

Le nouvel article L. 2133-1 du Code de la santé publique sur la publicité alimentaire

Un texte pavé de bonnes intentions à la dérive

François Corone

DANS **LEGICOM 2007/2 N° 38** , PAGES 5 À 19

ÉDITIONS **VICTOIRES ÉDITIONS**

ISSN 1244-9288

ISBN 9782351130117

DOI 10.3917/legi.038.0005

Date de mise en ligne : 24/03/2014

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-legicom-2007-2-page-5?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Victoires éditions.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Le nouvel article L. 2133-1 du Code de la santé publique sur la publicité alimentaire

Un texte pavé de bonnes intentions à la dérive

François Corone

*Docteur en droit
Spécialiste en propriété intellectuelle
Avocat au Barreau de Paris*

L'ESSENTIEL

La lutte contre l'obésité s'ancre dans la loi du 9 août 2004 relative à la santé publique, dont l'un des objectifs est de réduire de 20 %, d'ici 2008, la prévalence de surpoids chez les adultes, et stopper son augmentation chez les enfants. L'adoption de cette loi a été chaotique et s'est vue modifiée rapidement pour faire face à la critique des annonceurs et des agences de publicité. Dans sa version définitive, l'article L. 2133-1 du Code de la santé publique énonce que «les messages publicitaires en faveur de boissons avec ajouts de sucres, de sel ou d'édulcorants de synthèse ou de produits alimentaires manufacturés doivent contenir une information à caractère sanitaire». La loi prévoit également que les annonceurs peuvent déroger à cette obligation en s'acquittant d'une contribution égale à 1,5 % du montant annuel net des sommes destinées à l'émission et à la diffusion des messages publicitaires ou promotionnels. Les modalités d'application de l'article L. 2133-1 sont définies par un décret et un arrêté, complétés par une «note» ministérielle qui vient apporter d'utiles précisions mais qui est dépourvue de valeur juridique. Reste que ces modalités d'application font apparaître de lourdes incohérences de nature à compromettre l'application du texte de la loi. ■

En 2006, 12,4 % des Français sont obèses (1) et 29,2 % en surpoids, soit un total de 41,6 % de la population (2). 10 à 12,5 % des enfants de 5 à 12 ans sont obèses ou en surpoids, avec un pic de 19 % pour les enfants de 8 ans (3).

L'obésité, qui touche toutes les tranches d'âge et toutes les professions, est donc un problème de santé publique. Lancé par le gouvernement en 2001 pour une durée de quatre ans, le premier Programme national nutrition santé (PNNS) s'est développé autour de deux axes principaux : promouvoir l'exercice physique et modifier les habitudes alimentaires en informant sur la nécessité d'une alimentation équilibrée (4). Ce programme est établi en concertation avec les principaux acteurs du secteur de la santé et, notamment, de la nutrition (AFSA, Institut de veille sanitaire, CNAM...), ainsi qu'avec des personnalités scientifiques et des représentants des consommateurs.

Le PNNS intervient par le biais de circulaires (5), d'études (6) et de campagnes d'information. Il est également à l'origine de la loi du 9 août 2004 relative à la santé publique, dont l'un des objectifs est de réduire de 20 %, d'ici 2008, la prévalence de surpoids chez les adultes, et de stopper son augmentation chez les enfants (7). Les deux principales mesures instituées par cette loi sont les suivantes. La première, fortement médiatisée, s'est traduite par l'interdiction des distributeurs automatiques de boissons et de produits alimentaires au sein des établissements scolaires, à compter du 1^{er} septembre 2005. La seconde mesure utilise la publicité faite par les entreprises comme vecteur d'information du public en matière d'alimentation et de santé, en imposant la présence d'un message sanitaire.

L'adoption de cette loi a été chaotique puisqu'elle a été modifiée à deux reprises, d'abord par une loi du 31 décembre 2004, puis, de façon substantielle, par la loi de financement de la Sécurité sociale du 19 décembre 2005. Dans sa version définitive, l'article L. 2133-1 du Code de la santé publique, introduit par la loi de 2004, énonce que «les messages publicitaires en faveur de boissons avec ajouts de sucres, de sel ou d'édulcorants de synthèse ou de produits alimentaires manufacturés doivent contenir une information à caractère sanitaire». La loi prévoit également que les annonceurs peuvent déroger à cette obligation en s'acquittant d'une contribution égale à 1,5 % du montant annuel net des sommes destinées à l'émission et à la diffusion des messages publicitaires ou promotionnels.

La France est le seul pays européen à avoir opté pour ce système de messages à caractère sanitaire, concernant ce type de produits. Les autres pays ont mis l'accent sur l'autodiscipline de l'industrie agroalimentaire, la réglementation des établissements scolaires, ou encore la taxation de certains produits alimentaires jugés néfastes pour les enfants (8). L'Angleterre fait également exception en venant d'adopter des mesures restrictives visant à interdire la publicité télévisée pour certains produits alimentaires jugés particulièrement nuisibles pour la santé des enfants dans les émissions destinées aux jeunes.

Les modalités d'application de l'article L. 2133-1 sont définies par un décret et un arrêté, complétés par une «note» ministérielle (9) qui vient apporter des précisions mais qui est dépourvue de valeur juridique. Cette «note» n'a pas même vocation, semble-t-il, à devenir une circulaire. L'entrée en vigueur de la loi et de ses textes

1. Contre 11,3 % en 2003 et 8,2 % en 1997.

2. Étude ObEpi-Roche 2006 – 4^e étude épidémiologique nationale sur le surpoids en France.

3. Enquête de la Caisse nationale d'assurance maladie – juin 2005.

4. Un deuxième PNNS a été lancé en septembre 2006 et doit durer jusqu'en 2010. Ce second volet reprend les grands axes du premier PNNS.

5. V. notamment les circulaires des 26 juin 2001

et 1^{er} décembre 2003 indiquant la composition idéale des repas des cantines scolaires.

6. Comme par exemple le programme «Ensemble, prévenons l'obésité des enfants» (EPODE), mis en place en janvier 2004 et mené dans 10 villes françaises afin d'analyser les problèmes de surpoids et de sensibiliser les jeunes.

7. Loi n° 2004-806 du 9 août 2004, art. 32 et annexe.

8. V. Étude de législation comparée n° 147, juin 2005, réalisée par le Service des études juridiques du Sénat, disponible sur le site <http://www.senat.fr>.

9. Cette note a été établie par le ministère de la Santé et des Solidarités, le ministère de l'Agriculture et de la Pêche, et celui de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

d'application devait intervenir le 1^{er} février 2007 selon les déclarations du ministre de la Santé, soit avec un an de retard car celle-ci était prévue au 1^{er} janvier 2006.

Lors des étapes successives de son élaboration, cette loi a fait l'objet de critiques par les annonceurs, dont les intérêts sont menacés par ce texte, ainsi que par les agences de publicité, qui peuvent en subir le contre-coup. Celles-ci vont en outre être confrontées à des difficultés opérationnelles importantes. Ce qui est certain, c'est que le texte va entraîner des surcoûts dont les grands bénéficiaires seront les imprimeurs (10) et les sociétés de post-production (11), ainsi que les médias TV et radio, compte tenu de la durée des messages radiophoniques et des films publicitaires qui va se trouver augmentée de deux à trois secondes pour permettre la diffusion du message sanitaire, sauf à rogner sur le temps consacré à la publicité du produit.

Au-delà des critiques partisans, on peut regretter une loi qui à vouloir tout embrasser mal étreint, des textes d'applications tatillons et, au plan des principes, l'intervention de l'État, dans la première fonction vitale et ancestrale qu'est le fait de se nourrir. Quant à la violation de la loi, légalisée par la taxation, le principe heurte et n'est pas sain dans une démocratie égalitaire.

I - LE CHAMP D'APPLICATION DES NOUVELLES MESURES

Les termes de la loi sont susceptibles d'aboutir à un champ d'application extrêmement étendu, avec de nombreuses incertitudes, source d'insécurité juridique. On peut surtout craindre, paradoxalement, que, par la généralité de son champ quant aux boissons et produits visés, la loi n'atteigne pas son but.

A - Les produits visés

L'article L. 2133-1 du CSP vise les boissons avec ajouts de sucres, de sel ou d'édulcorants de synthèse, ainsi que les produits alimentaires manufacturés, soit à peu près tous les produits alimentaires.

1 - Les boissons

Toutes les boissons sont concernées dès lors qu'elles ont fait l'objet d'un ajout de sucres (12), de sel ou d'édulcorant de synthèse, ce dernier terme se définissant comme un «produit sucrant sans sucre et pauvre en calories» (13). Il s'agit notamment de l'aspartame ou de la saccharine.

Les sodas, consommés de manière excessive par les jeunes, étaient l'une des cibles principales du législateur. La teneur en sucre de ces boissons étant généralement très importante, leur consommation trop fréquente constitue une cause certaine d'obésité. Pour autant, fallait-il mettre dans le même sac les sodas classiques et les sodas light? On peut en douter. Certes, les campagnes publicitaires en faveur des sodas light entraînent également les ventes des sodas traditionnels. Néanmoins, on peut se demander si la mise en garde qui accompagnera la publicité pour les boissons light ne risque pas de décourager de ses efforts le consommateur. Celui-ci ne va-t-il pas se dire, selon un réflexe humain et courant, «puisque ce n'est pas plus sain, autant boire du bon ou du vrai». Restent, il est vrai, les effets possibles à long terme d'une consommation excessive d'édulcorants de synthèse et probablement le souhait de limiter celle-ci en vertu du principe de précaution.

Les boissons alcoolisées, qui comportent souvent des ajouts de sucres, ne sont toutefois pas concernées, selon le décret, dès lors que la publicité pour les boissons alcoolisées comporte obligatoirement un message sanitaire avertissant de leur dangerosité. Ceci est

10. Le coût supplémentaire dans le cadre d'une campagne d'affichage serait de l'ordre de 15000 euros.

11. Ce sont elles qui vont se charger de l'incrusta-

tion du message sanitaire et qui fournissent les copies antenne dont le nombre va se trouver multiplié car les différents messages sanitaires doivent être utilisés à part égale dans une même campagne.

12. On notera l'utilisation de la forme plurielle.

13. *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2004, v. Édulcorant.

regrettable car, en réalité, le consommateur moyen ignore l'importance de l'apport calorique de l'alcool. Jouer sur cet aspect-là aurait pu avoir un effet dissuasif auprès notamment de la population féminine.

En pratique, seules les publicités en faveur des laits sans ajouts, de l'eau naturelle et des purs jus de fruit, ne nécessitent pas de message sanitaire. En revanche, le jus de tomate et les autres jus de légumes, qui sont salés, n'y échappent pas, ce qui peut surprendre.

2 - Les produits alimentaires manufacturés

Cette catégorie est très vaste dans la mesure où le terme « produit manufacturé » signifie, selon *Le Petit Robert*, « issus de la transformation industrielle des matières premières » (14). D'après la « note » ministérielle, seraient visés les produits préparés avec des ajouts ou ayant subi une transformation de leur substance. Sont donc exclus de la réglementation les produits disponibles sous leur forme brute (fruits et légumes par exemple), ainsi que les produits simplement découpés, emballés, congelés ou surgelés. En pratique, seules les campagnes dites « collectives » pour les fruits et légumes, la viande ou le poisson, ne seront pas concernées par cette nouvelle réglementation.

Certaines interrogations demeurent. À titre d'exemple, comment doivent être traités le café et le thé ? Ce sont tout à la fois des boissons et s'agissant du café, un produit manufacturé du fait de la torréfaction. La « note » d'information ministérielle les dispense du message sanitaire car l'administration les traite comme des boissons mais cette note est purement indicative et sans valeur juridique. Il est probable qu'elle ne s'impose pas à l'administration fiscale et il serait souhaitable d'aller au devant d'éventuelles surprises désagréables dans le cadre des publicités pour le café qui représentent des investissements publicitaires importants en télévision. Par ailleurs, s'il est des produits conduisant à la consommation de sucre, ce sont bien ceux-là, même si c'est le consommateur qui l'ajoute lui-même. Alors, pour-

quoi exclure le café du champ d'application de la loi et pas le jus de tomate ? Étonnante position de l'administration ou incohérence non réfléchie, on reste perplexe.

Les pâtes sont également un exemple de l'absence de discernement de certains parlementaires et de l'incohérence des politiques de prévention. Alors que leur consommation était encouragée il y a un an dans le cadre de la campagne en faveur des féculents, celles-ci se trouvent soumises aux dispositions de la loi nouvelle.

3 - Un texte dont l'étendue risque de nuire à son efficacité

Certes, le contenu des messages sanitaires, qui devront apparaître dans la publicité, ne déconseille pas directement la consommation de certains produits (à l'exception du sucre) ou de certaines boissons, à la différence des messages imposés dans le cadre de la publicité pour le tabac et l'alcool. Il est toutefois probable que la simple présence d'un message, indépendamment de son contenu, soit porteuse d'une image négative, puisque, jusqu'à maintenant, seuls les publicités en faveur de produits dont l'abus comporte un risque de mortalité important (alcool et tabac) sont accompagnées de mises en garde.

Dans le cas de produits dont la consommation régulière comporte un véritable risque en matière d'obésité, comme les sodas, les sucreries ou les plats préparés, qui sont souvent accompagnés de sauces très caloriques, l'apposition de ces messages est certainement opportune en ce qu'elle met en garde le consommateur contre les méfaits d'une alimentation trop salée, trop sucrée ou trop grasse.

Cependant, rares sont les produits qui échappent à cette nouvelle réglementation. Il suffit de sillonner les rayons d'un supermarché pour constater que la liste des aliments non couverts par le texte est réduite à la portion congrue. Sont concernés de nombreux aliments transformés ou qui comportent des ajouts mais dont l'absorption régu-

14. *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2004, v. Manufacturer.

lière n'est pas génératrice de surpoids, tels les légumes en conserve, dont le jus contient du sel en quantité généralement raisonnable, les jus de légumes, le vinaigre, la moutarde et même les biscuits diététiques. On notera que les légumes en conserve sont même recommandés par le site Internet mis en place sous l'impulsion du PNNS (15), ainsi que par d'autres sites spécialisés dans la lutte contre l'obésité (16). Pour ce type de produits, il n'est pas légitime de contraindre l'annonceur à apposer un message à caractère sanitaire, puisque ceux-ci ne font naître aucun risque en matière d'obésité. Il est pour le moins étrange qu'une publicité pour les haricots verts en conserve comporte un message à caractère sanitaire, puisque ce produit, même accompagné d'un jus faiblement salé, est au contraire recommandé en matière d'alimentation. Pourtant, si l'annonceur se dispense de cette formalité, il s'expose à une sanction financière inspirée du principe « pollueur payeur », qui ne trouve plus sa justification.

Les messages à caractère sanitaire devront également être apposés pour des produits essentiels à l'équilibre alimentaire et qui font partie intégrante de notre tradition culinaire, comme la soupe, la purée, les pâtes, le pain, les biscottes etc. Idem pour l'ensemble des poissons fumés qui comportent des ajouts de sel alors que la consommation de poisson est par ailleurs encouragée dans le cadre de la prévention des maladies cardiovasculaires. Certains consommateurs pourraient donc désormais croire que ces produits sont néfastes alors qu'ils sont pourtant

nécessaires dans le cadre d'une alimentation saine et équilibrée.

Le texte n'aboutirait-il pas ainsi à désorienter le public, alors qu'il est censé l'éduquer? Cela n'est pas exclu. On peut surtout craindre que, par sa banalisation, le conseil sanitaire ne devienne totalement inefficace. Qui remarquera et intégrera dans son mode de vie une recommandation vue ou entendue dix ou vingt fois par jour? C'est à voir. Souhaitons être dans l'erreur et que le législateur ne soit pas passé à côté de son objectif.

Par ailleurs, ce dispositif se trouve complété par le règlement communautaire n° 1924/2006 adopté le 20 décembre 2006 concernant les allégations santé et nutritionnelles pouvant être apposées sur certains produits, notamment ceux pauvres en sel, sucre ou matières grasses. Ce texte prévoit qu'un produit pourra contenir une telle allégation, à condition que sa teneur en sel, sucre ou matière grasse soit inférieure à un certain taux (17).

Comment vont coexister réglementations nationale et communautaire et n'y a-t-il pas un risque d'incohérence du fait de la superposition de ces deux réglementations qui vont prendre effet en même temps (18)? Ceci est malheureusement probable pour certains produits qui vont bénéficier de la possibilité de mettre en avant une allégation nutritionnelle positive en vertu du règlement, tout en devant insérer dans leur publicité un message sanitaire en vertu de la législation française.

Il se peut en effet que certains produits, bien que manufacturés, comportent un taux de

15. <http://www.bougermanger.fr/pnns/repere/repere.php>

16. V. par exemple http://www.nutrition-et-obesite.com/generalites/interets_legumes.htm

17. Le Parlement européen a adopté le 16 mai 2006, en seconde lecture, ce texte qui a été adopté par le Conseil. D'une façon générale, les allégations nutritionnelles et de santé ne doivent pas être inexactes, ambiguës ou trompeuses, non plus que susciter des doutes quant à la sécurité et/ou l'adéquation nutritionnelles d'autres denrées alimentaires; elle ne doivent pas non plus encourager ou tolérer la consommation excessive d'une denrée alimentaire, ni affirmer ou suggérer qu'une alimentation équilibrée ne peut fournir des

nutriments en quantité appropriée; elles ne doivent pas non plus faire craindre au consommateur des modifications des fonctions corporelles ou exploiter de telles craintes. Le Règlement prévoit que toute nouvelle allégation de santé (par exemple: «Le produit X diminue le taux de cholestérol») devra être enregistrée auprès de l'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA), qui disposera de cinq mois pour vérifier l'allégation avant de l'autoriser. Un registre des allégations de santé autorisées sera établi afin de permettre aux fabricants souhaitant utiliser une allégation ayant déjà été autorisée de consulter celui-ci afin de connaître les règles à respecter sans devoir passer par la procédure d'autorisation.

S'agissant des allégations nutritionnelles (par exemple: «sans matières grasses» ou bien encore «riche en fibres», etc.) le texte prévoit que la Commission définira d'ici janvier 2009 au plus tard des profils nutritionnels pour les denrées alimentaires ou certaines catégories de denrées qui devront être respectées avant de donner lieu à des allégations nutritionnelles ou de santé. Les fabricants pourront utiliser les allégations nutritionnelles définies en annexe du Règlement.

18. La dernière version de ce Règlement a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* le 18 janvier 2007, L. 12.

sucré, de sel ou de matières grasses en dessous des seuils prévus par le texte communautaire. Dans ce cas, le fabricant pourra vanter les qualités nutritionnelles de son produit, mais la publicité devra, en vertu de l'article L. 2133-1 du CSP, faire apparaître un des messages prescrits par cette disposition. Le jus de tomate en est un exemple topique. Les producteurs de cette boisson pourront, dans leur publicité, mettre en avant l'absence de matières grasses et de sucre, tout en devant faire figurer un message de prévention, compte tenu de la présence de sel ajouté. La situation ubuesque qui résultera de cette contradiction ne manquera pas de désorienter les consommateurs.

On ne peut donc qu'être interpellé par la maladresse du législateur quant à la méthode choisie pour atteindre un objectif important en matière de santé publique. Il aurait certainement été plus efficace, plus simple et moins onéreux d'interdire la publicité télévisée et radiophonique en faveur de certaines catégories de produits alimentaires et de boissons, bien ciblées, durant certaines plages horaires selon les jours de la semaine, notamment pour protéger les enfants et les adolescents. Pourquoi faire dans la demi-mesure alors que l'on a su prendre des mesures énergiques pour le tabac et l'alcool et que, depuis quinze ans, différents secteurs économiques n'ont pas accès à la publicité télévisée, pour préserver essentiellement les intérêts de la presse, but au demeurant parfaitement louable.

B - Les publicités et opérations de promotion concernées

L'article L. 2133-1 du CSP vise les « messages publicitaires », ainsi que « toute promotion, destinée au public, par voie d'imprimés et de publications périodiques édités par les producteurs ou distributeurs de ces produits ».

Le décret (article R. 2133-1) et l'arrêté font référence aux « messages publicitaires et promotionnels ». Ces termes étant assez larges, les professionnels se sont demandé quelles étaient les limites du domaine de ce

texte concernant certaines opérations. Par exemple, un jeu-concours organisé afin de promouvoir un produit soumis à l'article L. 2133-1, doit-il mentionner un message à caractère sanitaire, dans la mesure où ce jeu se présente bel et bien sous la forme d'un « imprimé édité par le producteur ou le distributeur » ?

Dans la « note » ministérielle, sont concernés tous les messages destinés à informer le public de l'existence et des qualités des produits alimentaires dans le but d'en augmenter les ventes. Toutefois, immédiatement après et faisant référence aux débats parlementaires, celle-ci indique de manière quelque peu contradictoire que la loi ne viserait que « les messages publicitaires au sens strict, c'est-à-dire dont la vocation publicitaire est le caractère premier ». Ne serait donc pas concernée l'information liée à la vente des produits (les bons d'achat, l'information sur les prix), non plus que les jeux, lots, coupons, etc. *Grosso modo*, selon l'administration, les opérations de promotion classiques seraient épargnées. Étrange conception de l'information car s'il est bien des techniques de marketing destinées à favoriser le passage à l'acte d'achat, ce sont bien celles relevant de la promotion. Les opérations de parrainage ne seraient pas non plus visées, ni les messages qui, ne s'adressant pas au public, sont diffusés uniquement au sein d'un circuit professionnel ou dans des salons. La « note » d'information ministérielle n'ayant aucune valeur juridique, elle ne constituera, dans le cadre d'un litige, qu'un simple indice que le tribunal sera parfaitement libre d'ignorer. Il en résulte une relative insécurité juridique pour les annonceurs et les agences de publicité. Certes, le contentieux devrait être rare mais c'est à la condition que l'administration fiscale n'adopte pas une doctrine différente de l'interprétation contenue dans la « note » d'information. Dans le cas contraire, un nouveau type de contentieux « sucré-salé » apparaîtra.

Enfin, s'agissant de la territorialité, l'obligation ne s'applique, pour les publicités télévisées ou radiodiffusées, qu'à celles émises et diffusées à partir du territoire français et

reçues sur ce territoire, ce afin de respecter notamment les dispositions de la Directive télévision sans frontières (TVSF).

C - Les médias et les supports visés

La loi du 9 août 2004 ne visait que la publicité télévisée et radiophonique, ainsi que les actions de promotion. Le texte définitif de l'article L. 2133-1 du CSP, issu de la loi du 19 décembre 2005, a considérablement étendu le champ de cette nouvelle réglementation. Outre les messages publicitaires télévisés ou radiodiffusés, l'obligation d'information s'applique également pour « toute promotion, destinée au public, par voie d'imprimés et de publications périodiques édités par les producteurs ou distributeurs de ces produits ».

Le législateur a donc ajouté, en 2005, les imprimés et les publications périodiques mais sans réécrire l'alinéa 1 de l'article L. 2133-1, ce qui est en fait un texte confus et à la portée incertaine. Il eut été mieux inspiré de refondre sa rédaction, en visant « la publicité et la promotion en faveur... sanitaire » avant d'envisager son application territoriale spécifique s'agissant des publicités télévisées et radiophoniques. En l'état, le texte s'applique aux « messages publicitaires » et aux opérations de « promotion [...] par voie d'imprimés et de publications périodiques édités par les producteurs ou distributeurs de ces produits ». Dans le premier cas, la loi s'applique en fonction du contenu et dans le second en fonction du contenu (promotionnel) et des supports. De surcroît, le législateur a intercalé une phrase au milieu qui concerne l'application territoriale de la loi pour la publicité télévisée et radiopho-

nique. On abouti ainsi à une construction curieuse. Mais surtout la notion de « message publicitaire » n'est pas aussi claire qu'il y paraît. Ces termes ne conviennent pas en effet à la publicité par voie d'affichage, voire également à la publicité cinématographique.

Faute d'avoir posé le principe général visant « la publicité » dans la première phrase de l'article L. 2133-1, on pourrait considérer que la loi ne s'applique qu'aux seuls médias et supports strictement visés, à savoir la télévision, la radio, les imprimés publicitaires et les catalogues périodiques. En effet on relève que lorsque le législateur veut réglementer la publicité sur tous les médias et supports, les textes visent « la publicité » (19). Or, tel n'est pas le cas.

L'alinéa 3 qui définit l'assiette de la contribution sanctionnant l'absence de message sanitaire vient conforter cette analyse. Pour ce qui est des « messages publicitaires », le texte vise en effet « les sommes destinées à l'émission et à la diffusion de ceux-ci ». Or, une telle formulation ne peut s'appliquer à l'affichage. Quant aux films publicitaires cinématographiques, si ceux-ci peuvent éventuellement être considérés comme diffusés, encore qu'ils soient plutôt projetés, ils ne sont pas émis. On peut alors penser que pour la publicité par voie d'affichage ou cinématographique, l'assiette de la contribution est définie par une autre disposition. Mais s'agissant des « autres types de promotion », la contribution de 1,5 % s'applique aux « dépenses de réalisation et de distribution », ces autres types de promotion renvoyant de plus logiquement à celles réalisées « par voie d'imprimés et de publications périodiques » visés à l'alinéa 1 du texte. Or la publicité par voie d'affichage n'est pas de la promotion. Et en outre, l'affichage ne rentre pas mieux dans

19. On relèvera en effet que dans tous les textes visant à réglementer la publicité sur tous les médias et supports, le législateur vise « la publicité » et non « les messages publicitaires ». Il en va ainsi pour la publicité mensongère ou trompeuse (art. L. 121-1 Code consommation), la publicité comparative (art. L. 121-8 Code consommation), la publicité pour les médicaments (L. 5122-1 Code de la santé publique), la publicité des boissons alcooliques (art. L. 3323-2 Code santé publique),

la publicité pour le tabac (art. L. 3511-1 Code santé publique), la réglementation de la publicité télévisée (décret du 27 mars 1992), l'usage de la langue française (art. 2 de la loi du 4 août 1994), la publicité pour le crédit (art. L. 311-4 et suiv. Code de la consommation), la publicité pour les armes à feu (loi du 12 juillet 1985), la publicité sur le prix des livres (art. 7 loi du 10 août 1981), la publicité pour les appareils de télécommunications non réglementaires (art. L. 34- 9 du Code

des postes et télécommunications, la publicité pour le décodeurs frauduleux (art. 79-2 de la loi du 30 septembre 1986), la publicité pour des services de conseil en propriété industrielle (art. L. 423-1 du CPI), la publicité visible depuis les voies ouvertes à la circulation (art. L. 581-2 du Code de l'environnement), la publicité sur les véhicules (art. 1 du décret du 6 septembre 1982), la publicité en agglomération (décret du 21 novembre 1980) etc.

ce cas-là, une affiche n'étant pas assimilable à un imprimé, ni dans le langage courant, ni dans le langage professionnel, ni dans les textes réglementant la publicité, telle la loi Sapin à l'occasion de laquelle on s'est longuement penché sur la notion d'«imprimé publicitaire» (20). On constate ainsi que l'application du texte à certains médias et supports pourrait être contestée.

Quant au décret, celui-ci n'apporte aucune précision quant aux médias et supports concernés. De surcroît, il ne s'en remet à l'arrêté que pour définir le contenu des messages et les modalités techniques de leur diffusion. Ce texte n'a donc pas vocation à définir le périmètre d'application de la loi. Or, c'est l'arrêté qui précise et élargit considérablement les médias et supports concernés en visant, outre la télévision, la radio, la presse et les imprimés, le cinéma, l'affichage et les services de communication en ligne, soit le réseau Internet et la téléphonie mobile.

La «note» ministérielle vient achever la confusion et conforte les doutes que l'on peut avoir sur le champ d'application de la loi. Ainsi, peut-on y lire : «À titre d'exemple, une affichette sur le lieu de vente s'adressant aux acheteurs des produits n'est pas visée (sauf si l'affichette est visible à l'extérieur du lieu de vente) alors qu'une affiche diffusée sur un réseau d'affichage est concernée par le dispositif.» Or, qui peut dire ce qu'est «une affichette» et pourquoi celles-ci ne seraient pas concernées ? De même pourquoi la loi s'applique-t-elle différemment selon que l'affichette est dans le point de vente ou visible de l'extérieur (21)? Manifestement, l'administration voit dans le premier cas une publicité et dans le second un support d'information, ce qui procède d'une naïveté déconcertante ou d'un travail de lobbying efficace. Ceci montre bien l'imprécision du texte et l'absence d'interprétation cohérente de l'administration qui a bien du mal à définir les supports concernés, dans un inven-

taire à la Prévert mélangeant et excluant, Dieu sait pourquoi, les bons d'achats, les jeux et concours, la PLV avec les emballages, les modes d'emploi, les menus et les recettes de cuisine !

Outre le regret de voir le Parlement adopter un texte aussi mal bâti, on peut légitimement s'interroger sur la légalité de l'application de cette nouvelle réglementation à des médias et supports non visés expressément par la loi. En effet, sa violation entraînant le paiement d'une taxe, pudiquement appelée contribution, recouverte selon les procédures propres à l'impôt, domaine réservé au Parlement en vertu de l'article 34 de la Constitution (22), il n'appartient pas au pouvoir réglementaire d'en étendre le champ. Or, il semble bien que l'arrêté élargisse celui-ci et modifie ainsi le champ d'application de la contribution devant être payée par les annonceurs ne faisant pas apparaître les messages sanitaires prévus.

D - Les annonceurs

Tous les annonceurs sont donc concernés, qu'ils soient producteurs ou distributeurs. L'article L. 2133-1, alinéa 1, du CSP évoque d'ailleurs ces deux catégories. Le législateur innove cependant en ajoutant les «promoteurs», catégorie jusqu'alors inconnue dans le domaine de la réglementation publicitaire. Diable, voici un nouveau citoyen taxable qui s'ignorait.

Que les agences de communication prennent garde de ne pas se voir ainsi qualifiées, des fois qu'elles omettraient de recommander – voire d'imposer – à leurs clients annonceurs, la présence d'un message sanitaire sur des supports exclus par une «note ministérielle» n'ayant pas vocation à devenir circulaire et qui viendrait à être contredite par le juge administratif. Prudence ou décharge de responsabilité pour les agences de publicité sont à recommander.

20. «La circulaire du 19 septembre 1994 relative à l'application de la loi Sapin», *Légicom* n° 6, 1994, p. 6.

21. À noter que dans sa première rédaction, la

note ministérielle n'opérait pas de distinction.

22. L'article 34 de la Constitution énonce que «la loi fixe les règles concernant (...) l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des imposi-

tions de toutes natures». Il est vrai qu'en l'espèce, il ne s'agit pas d'une «taxe» mais d'une «contribution financière».

II - LES MESSAGES À CARACTÈRE SANITAIRE

Le décret, dans sa rédaction première, parlait de « message d'information sanitaire ». Le texte définitif vise « l'information à caractère sanitaire », mettant ainsi l'accent sur le caractère objectif du contenu des messages de prévention qui devront être diffusés. Le décret laisse le soin à l'arrêté de fixer la liste des informations sanitaires qui devront être utilisées ainsi que « leurs adaptation *en fonction* du support et des modalités techniques de diffusion de la publicité, du public intéressé, *des catégories de boissons et d'aliments et de leur composition* ». Une première remarque s'impose. Le ministère de la Santé et des Solidarités n'a pas profité de cette possibilité qui lui était offerte d'adapter le contenu des messages sanitaires en fonction de la composition des boissons et aliments concernés. On le regrette. Il est possible toutefois que ceci se fasse dans un second temps, le changement lexical intervenu au cours de l'élaboration des textes étant à notre avis de nature à laisser une plus grande marge de manœuvre à l'administration dans le contenu des messages. On relèvera par ailleurs que la clarté et la simplicité ne sont pas au rendez-vous, seul un décortiquage minutieux de l'arrêté permettant d'y voir clair. Le texte mélange en effet contenu des messages, modalités de diffusion et médias, sans cohérence.

A - La teneur des messages

Ceux-ci sont tantôt incitatifs afin de renforcer la consommation des fruits et légumes ainsi que la pratique du sport, tantôt dissuasifs afin de limiter l'absorption de sucre, de lipides et de sel.

1 - Cas général

Les messages prévus par l'arrêté sont les suivants : « Pour votre santé, mangez au moins cinq fruits et légumes par jour », « Pour votre

santé, pratiquez une activité sportive régulière », « Pour votre santé, évitez de manger trop gras, trop sucré, trop salé », « Pour votre santé, évitez de grignoter entre les repas ».

2 - Messages publicitaires pour les produits destinés aux enfants en bas âge

L'arrêté se réfère ici aux denrées alimentaires couvertes par la Directive communautaire 96/5/CE du 16 février 1996 concernant les préparations à base de céréales et les aliments pour bébés destinés aux nourrissons et enfants en bas âge.

Dans cette hypothèse, les messages mentionnés ci-dessus peuvent être remplacés par : « Apprenez à votre enfant à ne pas grignoter entre les repas », « Bouger, jouer est indispensable au développement de votre enfant ».

3 - Messages publicitaires diffusés à l'occasion des programmes destinés à la jeunesse et dans la presse destinée aux enfants

L'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA) s'était prononcée en faveur de l'interdiction de la publicité télévisée alimentaire à destination des enfants (23), mais cet avis n'a pas été suivi par le Parlement. L'arrêté (art. 1) prévoit toutefois, des mesures spécifiques concernant les « écrans publicitaires télédiffusés ou radiodiffusés encadrant les programmes destinés à la jeunesse ou insérés dans ces programmes », ainsi que pour la publicité insérée dans la « presse destinée aux enfants ». Les messages sanitaires peuvent dans ce cas être formulés en utilisant le tutoiement, ou remplacés par le jeu d'informations suivantes : « Pour bien grandir, mange au moins cinq fruits et légumes par jour », « Pour être en forme, dépense-toi bien », « Pour bien grandir, ne mange pas trop gras, trop sucré, trop salé », et « Pour être en forme, évite de grignoter toute la journée ».

Concernant cette possibilité d'utiliser le tutoiement, une incertitude subsiste. Le quatrième alinéa de l'article 3 relatif à la publicité radiographique indique, sans autre précision,

23. AFSSA, communiqué de presse du 6 juillet 2004, évoqué dans l'avis du 26 mai 2005.

que les messages sanitaires peuvent être formulés en utilisant le tutoiement. On peut relever une contradiction avec l'article 1^{er} qui limite l'emploi du tutoiement aux «écrans publicitaires télédiffusés ou radiodiffusés encadrant les programmes jeunesse destinés aux enfants ou insérés dans ces programmes». S'agit-il d'une redite confusante ou le tutoiement est-il autorisé pour tout public en radio? Si la portée pratique de cette interrogation est limitée, elle montre cependant la rédaction approximative du texte.

En outre, la lecture combinée de l'article 1^{er}, alinéa 3 et de l'article 2 fait que cette option ne concerne pas le cinéma, alors même que certains films, tels les dessins animés, sont destinés avant tout aux enfants. L'article 1^{er} de l'arrêté limite en effet cette possibilité aux «écrans publicitaires télédiffusés et radiodiffusés», et le tutoiement n'est pas évoqué dans l'article 2 du même texte consacré au cinéma.

4 - Contenu spécifique selon les médias et les supports

Télévision et cinéma

L'arrêté indique que, «lorsque la durée du message publicitaire le permet», le message sanitaire est complété à la fin de sa présentation par la mention de l'adresse «www.mangerbouger.fr», site consacré aux bonnes pratiques en matière de nutrition, réalisé sous l'égide du ministère de la Santé. Là encore, aucune précision sur les critères devant être pris en compte pour apprécier dans quels cas la durée du message le permet ou non.

Radio

Le texte ouvre la possibilité de substituer aux messages énoncés à l'article 1 des messages abrégés: «Pour votre santé, bougez plus», «Pour votre santé, limitez les aliments gras, salés, sucrés» et «Pour votre santé, évitez de grignoter», le tutoiement étant admis comme on l'a vu.

Supports imprimés, communication en ligne auprès du public

L'arrêté oblige ici à mentionner l'adresse «www.mangerbouger.fr»; on peine à saisir la raison pour laquelle il serait plus simple d'apposer cette mention sur un support imprimé que de la faire apparaître sur un écran de télévision ou de cinéma.

Documents publicitaires ou promotionnels réalisés par un seul distributeur ou producteur

Les messages peuvent être remplacés sur ces documents par un texte d'éducation nutritionnelle, fixé par l'arrêté, recouvrant une demi-page (24).

B - Les modalités de diffusion des messages selon les supports et les médias

L'arrêté contient de nombreuses précisions quant aux modalités de diffusion des messages à caractère sanitaire pour lesquelles la réglementation est beaucoup plus précise que celle qui régit la publicité en faveur de l'alcool.

24. Ce texte est le suivant:

«Manger et bouger font partie des plaisirs de la vie et peuvent vous aider, vous et vos proches, à rester en bonne santé. Par des choix judicieux, cela contribue aussi à vous protéger de certaines maladies. Le Programme national nutrition santé propose des recommandations nutritionnelles tout à fait compatibles avec les notions de plaisir et de convivialité. Chaque famille d'aliments a sa place dans votre assiette, et ce quotidiennement. Tous sont indispensables pour assurer un équilibre nutritionnel, mais la consommation de certains doit être limitée tandis que celle d'autres est à privilégier.

Comment faire en pratique?

Consommer au moins 5 fruits et légumes par

jour, qu'ils soient crus, cuits, nature, préparés, frais, surgelés ou en conserve;

Manger du pain et des produits céréaliers, des pommes de terre et des légumes secs à chaque repas et selon l'appétit (en privilégiant les aliments céréaliers complets);

Consommer 3 produits laitiers par jour (lait, yaourts, fromage) en privilégiant la variété;

Manger de la viande, du poisson (et autres produits de la pêche) ou des œufs 1 ou 2 fois par jour en alternance; penser à consommer du poisson au moins deux fois par semaine;

Limiter les matières grasses ajoutées (beurre, huile, crème fraîche, etc.) et les produits gras (produits apéritifs, viennoiseries, etc.);

Limiter le sucre et les produits sucrés (sodas,

boissons sucrées, confiseries, chocolat, pâtisseries, crèmes dessert, etc.);

Limiter la consommation de sel et préférer le sel iodé;

Boire de l'eau à volonté, au cours et en dehors des repas.

Ne pas dépasser, par jour, 2 verres de boisson alcoolisée pour les femmes et 3 verres pour les hommes (2 verres de vin de 10 cl sont équivalents à 2 demis de bière ou 6 cl d'alcool fort).

Pratiquer quotidiennement une activité physique pour atteindre au moins l'équivalent de 30 minutes de marche rapide par jour (prendre l'escalier plutôt que l'ascenseur, préférer la marche et le vélo à la voiture lorsque c'est possible...).

1 - Règles générales

Diffusion à part égale

Dans sa version initiale, l'arrêté imposait l'utilisation des messages sanitaires à parts égales au sein de chaque campagne publicitaire. Les professionnels ont vigoureusement critiqué cette mesure en déplorant la complexité de sa mise en œuvre. C'est la raison pour laquelle le projet intermédiaire était plus tempéré puisqu'il indiquait : « lorsque cela est possible ». Cette disposition ne pouvait à l'évidence être maintenue, compte tenu de sa subjectivité et c'est la raison pour laquelle celle-ci a disparu suite au passage en Conseil d'État. L'article 1 de l'arrêté prévoit désormais que « les informations à caractère sanitaire sont utilisées au sein de chaque campagne publicitaire de manière à garantir, par type de support publicitaire ou promotionnel, l'apparition régulière de chacune d'elles sur une quantité égale de messages publicitaires ou promotionnels, avec une tolérance de plus ou moins 10 % ». Selon la note ministérielle, cette tolérance s'explique par la difficulté de garantir une stricte répartition des messages dans les campagnes par voie d'affichage, de presse, sur le réseau Internet, ainsi que pour les imprimés publicitaires. Pour l'administration, la tolérance s'applique au sein de chaque support publicitaire ou promotionnel, au sein d'une même campagne publicitaire. Cela veut dire, par exemple, que s'agissant d'un film publicitaire diffusé dans les cinémas, il n'est pas exigé que la diffusion des informations sanitaires soit également répartie dans une même salle.

Reste à déterminer ce qu'est une « campagne publicitaire ». Selon les accords qui ont été pris entre les chaînes et le ministère de la Santé, la notion de « campagne » a été définie de la façon suivante.

En télévision et en radio : l'arrêt de prise de parole de l'annonceur pour un produit donné, supérieur ou égal à 7 jours, met fin à la campagne.

Presse, publicité extérieure et cinéma : l'arrêt de la prise de parole de l'annonceur pour un produit donné, supérieur ou égal à 28 jours, met fin à la campagne.

Ne reculant devant aucune complexité, les règles de rotation sont en outre différentes selon les médias et à l'intérieur de certains médias, selon le type de diffusion. Ainsi, s'agissant des chaînes hertziennes et des chaînes destinées aux enfants, la mention est apposée sur un spot sur quatre, pour chaque campagne et par chaîne, dans l'ordre chronologique de diffusion. En revanche, s'agissant des chaînes du câble et du satellite (hors chaînes destinées aux enfants), il est possible de n'attribuer qu'une mention pour tous les spots d'une même chaîne selon un ordre alphabétique. Les spots diffusés sur la chaîne, la première dans l'ordre alphabétique, seront accompagnés de la mention sanitaire A, ceux diffusés sur la deuxième chaîne par ordre alphabétique comporteront la mention B, etc.

En radio, chaque spot sera décliné en trois ou quatre versions, selon que l'annonceur aura retenu les quatre messages de base ou les trois messages abrégés destinés à la radio. La rotation s'effectuera sur chaque station. En presse, chaque mention est apposée sur une parution sur quatre, quel que soit le titre, dans l'ordre chronologique de leur parution, tout titre confondu puisque l'unité est la campagne. Quant à la publicité par voie d'affichage, les mentions sont réparties à raison d'une sur quatre, l'aléa étant opéré au niveau de la pose par les afficheurs. Les campagnes multiformats et/ou multithèmes, ainsi que les campagnes locales, connaîtront une tolérance plus grande, afin de limiter les coûts d'impression. Enfin, pour la publicité cinématographique, l'annonceur pourra ne diffuser qu'une seule mention par salle afin de limiter les frais de copies et la répartition des quatre versions de chacun des films sera faite par la régie, selon un mode géographique et de manière aléatoire. Quel casse-tête !

C'est cette obligation qui va être particulièrement génératrice de coûts et de difficultés de mises en œuvre au plan pratique. De surcroît, elle va être à l'origine de situations curieuses en obligeant, pour ne prendre que cet exemple, les producteurs de légumes en conserve à diffuser les messages suivants « Pour votre santé, mangez au moins 5 fruits

et légumes par jour» ou «Pour votre santé, évitez de manger trop gras, trop sucré, trop salé», dans 50 % de leurs spots. À l'inverse, on ne trouvera que dans 25 % des publicités pour les sucreries destinées aux enfants le message «Pour être en forme, évitez de grignoter toute la journée». On retrouve ici cette absence de ciblage qui aboutit à pénaliser des produits sains alors que ceux qui sont principalement responsables du surpoids et de l'obésité le seront moins grâce à l'obligation de diffusion à part égale et à la banalisation des messages.

Une question d'importance se pose. Sur qui pèsera la charge de la preuve du respect de cette obligation de diffusion à part égale? Est-ce à l'annonceur d'être en mesure d'en justifier, ce qui serait pratiquement impossible, ou à l'administration? Ce sera à cette dernière d'établir le non-respect des prescriptions de l'arrêté. Autant dire que celle-ci risque de rencontrer quelques difficultés pratiques pour s'acquitter de sa mission de contrôle. En outre, il ne nous paraît nullement établi que le non-respect de la diffusion de l'information sanitaire à part égale puisse être sanctionné, dès lors que la loi ne prévoit rien à cet égard mais se contente de renvoyer au décret, lequel ne contient aucune disposition non plus sur ce sujet. Force est de constater que l'on aboutit à un système d'une complexité extrême, symptomatique d'une réglementation bureaucratique et onéreuse, pour un résultat bien incertain. Malgré la légitimité de l'objectif initial, on est consterné par le choix des moyens.

Lisibilité et audibilité

Le projet d'arrêté renvoyait aux normes et usages applicables aux mentions légales définies par le BVP et qui sont en cours de redéfinition entre les associations de représentants de consommateurs, les professionnels de la publicité et la DGCCRF, s'agis-

sant de la radio (25). Le texte définitif de l'arrêté ne fait plus référence aux usages, ni au BVP (26), mais prévoit que «les informations à caractère sanitaire seront présentées d'une manière aisément lisible ou audible, respectueuse de leur vocation de santé publique et clairement distinguable du message publicitaire ou promotionnel». Le texte s'est donc durci au cours de la dernière phase de son élaboration.

Le BVP a toutefois émis une recommandation concernant les modalités techniques de diffusion et d'apposition des messages sanitaires.

2 - Règles selon les médias

Télévision et cinéma

En ce qui concerne ces deux médias, l'article 2 de l'arrêté prévoit un choix entre deux alternatives. Le message à caractère sanitaire doit être :

- inclus dans un bandeau fixe ou défilant et maintenu pendant toute la durée d'émission du film publicitaire. Dans ce cas, il s'inscrit dans un espace horizontal réservé à ce texte qui recouvre au moins 7 % de la hauteur de l'écran ; Dans ses rédactions antérieures, le projet d'arrêté n'imposait pas que le message s'affiche dans un bandeau, ce qui le rendra beaucoup plus visible ;

- soit présenté dans un écran, suivant immédiatement le message publicitaire, mais dont la durée n'est pas précisée (27).

À noter que pour les publicités destinées aux enfants ou diffusées aux heures d'écoute privilégiée des jeunes enfants, le message sanitaire sera présenté de manière écrite mais également orale.

Radio

L'article 3 de l'arrêté précise que le message sanitaire doit être diffusé immédiatement après la publicité, sans préciser sa durée. Sa

25. Nous renvoyons le lecteur à la recommandation du BVP «Mentions et Renvois» de décembre 2005, qui concerne les différentes mentions informatives, légales ou rectificatives. Ces mentions doivent être lisibles et intelligibles pour un consommateur d'attention moyenne, afin de respecter le principe de loyauté et de véracité qui

s'applique à toute publicité et qui figure parmi les principes de base fixé par le Code des pratiques loyales en matière de publicité de la CCI. Les mentions doivent figurer à l'horizontale, dans une taille de caractères suffisante, dans une police permettant une lecture aisée, dans une couleur qui contraste par rapport à celle utilisée pour le fond

de la publicité, et avec des caractères normalement espacés. Cette recommandation contient en outre des prescriptions particulières de lisibilité selon les médias.

26. Sauf pour la publicité par voie de radio.

27. Le BVP semble recommander une durée de trois secondes à la télévision.

présentation doit toutefois respecter les règles et usages de bonnes pratiques, ce qui renvoie aux normes définies par le BVP.

Supports imprimés

L'article 4 distingue plusieurs situations. Lorsque plusieurs messages publicitaires apparaissent sur une même page, le message sanitaire peut n'être apposé qu'une seule fois, dans un espace horizontal réservé à ce texte recouvrant au moins 7 % de la page. Dans le cas le plus fréquent de documents publicitaires ou promotionnels réalisés par un seul distributeur ou producteur, les messages sanitaires peuvent prendre la forme du texte d'éducation nutritionnelle précité, présenté une seule fois sur le document et figurant en annexe de l'arrêté. Ce texte doit recouvrir au minimum une demi-page au total.

Communication en ligne et Internet

Sur Internet, le message sanitaire devra apparaître en même temps que la publicité, ainsi que le prévoit l'article 5 de l'arrêté. Aucune précision n'est apportée sur la durée de présentation du message, ni sur la surface qu'il doit occuper.

S'agissant des «services de communication en ligne», la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique énonce qu'«on entend par communication au public en ligne toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur». Rares étant les messages publicitaires adressés «sur demande individuelle», au regard des spams non sollicités, la réglementation paraît ici bien laxiste. C'est regrettable, compte tenu de l'importance de ce nouveau média dont les premiers utilisateurs sont les jeunes. Il en va de même pour la téléphonie mobile évoquée par la note ministérielle qui est appelée à devenir un vecteur de messages publici-

taires de plus en plus important dans les années à venir. Aucune disposition spécifique n'est prévue en ce qui concerne la diffusion des messages sur ce nouveau média.

III - L'ACQUITTEMENT D'UNE CONTRIBUTION

Le législateur a prévu que l'annonceur ou le promoteur d'une publicité en faveur d'un produit alimentaire ou d'une boisson concernés par l'article L. 2133-1 du Code de la santé publique qui ne souhaiterait pas accompagner celle-ci du message de prévention sanitaire, devra s'acquitter d'une taxe destinée au financement de mesures visant à lutter contre les mauvaises habitudes alimentaires favorisant l'obésité. Ces mesures devraient prendre la forme d'actions d'information et d'éducation nutritionnelles, notamment dans les médias, ainsi qu'au travers d'actions locales.

L'avenir nous dira si les annonceurs concernés feront le choix de s'inscrire dans le mouvement de la prévention et dans le sens de l'histoire, ou d'acquitter cette taxe au profit de l'INPES. Parions que ce sera la première solution qui sera choisie majoritairement, et c'est d'ailleurs en ce sens que milite l'Union des annonceurs, et que se sont prononcés de grands groupes alimentaires, tel *Danone*.

A - L'assiette de la contribution

1 - La publicité sur les médias

La contribution est égale à 1,5 % (28) du montant annuel des sommes destinées à l'émission et à la diffusion (29) des messages publicitaires, hors remise, rabais, ristourne et taxe sur la valeur ajoutée. Petite question pratique, *quid* des remises pour

28. L'initiateur de ce texte souhaitait que cette contribution soit fixée à 5 %, ce qui représentait des sommes considérables.

29. Il suffisait à notre avis de viser «les sommes destinées à la diffusion».

cumul de mandats que les supports attribuent aux centrales d'achats d'espaces ou aux agences de publicité, en contrepartie du volume des investissements publicitaires des annonceurs qui les mandatent pour réserver leurs espaces? S'agissant d'une remise qui théoriquement devrait bénéficier à l'annonceur, même si celui-ci l'abandonne fréquemment du moins en partie à la centrale ou à l'agence à titre de rémunération complémentaire, celle-ci devrait normalement être déduite. Il faudrait alors pouvoir individualiser la part de cette remise revenant à chaque annonceur, ce qui sera bien difficile.

2 - Les actions de promotion

S'agissant des autres types de promotion, la contribution est assise sur la valeur, hors taxe sur la valeur ajoutée, des dépenses de réalisation et de distribution qui ont été engagées au titre de l'année civile précédente, diminuée des réductions de prix obtenues des fournisseurs qui se rapportent expressément à ces dépenses. La base d'imposition des promoteurs qui effectuent tout ou partie des opérations de réalisation et de distribution avec leurs propres moyens est constituée par le prix de revient hors taxes de toutes les dépenses ayant concouru à la réalisation de celles-ci. Le taux de la contribution est également fixé à 1,5 % du montant hors taxe de ces dépenses.

C'est ici que l'assiette de la contribution sera la plus délicate à déterminer et risque de donner lieu à contentieux. La détermination des postes de dépenses à prendre en compte n'est pas si simple. Se pose en particulier la question du coût des prises de vue et plus généralement de ce que la pratique nomme «l'achat d'art». Le salaire et les droits des mannequins ou les droits versés aux auteurs (photographes, illustrateurs etc.) devront-ils être pris en compte? Nous ne le pensons pas, car les dépenses afférentes correspondent plus à la conception et à des valeurs immatérielles qu'à la réalisation proprement dite qui renvoie à une notion matérielle. Il en va de même de la rémunération de l'agence qui aura conçu l'imprimé ou le catalogue, laquelle ne devrait pas

entrer dans l'assiette de la contribution. Celle-ci devrait donc être calculée sur les coûts du papier, de l'impression et de la distribution ou de l'acheminement postal.

B - Le débiteur de la contribution

Il s'agit de l'annonceur ou du promoteur de l'opération publicitaire, personnage nouveau comme nous l'avons indiqué *supra* en mettant en garde les agences de communication à l'égard de cette qualification qui pourrait leur être appliquée. Compte tenu des incertitudes existantes, celles-ci ont tout intérêt à s'assurer que leurs clients diffusent les messages sanitaires prévus, notamment si l'on envisage le cas de la faillite de l'annonceur. Il ne faudrait pas en effet que les agences de publicité – et on songe surtout aux petites structures – puissent se voir poursuivre par l'administration fiscale en raison du non-paiement de la contribution par leur client.

Le texte soulève une autre interrogation dans le cas des imprimés et des publications périodiques ou catalogues. Le débiteur de la contribution est l'annonceur ou le distributeur qui les édite. On peut dès lors imaginer qu'un catalogue dont l'édition serait confié à un tiers, pourrait échapper au paiement de la contribution. Un tel schéma n'est pas tout à fait théorique si cette entreprise tierce prend la responsabilité financière de la fabrication, c'est-à-dire de la conception et de l'impression, et procède au dépôt légal en son nom.

C - Modalités de déclaration et de perception de la contribution et sanctions

Le texte est confus et paraît contradictoire quant au fait générateur de cette taxe. Celui-ci est constitué par la diffusion de la publicité ou des documents publicitaires et promotionnels. La contribution est exigible au moment du paiement aux régies ou au moment de la première mise à disposition

des imprimés et catalogues, sans préciser de quelle mise à disposition il s'agit. Par ailleurs, la loi prévoit que pour les opérations de promotion, la contribution est calculée sur les dépenses de l'année précédente. Ceci est incompatible avec l'exigibilité prévue au moment de la diffusion des documents promotionnels. À moins que soit mis en place un paiement provisionnel, les entreprises devront donc constituer une provision en fin d'année correspondant à la contribution qui sera payée l'année suivante, sauf à ce que le texte soit clarifié.

La loi prévoit que cette contribution est assimilée à la TVA pour sa déclaration, sa liquidation, son recouvrement et son contrôle. Les modalités de déclaration et d'acquiescement nécessiteront probablement une circulaire ou une note de l'administration fiscale. En effet, à la différence de la TVA, la contribution ne peut être évaluée qu'en année $n+1$ puisque les investissements médias nets ne sont connus qu'en fin d'année. On note par ailleurs qu'en cas d'absence ou de non-conformité du message et lorsque la contribution n'a pas été versée, aucune sanction spécifique n'est prévue par le texte. Toutefois, la contribution étant assimilée à une taxe, le débiteur de celle-ci subira les conséquences prévues en matière de retard dans le versement de la TVA, sous forme de majorations. Reste à

voir si l'absence de déclaration de la part de l'entreprise n'exposerait pas celle-ci à des sanctions pénales, comme c'est le cas en matière de taxe sur la valeur ajoutée. C'est probable, puisque la loi prévoit que les mêmes sanctions sont applicables.

Que conclure, si ce n'est que par manque de clairvoyance et sous la pression des uns et des autres, on est parvenu à un texte bâtarde à l'efficacité douteuse, et générateur de coûts pour les entreprises ? Il est vraisemblable que les enfants et des plus grands continueront à grossir et à rester immobiles devant leur poste de télévision, grâce au menu audiovisuel qui leur est quotidiennement concocté avec le plus grand soin, mais malheureusement pas par des diététiciens. Peut-être l'État devrait-il aussi s'intéresser à ce phénomène qui est le meilleur allié du grignotage et de la position statique, sans parler de ses effets dévastateur sur le plan culturel. On regrettera également une rédaction aussi approximative et confuse, laissant la place à des interrogations d'autant plus gênantes qu'il s'agit d'un texte créant une nouvelle taxe à la charge des entreprises. Enfin, on peut se demander où sont passées liberté et égalité s'il faut et suffit de payer pour conserver la première au détriment de la seconde.

F. C.