 juin 2024]
- ARPP, Recommandation « Communication publicitaire numérique » :
<https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/recommandation-communication-publicitaire-numerique/> [consulté le 7 juin 2024]
- ARPP : Recommandation « Développement durable » :
<https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/developpement-durable/>
[consulté le 7 juin 2024]
- ARPP : Recommandation « Identification de la publicité et des communications commerciales » :
<https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/identification-de-la-publicite-et-des-communications-commerciales/> [consulté le 7 juin 2024]
- ARPP, Recommandation « Jeux d'argent » :
<https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/recommandation-jeux-argent-v2/> [consulté le 7 juin 2024]
- Assemblée nationale, n° 1006, « Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques sur la proposition de loi visant à lutter contre les arnaques et les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux » (n° 790), Par MM. Arthur DELAPORTE et Stéphane VOJETTA, Article 1^{er} :
https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/rapports/cion-eco/116b1006_rapport-fond
[consulté le 7 juin 2024]
- Association Addictions France :
<https://addictions-france.org/presse/publicites-pour-les-paris-sportifs-une-reglementation-efficace-simpose-pour-lutter-contre-les-addictions/> [consulté le 7 juin 2024]
- BVP, Dossier « Publicité et développement durable », *Publicité & Société*, n°1, Décembre 2007 :
<https://www.arpp.org/wp-content/uploads/2019/02/Publicit%C3%A9-et-soci%C3%A9t%C3%A9-n%C2%B01-d%C3%A9cembre-2007.pdf> [consulté le 7 juin 2024]
- CEC, « Les influenceurs : obligations et responsabilité en Europe », 07/11/2022 :
<https://www.europe-consommateurs.eu/achats-internet/les-influenceurs.html> [consulté le 7 juin 2024]

- Commission Européenne, « Il ressort d'une enquête menée par la Commission et les autorités de protection des consommateurs que les influenceurs en ligne signalent rarement du contenu commercial », Communiqué de presse, Opération « coup de balai », 14/02/2024 :
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_24_708 [consulté le 7 juin 2024]
- CPP, « Note relative à l'affichage sauvage », 9 mars 2023 :
<https://www.cpp-pub.org/actualite/note-conseil-paritaire-publicite-affichage-sauvage/> [consulté le 7 juin 2024]
- CSA, Décision n° 95-919 du 21 décembre 1995 infligeant une sanction à la société Métropole Télévision - JO du 19 janvier 1996 :
<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000557218> [consulté le 7 juin 2024]
- CSA, Décision n° 96-743 du 6 novembre 1996 infligeant une sanction à la société France 2 - JO du 26/11/1996 :
<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000564057> [consulté le 7 juin 2024]
- CSA, Délibération n° 2010-4 du 16 février 2010 relative au placement de produit dans les programmes des services de télévision :
<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000021920619> [consulté le 7 juin 2024]
- CSA, Rapport annuel de 2008
- CSA, Recommandation du 19 décembre 2003 relative à la publicité télévisée en faveur du secteur de la presse, JORF n° 4 du 6 janvier 2004, Texte n° 113 :
<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000432311> [consulté le 7 juin 2024]
- CSA, Recommandation du 19 décembre 2003 relative à la publicité télévisée en faveur du secteur de l'édition littéraire, JORF n° 4 du 6 janvier 2004, Texte n° 114 :
<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000246835> [consulté le 7 juin 2024]
- DGCCRF, « Paiement d'une amende de 20 000 € par l'influenceuse Nabilla BENATTIA-VERGARA, pour pratiques commerciales trompeuses sur les réseaux sociaux », Communiqué de presse, 28/07/2021 :
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/communiqu/2021/cp-nabilla-benattia-vergara.pdf?v=1630408421 [consulté le 7 juin 2024]
- Gouvernement, « Projet de décret relatif à l'interdiction de la publicité sur les énergies fossiles », Consultation du 25 février 2022 au 18 mars 2022 :
<https://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/projet-de-decret-relatif-a-l-interdiction-de-la-a2605.html> [consulté le 7 juin 2024]
- JDP, Avis n° 50/10, Annuaire professionnel - Plainte fondée, 11 mars 2010 :
<https://www.jdp-pub.org/avis/avis-jdp-n-50-10-annuaire-professionnel/> [consulté le 7 juin 2024]

- JDP, Avis n° 58/10, Annuaire professionnel - Plainte fondée, 12 mai 2010 : <https://www.jdp-pub.org/avis/avis-jdp-n-58-10-annuaire-professionnel/> [consulté le 7 juin 2024]
- JDP, Avis n° 227/12, Annuaire d'entreprises - Plainte fondée, 21 novembre 2012 : <https://www.jdp-pub.org/avis/avis-jdp-n-227-12-annuaire-d-entreprises/> [consulté le 7 juin 2024]
- JDP, Avis n° 518/18, Distribution en ligne - Plaintes non fondées, 1^{er} octobre 2018 : <https://www.jdp-pub.org/avis/avis-jdp-n-518-18-distribution-en-ligne/> [consulté le 7 juin 2024]
- JO Sénat CR 15 octobre 1991, Page 2899 : https://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1991/10/s19911015_2857_2908.pdf [consulté le 7 juin 2024]
- Le Monde, « Les publicités pour les énergies fossiles continuent en France, malgré la loi climat et résilience », 22 juillet 2023 : https://www.lemonde.fr/economie/article/2023/07/22/malgre-la-loi-climat-et-resilience-les-publicites-pour-carburants-continuent_6183002_3234.html [consulté le 7 juin 2024]
- MARTIN Stéphane, Directeur Général de l'ARPP, « Code ICC Publicité et communications commerciales : 10^{ème} actualisation », *Échanges internationaux* n° 113, Janvier 2019 : <https://www.arpp.org/actualite/code-icc-publicite-et-communications-commerciales-10eme-actualisation/> [consulté le 7 juin 2024]
- Ministère de la culture, « Etude d'impact pour le compte de la direction générale des médias et des industries culturelles - Expérimentation de la publicité à la télévision pour le cinéma », 29/01/2024 : [file:///C:/Users/33783/Downloads/2024.01.30%20Etude%20publicit%C3%A9%20TV%200Cin%C3%A9ma%20pour%20diffusion%20Eurogroupe%20DGMIC%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/33783/Downloads/2024.01.30%20Etude%20publicit%C3%A9%20TV%200Cin%C3%A9ma%20pour%20diffusion%20Eurogroupe%20DGMIC%20(2).pdf) [consulté le 7 juin 2024]
- Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, « Quelle est la différence entre parrainage et mécénat ? » : <https://www.economie.gouv.fr/cedef/mecenat-parrainage#:~:text=Le%20parrainage%2C%20ou%20sponsoring%2C%20consiste,sans%20attendre%20de%20contrepartie%20%C3%A9quivalente> [consulté le 7 juin 2024]
- Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, « Guide de bonne conduite, Influence commerciale - L'essentiel de vos droits et devoirs pour votre activité d'influence commerciale », Décembre 2023 : https://www.economie.gouv.fr/files/files/2023/Guide_bonne_conduite_influenceurs_crateurs_contenus.pdf?v=1688474992 [consulté le 7 juin 2024]
- OPTIGEDE ADEME, « Stop Pub » : <https://optigede.ademe.fr/outils-pour-les-collectivites/reduire-la-production-de-dechets/stop-pub/chiffres-cles-et-evolution> [consulté le 7 juin 2024]

- Prix EFFIE :
<http://www.effie.fr/pages/prix.php#:~:text=Cr%C3%A9%C3%A9%20en%201994%20par%20l,d%20e%20leur%20%20campagne%20de%20communication> [consulté le 7 juin 2024]
- Public Sénat, « Interdiction de la publicité pour les énergies fossiles : la difficile application des lois » :
<https://www.publicsenat.fr/actualites/environnement/interdiction-de-la-publicite-pour-les-energies-fossiles-la-difficile-application-des-lois> [consulté le 7 juin 2024]
- Réponse du Ministère de la transition écologique et solidaire, JO Sénat, 18 avril 2019, Page 2184 :
https://www.senat.fr/questions/jopdf/2019/2019-04-18_seq_20190016_0001_p000.pdf [consulté le 7 juin 2024]
- UFC-Que Choisir, « Annonces sponsorisées Google Ads - Le géant de la recherche toujours plus discret », 30/01/2020 :
<https://www.quechoisir.org/actualite-annonces-sponsorisees-google-ads-le-geant-de-la-recherche-toujours-plus-discret-n75471/> [consulté le 7 juin 2024]
- UFC-Que Choisir, « Face au flot grandissant, le Stop Pub ! » :
<https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-enquete-prospectus-publicitaires-face-au-flot-grandissant-le-stop-pub-n56417/> [consulté le 7 juin 2024]

Sources non officielles :

- CALAIS Michaël, « Alerte aux faux avis de consommateurs en plein essor sur Internet », *La Tribune*, 27/08/2010 :
<https://www.latribune.fr/technos-medias/publicite/20100825trib000542316/alerte-aux-faux-avis-de-consommateurs-en-plein-essor-sur-internet.html> [consulté le 7 juin 2024]
- Définition marketing (Comparateur de prix) :
<https://www.definitions-marketing.com/definition/comparateur-de-prix/> [consulté le 7 juin 2024]
- Définition marketing (DOOH) :
<https://www.definitions-marketing.com/definition/dooh/> [consulté le 7 juin 2024]
- Définition marketing (Marketing direct) :
<https://www.definitions-marketing.com/definition/marketing-direct/> [consulté le 7 juin 2024]
- Définition marketing (Placement de produit) :
<https://www.definitions-marketing.com/definition/Placement-produit/> [consulté le 7 juin 2024]

- Définition marketing (Publi-rédactionnel) :
<https://www.definitions-marketing.com/definition/publi-redactionnel/> [consulté le 7 juin 2024]
- HUSSON Guillaume, Délégué général du Syndicat de la Librairie Française (SLF), interview BFM du 18 avril 2024 à 15h19 :
https://www.bfmtv.com/replay-emissions/bfmtv-repond-a-vos-questions/est-ce-qu-on-verra-bientot-de-la-publicite-pour-des-livres-a-la-television-bfmtv-repond-a-vos-questions_VN-202404180605.html [consulté le 7 juin 2024]
- Ipresso « C'est quoi un publi-reportage ? », Communiqué de presse :
<https://www.ipresseo.com/publireportage/#:~:text=Un%20publi%2Dcommuniqu%C3%A9%20ou%20publi,c%C3%B4t%C3%A9%20commercial%20d'une%20publicit%C3%A9> [consulté le 7 juin 2024]
- JEP, « Règles relatives à la publicité non commerciale, compétence du JEP et dispositions applicables », 2015 :
https://www.jep.be/sites/default/files/rule_recommandation/regles_relatives_a_la_publicite_non-commerciale_-_juin_2015_0.pdf [consulté le 7 juin 2024]
- Le Figaro, « Euro : les Français ont parié 435 millions d'euros en ligne », 13/07/2021 :
<https://www.lefigaro.fr/flash-sport/euro-les-francais-ont-parie-435-millions-d-euros-en-ligne-20210713> [consulté le 7 juin 2024]
- Les idées fraîches, « Faire de la publicité sur Google : comment, pour qui et pourquoi ? », 15/09/2023 :
<https://www.lesideesfraiches.fr/faire-de-la-publicite-sur-google-comment-pour-qui-et-pourquoi/> [consulté le 7 juin 2024]
- TF1, « Faire sa publicité sur TikTok et Instagram, une idée qui rapporte pour les petits commerces » :
<https://www.tflinfo.fr/conso/video-faire-sa-publicite-moins-cher-sur-tiktok-et-instagram-une-idee-qui-rapporte-pour-les-petits-commerces-pme-2284164.html> [consulté le 7 juin 2024]
- TikTok, « Impact Economique de TikTok pour les PME : 1,4 milliard d'€, 12500 emplois en France » :
<https://newsroom.tiktok.com/fr-fr/impact-economique-tiktok> [consulté le 7 juin 2024]
- Vie Publique, « Le règlement européen sur les services numériques (DSA) vise une responsabilisation des plateformes », 26 avril 2024 :
<https://www.vie-publique.fr/eclairage/285115-dsa-le-reglement-sur-les-services-numeriques-ou-digital-services-act> consulté le 7 juin 2024]
- Vie Publique, « Loi du 21 mai 2024 visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique », 22 mai 2024 :
<https://www.vie-publique.fr/loi/289345-loi-du-21-mai-2024-securiser-et-reguler-lespace-numerique-sren#le-projet-du-gouvernement> [consulté le 7 juin 2024]

- Vin & Société, « Loi EVIN - Enjeux et Perspectives pour la filière viti-vinicole », Page 15 : <https://www.vindefrance.com/sites/default/files/2021-11/vdf-reglementation-guide-vs-loi-evin.pdf> [consulté le 7 juin 2024]

INDEX

A

Alcool, 10, 27, 36, 37, 38, 77, 87, 88, 91, 98, 109, 112

Avis en ligne, 92, 103, 106, 107

C

Chirurgie esthétique, 31, 34, 35

Cinéma, 20, 21, 22, 25, 37

Compareteur, 92, 102, 103, 105, 106

E

Édition littéraire, 20, 21, 25

Essais comparatifs, 95, 102, 103, 104, 105, 106, 107

I

Influenceur, 27, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 41, 42, 45, 46, 52, 59, 61, 62, 63, 64, 87, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 108, 109, 110, 111, 113

J

Jeux d'argent, 27, 28, 29, 30, 31, 112

M

Médicaments, 7, 10, 13, 25, 27, 31, 32, 33, 77, 87, 88, 109, 112

P

Pratique commerciale, 6, 11, 12, 19, 41, 47, 48, 49, 50, 62, 65

Presse, 11, 12, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 35, 37, 44, 45, 46, 51, 52, 57, 59, 66, 67, 78, 84, 89, 91, 100

Produits financiers, 10, 27, 42, 43, 45

Publicité comparative, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 25, 26, 33, 82, 86, 90, 104, 109, 110

Publicité télévisée, 11, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 33, 68, 71, 90, 113

T

Tabac, 10, 24, 25, 27, 36, 40, 41, 75, 87, 91, 109, 112

Télévision, 5, 6, 7, 11, 12, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 37, 44, 52, 56, 59, 66, 67, 68, 69, 70, 78, 89, 91, 113

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	2
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	3
SOMMAIRE.....	4
INTRODUCTION.....	5
PARTIE 1 : Les enjeux de l'identification du caractère publicitaire du message.....	10
Chapitre 1 : Les enjeux de la réglementation spécifique de certaines publicités.....	10
Section 1 : Les enjeux de protection de la concurrence.....	10
§1 - La publicité comparative.....	11
A) L'identification d'une publicité comparative.....	11
1. L'exigence d'une publicité.....	11
2. L'exigence d'une comparaison.....	14
B) La réglementation spécifique à la publicité comparative.....	16
1. Les règles positives de la licéité.....	16
2. Les règles négatives de la licéité.....	18
§2 - Les publicités télévisées.....	19
A) Protéger le secteur culturel.....	20
1. L'édition littéraire.....	20
2. Le cinéma.....	21
B) Protéger le pluralisme des médias.....	23
1. La distribution.....	23
2. La presse.....	24
Section 2 : Les enjeux d'intérêt général.....	26
§1 - La protection de la santé.....	26
A) La protection de la santé mentale : lutte contre l'addiction.....	27
1. La réglementation générale de la publicité des jeux d'argent.....	27
2. La réglementation de la publicité des jeux d'argent par les influenceurs.....	29

B) La protection de la santé physique	31
1. La réglementation de la publicité des médicaments	31
2. La réglementation de la publicité dans les secteurs touchant à la santé	34
C) La protection de la santé physique et de la santé mentale	36
1. La réglementation de la publicité de l'alcool.....	36
2. La réglementation de la publicité du tabac	40
§2 - La protection économique des consommateurs	42
A) La réglementation générale de la publicité des produits financiers	43
B) La réglementation de la publicité des produits financiers par les influenceurs	45
Chapitre 2 : L'enjeu de transparence : l'obligation transversale d'identification du caractère publicitaire de la publicité.....	46
Section 1 : Des obligations d'identification générales pesant sur l'annonceur	47
§1 - Le caractère insuffisant du régime général des pratiques commerciales déloyales	47
A) Les pratiques commerciales déloyales : un régime très général mais non spécifique à la publicité	48
1. La clause générale de déloyauté.....	48
2. Les pratiques commerciales trompeuses.....	49
B) Les pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances : un régime ne permettant pas de couvrir toutes les formes de publicité.....	50
1. L'article L.121-4, 11° du Code de la consommation	51
2. L'article L.121-4, 21° du Code de la consommation	52
§2 - Des dispositions légales et éthiques disparates	53
A) Des dispositions légales.....	53
B) Des dispositions déontologiques	55
1. Les recommandations déontologiques	55
2. Un contrôle par le Jury de déontologie publicitaire.....	57
Section 2 : Des obligations d'identification spécifiques pesant sur les intermédiaires	59
§1 - La publicité sur les plateformes : une obligation d'identification partagée entre la plateforme et l'annonceur.....	59
A) Une obligation de forme pesant sur la plateforme	59
1. Des obligations de forme pesant sur les plateformes au titre du DSA.....	60
2. Des obligations renforcées par la loi sur les influenceurs.....	61

B) Une obligation de fond partagée selon les situations	62
1. Le cas spécifique des influenceurs : une responsabilité partagée entre l'influenceur et l'annonceur	62
2. Le cas des annonces sponsorisées : une obligation d'identification pesant sur la plateforme	64
§2 - Des réglementations spécifiques à certains secteurs.....	66
A) La presse.....	66
1. Une identification expresse du contenu publicitaire	66
2. Une obligation d'identification pesant sur des acteurs différents selon le fondement juridique invoqué	67
B) La télévision	67
1. Une identification implicite du contenu publicitaire.....	68
2. Une obligation d'identification pesant sur les fournisseurs de médias	70
PARTIE 2 : La publicité, une notion aux frontières incertaines.....	72
Chapitre 1 : L'identification de critères de qualification	72
Section 1 : Des critères de qualification certains.....	73
§1 - La promotion d'un produit, d'un service ou d'une marque	73
A) Le caractère attractif de la publicité	73
1. La promotion d'un bien ou d'un service.....	73
2. L'absence d'objectivité de la publicité.....	76
B) Une nécessaire diffusion au public	77
1. Un critère implicite	78
2. Un critère suscitant des interrogations	78
§2 - L'indifférence de la forme publicitaire.....	82
A) La publicité écrite et visuelle	82
B) La publicité sonore.....	83
Section 2 : Des critères de qualification en débat.....	84
§1 - La nécessité d'un cadre professionnel	85
A) Une publicité devant émaner du professionnel commercialisant le produit ou le service.....	85
B) Une publicité poursuivant un but commercial.....	87

§2 - La nécessité d'une contrepartie.....	89
A) Un intérêt souvent financier : la diffusion de la publicité moyennant rémunération	89
B) Une contrepartie parfois absente	90
Chapitre 2 : L'émergence de nouvelles formes de publicité	92
Section 1 : L'influence commerciale	92
§1 - La promotion d'un bien, d'un service, ou d'une cause quelconque	93
A) La diffusion au public.....	93
B) Le caractère attractif de la publicité.....	95
§2 - La mise en place d'un partenariat entre l'annonceur et l'influenceur.....	97
A) La question de la contrepartie	97
B) La question du cadre professionnel	100
Section 2 : Les autres formes de publicité.....	102
§1 - Les essais comparatifs, les comparateurs de prix et les avis en ligne.....	103
A) Les essais comparatifs	103
B) Les comparateurs de prix.....	105
C) Les avis en ligne	106
§2 - Les annonceurs réalisant de la publicité sur leurs propres réseaux sociaux	108
A) Les publicités réalisées par les entreprises	108
B) Les publicités réalisées par les influenceurs pour leur propre marque.....	110
CONCLUSION.....	112
BIBLIOGRAPHIE	115
INDEX.....	125
TABLE DES MATIÈRES.....	126