

**AVIS DU CNC PRÉCÉDÉ DU RAPPORT RELATIF À LA PUBLICITÉ DES OBJETS,
APPAREILS ET MÉTHODES (OAM) PRÉSENTÉS COMME BÉNÉFIQUES POUR LA SANTÉ**

NOR : ECOC9410229V

RAPPEL DU MANDAT

Le groupe de travail du CNC a reçu pour mission de s'attacher à :

- faire le point de la situation existante ;
- évaluer l'efficacité du dispositif législatif et réglementaire actuel ;

- proposer, le cas échéant, des modifications,

dans le cadre défini par l'article L. 552 du code de la santé et qui concerne la publicité pour les objets, appareils et méthodes (OAM) s'adressant directement aux consommateurs.

RAPPORT

LE MARCHÉ DES OAM EST DIFFICILE À CERNER

Le marché des OAM susceptibles d'être présentés comme bénéfiques pour la santé est très varié. Par conséquent, c'est un marché mal cerné économiquement. Il comprend, à titre d'exemples, des produits de grande diffusion, tels des thermomètres, des appareils à mesurer la tension, des inhalateurs, des articles orientés vers le diagnostic de certaines maladies, etc., d'autres favorisant la musculation, l'amincissement, la remise en forme, l'auto-acupuncture, les massages, etc., et jusqu'à des segments très particuliers qui peuvent aller jusqu'à des objets « fétiches ».

On a pu constater des dérapages dans la publicité de certains de ces produits, qui annoncent quelquefois des propriétés non justifiées scientifiquement et qui sont susceptibles de créer des désillusions et des frustrations.

L'escroquerie, la publicité mensongère, l'insécurité doivent être pourchassées, là comme partout ailleurs. Cela d'autant plus que ce marché s'adresse notamment à des

consommateurs rendus vulnérables par leurs préoccupations en matière de santé et n'ayant aucun moyen d'évaluer la véracité des affirmations.

1. Situation réglementaire actuelle

1.1. L'article L. 552 du Code de la santé publique

Cet article stipule que la publicité pour les OAM sous quelque forme que ce soit peut être interdite, dès lors que ces OAM sont présentés comme favorisant le diagnostic, la prévention, ou le traitement des maladies, c'est-à-dire comme étant bénéfiques pour la santé dans la mesure où les propriétés annoncées ne peuvent être justifiées.

Des arrêtés d'interdiction sont prononcés, après avis de la commission *ad hoc* du ministère de la Santé.

1.1.1. L'article 44 de la loi du 27 décembre 1973

Cet article, devenu les articles L. 121-1 à L. 121-7 du Code de la consommation, prohibe toute publicité mensongère ou de nature à induire en erreur.

1.1.2. Loi du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs

L'article 1^{er} de cette loi, devenu l'article L. 221-1 du Code de la consommation, rappelle : « Les produits et les services doivent dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes. »

La Commission de la sécurité des consommateurs (art. L. 224-1 du Code de la consommation) est chargée d'émettre des avis et de proposer toute mesure de nature à améliorer la prévention des risques en matière de sécurité des produits ou des services.

2. Constats sur le dispositif de contrôle actuel

Les contrôles et les sanctions, tels qu'ils existent actuellement n'interviennent qu'à posteriori après que des consommateurs ont été abusés.

2.1. Les raisons du manque d'efficacité de la Commission de contrôle

2.1.1. Des délais trop longs

Les avis de la Commission de contrôle arrivent longtemps après la diffusion des publicités concernées. Il apparaît qu'entre la saisine de la commission et la date d'entrée en vigueur des arrêtés d'interdiction s'écoule un délai de quatre mois minimum.

2.1.2. Les interdictions sont spécifiques

Les interdictions portent sur un libellé précis d'une publicité. Une simple modification de ce libellé nécessite un nouvel arrêté, de même une simple modification de la dénomination de la raison sociale de la société ou de la marque du produit.

2.1.3. Sanctions

Les sanctions existantes ne s'appliquent qu'en cas de non-respect de l'arrêté d'interdiction et non dès la constatation de l'infraction et ces sanctions sont très faibles.

2.2. Publicité mensongère

2.2.1. Condamnations

Les dispositions des articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation prohibent toute publicité mensongère ou de nature à induire en erreur.

Le champ d'application de ces dispositions est particulièrement large.

Il y a peu de décisions judiciaires sur la publicité des OAM. Quelques-unes ont été prises dans le domaine analysé et ont condamné les publicités dont les résultats et les propriétés n'ont pas été démontrés.

Les décisions judiciaires interviennent longtemps après les faits. La plupart des annonceurs ont disparu échappant aux sanctions pénales et privant les consommateurs d'un droit à réparation.

2.2.2. Responsabilité des supports

La responsabilité des supports publicitaires apparaît difficile à mettre en œuvre en matière de publicité mensongère.

En effet, la notion de complicité de l'éditeur en matière de publicité mensongère est délicate à invoquer, car on ne peut rapporter la preuve que le support a les moyens de déceler que le message est trompeur.

Par ailleurs, pour qu'un support puisse exercer sa responsabilité à l'égard d'un message publicitaire, il faudrait qu'il puisse être totalement libre de refuser l'insertion. Or, la jurisprudence la plus récente tend à faire entrer la presse dans le droit économique commun, lequel implique que le refus de vente soit motivé. Certains tribunaux n'ont d'ailleurs pas hésité à condamner sur le fondement de l'abus de droit, les directeurs de publication ayant pratiqué le refus d'insertion.

2.3. La sécurité des produits

En matière de sécurité des consommateurs, la référence à la loi de 1983 concerne les produits ou les services et non directement leurs publicités.

Au cours des séances de travail, il est apparu que la publicité de certains OAM avait fait l'objet de saisine de la Commission de sécurité des consommateurs.

3. Problématique

3.1. Le contrôle a priori de la publicité des OAM

3.1.1. Solution préconisée par les consommateurs

La loi n° 9443 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale a confirmé le contrôle a priori de la publicité pour les produits autres que les médicaments (art. L. 551-10 du Code de la santé) présentés exactement dans les mêmes termes que les OAM faisant l'objet de l'article L. 552, premier alinéa, du Code de la santé.

Les consommateurs estiment nécessaire, voire indispensable, de mettre en place un système de contrôle a priori identique pour les OAM pour les raisons suivantes :

- faire à l'avance le tri que le consommateur moyen n'est pas toujours capable d'effectuer lui-même ;

- faire disparaître les allégations fausses, trompeuses, non vérifiées ou non vérifiables ;

- dissuader véritablement les annonceurs de contrevenir à la loi ;

- obtenir rapidement la cessation des publicités ;

- responsabiliser les supports. ;

Ainsi, les organisations de consommateurs proposent :

3.1.1.1. L'instauration d'un contrôle *a priori* de la publicité des OAM avec délivrance d'un visa préalable de publicité

Le contrôle a priori de la publicité des OAM consisterait à vérifier que la publicité n'est pas trompeuse, qu'elle ne porte pas atteinte à la protection de la santé publique et qu'elle présente l'objet, l'appareil ou la méthode de façon objective et favorise son bon usage.

Seuls les OAM ayant obtenu un visa pourraient faire l'objet d'une publicité. Ce visa devrait apparaître sur les publicités.

La commission de contrôle de la publicité pourrait se saisir d'office. Elle demanderait l'interdiction des publicités non conformes au visa et l'interdiction des publicités sans visa.

Les annonceurs ayant diffusé les publicités sans visa seraient sanctionnés ainsi que les supports qui auraient fait paraître des publicités sans visa.

Le contrôle *a priori* s'exercerait sur toutes les publicités pour des OAM diffusées sur le territoire français, même si ces OAM proviennent de l'étranger. Pour faciliter la mise en œuvre de l'aspect répressif à l'égard des annonceurs, distributeurs et fabricants étrangers, il conviendrait de mettre en place une législation européenne unitaire.

3.1.1.2. Impossibilités matérielles d'exercer le contrôle
Pour simplifier le contrôle a priori de la publicité des OAM, il conviendrait de mettre en place :

3.1.1.3. L'obligation de soumettre à une demande d'enregistrement préalable les OAM pour permettre de les répertorier plus facilement

Ces deux formalités (demande d'enregistrement préalable et contrôle *a priori* de la publicité) devraient impérativement revêtir un caractère obligatoire. Des sanctions importantes devraient être prévues en cas d'insubordination de ces formalités, cela afin d'éviter que le système soit inefficace.

3.1.2. *Position des professionnels sur le contrôle a priori*

Si les professionnels n'adhèrent pas par principe à l'instauration d'un contrôle *a priori* de la publicité contraire à la liberté d'expression et à la liberté du commerce, ils se sont néanmoins interrogés sur l'opportunité qu'il y aurait à envisager un contrôle *a priori* de la publicité des OAM, en raison notamment d'un impératif de santé publique. Or, tant sur le fond (santé publique) que sur les circonstances (efficacité d'un tel contrôle), les professionnels émettent un avis défavorable au contrôle *a priori*.

Les professionnels estiment de surcroît que toute forme de contrôle *a priori* désresponsabilise les entreprises et n'atteint pas les francs-tireurs, qui sont précisément ceux qui posent problème aujourd'hui.

Plus précisément, les raisons qui militent contre l'instauration du contrôle *a priori* de la publicité des OAM tiennent aux difficultés de sa mise en œuvre :

3.1.2.1. Imprécision du domaine

La délimitation de ce domaine est largement imprécise (cf. ci-dessus). Or il est nécessaire de pouvoir identifier précisément ceux qui seront soumis à la formalité du visa préalable.

3.1.2.2. Impossibilités matérielles d'exercer le contrôle

Les opérateurs nombreux qui agissent dans ce secteur se soumettront d'autant moins à une telle formalité qu'ils seront peu scrupuleux. Les dispositions deviendront rapidement caduques, car les pouvoirs publics – comme le pouvoir judiciaire – seront submergés par les contrevenants, ce qui conduira à la paralysie du système.

C'est précisément ce à quoi on assiste actuellement pour la publicité des produits autres que les médicaments « présentés comme favorisant le diagnostic, la prévention ou le traitement des maladies des affections relevant de la pathologie chirurgicale et des dérèglements physiologiques, la restauration, la correction ou la modification des fonctions organiques » (art. L. 551-10 du Code de la santé publique).

3.1.2.3. Les opérateurs étrangers

Ce qui vient d'être souligné pour des opérateurs agissant en France, installés sur le territoire national, sera encore plus réel pour des opérateurs installés dans d'autres

pays où les définitions des OAM ne sont pas nécessairement les mêmes qu'en France.

3.1.2.4. Exploitation détournée du visa

Enfin, le visa préalable constitue, qu'on le veuille ou non, une sorte de caution de l'administration qui le délivre. Il est toujours à craindre que les entreprises qui s'y soumettront exploiteront abusivement cette caution, réduisant ainsi les moyens d'action de l'Administration et ceux des consommateurs qui se verront opposer ce visa.

3.2. *Amélioration du contrôle a posteriori*

Si le contrôle *a posteriori* est maintenant, les consommateurs et les professionnels se rejoignent totalement sur les propositions suivantes :

3.2.1. *Développement des moyens de la Commission*

3.2.1.1. Saisine d'office par la Commission

Il conviendrait que la commission de contrôle de la publicité des OAM puisse se saisir d'office.

3.2.1.2. Des arrêtés de portée plus générale

Les règles de fonctionnement de la commission de contrôle de la publicité des OAM doivent lui permettre de ne pas limiter ses arrêtés d'interdiction à une publicité donnée et à elle seule.

Il apparaît nécessaire de pouvoir prendre des arrêtés d'interdiction de portée plus générale et s'appliquant non plus à une société donnée, mais à toute publicité identique quel que soit le support de la publicité et quelle que soit la société qui la diffuse. Cela permettrait notamment de régler le problème des franchises pour lesquelles à chaque franchisé correspond une publicité et de prendre un seul arrêté pour l'ensemble des franchises.

Ses décisions devraient pouvoir également s'appliquer à toute publicité similaire, critiquable pour les mêmes raisons que la première publicité incriminée, telles les déclarations de la première publicité ou tout message tant soit peu modifié dans la forme, mais comportant les mêmes critiques sur le fond.

3.2.1.3. Délais

Il est nécessaire de réduire sensiblement les délais entre la saisine de cette Commission et la traduction sur le terrain de ses délibérations.

3.2.1.4. Lien entre la Commission des OAM et la Commission de la sécurité des consommateurs

Un lien étroit devrait exister entre la Commission des OAM et la Commission de la sécurité des consommateurs, chaque fois que ces deux commissions sont concernées, l'une agissant sur la publicité, l'autre sur le produit ou le service.

3.2.1.5. Saisine de la justice

Il serait souhaitable que, sur avis de la Commission, l'Administration puisse saisir elle-même la justice dès lors qu'aucune justification n'a été apportée aux allégations et propriétés annoncées dans la publicité.

3.2.1.6. Renforcement du caractère paritaire

La Commission des OAM a un caractère paritaire qu'il y aurait intérêt à amplifier, en particulier avec le soutien et la présence effective des consommateurs et des professionnels.

3.2.1.7. Notoriété

L'existence et le rôle de la Commission des OAM devraient faire l'objet d'une large publicité, afin que le grand public la connaisse bien et puisse la saisir facilement.

Cette publicité permettrait à la Commission des OAM :

- de diffuser sa composition et ses cordonnées par tous moyens appropriés ;
 - de s'adresser aux grands supports concernés par ses avis ;
 - de bénéficier d'un temps d'antenne à la télévision et à la radio, d'informations dans la presse et dans les officines ;
 - d'effectuer une large diffusion de ses fiches de recommandations auprès des annonceurs, supports et agences de publicité, permettant de connaître les termes à éviter.
- Cela implique que la commission dispose de moyens - notamment financiers - plus importants.

3.2.2. Autres dispositions

3.2.2.1. Responsabilité accrue des supports

Lorsqu'une annonce de presse aura fait l'objet d'un arrêté d'interdiction, le support concerné devra être systématiquement prévenu par l'administration et sa responsabilité sera engagée s'il ne respecte pas ledit arrêté. Par ailleurs, il conviendrait d'obliger les supports ayant refusé la publicité incriminée à publier dans leurs colonnes l'arrêté d'interdiction.

3.2.2.2. Interdire les cautions médicales

Il arrive fréquemment que les annonceurs utilisent dans leur publicité une caution médicale et des mentions du type « testé cliniquement » ou « testé en milieu hospitalier », ainsi que des présentations visuelles tendant à accréditer une caution de ce type. Compte tenu de l'impact fort important de ce type de caution, il peut être envisagé de l'interdire lorsqu'il ne présente pas toutes les garanties requises.

3.2.2.3. Introduction de la notion d'effets dangereux sur la santé

Il serait souhaitable d'introduire dans la définition de l'article L. 552 la notion d'effets dangereux sur la santé. La commission de contrôle tiendrait compte non plus seulement de la véracité des propriétés annoncées, mais également de l'effet de certaines publicités sur la santé des utilisateurs par l'utilisation préconisée dans la publicité ou la présentation des OAM.

De même, il conviendrait d'inclure dans le Code de la consommation, et comme le proposait le professeur Calais-

Auloy dans son projet de Code de la consommation, une mesure d'interdiction pour les publicités comportant sous quelque forme que ce soit des allégations ou présentations susceptibles d'entraîner des comportements dangereux pour la santé ou la sécurité des personnes. Cette disposition permettrait aux associations de consommateurs de demander la cessation ou le retrait de la publicité.

3.2.2.4. Marquage CE

Le marquage CE prévu pour les appareils médicaux ne concerne vraisemblablement pas tous les objets, appareils et méthodes visés dans le rapport et n'apportera donc aucune solution pour les publicités visées.

3.2.2.5. Pénalités

Les pénalités prévues en cas de non-respect d'un arrêté d'interdiction devraient être plus élevées afin d'être plus dissuasives.

AVIS

Il ressort du rapport commun aux deux collèges représentant les consommateurs et les professionnels des divergences profondes en ce qui concerne l'instauration d'un contrôle *a priori* de la publicité pour les OAM. Les associations de consommateurs estiment que seule l'instauration d'un tel dispositif peut permettre de lutter efficacement contre les dérapages de la publicité pour les OAM. Elles en donnent les raisons et proposent des modalités de mise en œuvre dans le rapport. Les professionnels y sont tout à fait opposés et motivent également leur position dans le rapport. Compte tenu des difficultés de mise en place du contrôle *a priori*, les deux collèges ont dégagé une position commune provisoire sur l'amélioration du contrôle existant. Les deux collèges demandent que ces dispositions fassent l'objet d'un bilan après une période de deux ans.

POSITION COMMUNE :

AMÉLIORATION DU CONTRÔLE A POSTERIORI

1. Dispositions immédiates

- 1.1. Accroître la fréquence des réunions et renforcer le caractère paritaire de la Commission de contrôle de la publicité des OAM avec le soutien et la présence effective des consommateurs et des professionnels.
- 1.2. Organiser et permettre la publicité auprès du public, via médias et supports, de la Commission chargée du contrôle de la publicité des OAM

- 1.3. Adresser systématiquement aux médias et supports concernés les arrêtés d'interdiction émis sur recommandation de la Commission.

- 1.4. Assurer la diffusion de fiches de recommandations que la Commission aura élaborées aux médias, supports et professionnels concernés.

- 1.5. Doter la Commission chargée du contrôle de la publicité des OAM des moyens nécessaires à la mise en œuvre des recommandations ci-dessus.

2. Dispositions réglementaires ou législatives

- 2.1. Permettre la saisine d'office de la commission.
- 2.2. Réduire les délais entre la saisine de la Commission et la date d'application des arrêtés d'interdiction.
- 2.3. Étendre la portée des arrêtés d'interdiction aux publicités « identiques » et « similaires », quel que soit l'annonceur.
- 2.4. Interdire l'utilisation de certaines cautions médicales et paramédicales, y compris les représentations visuelles évoquant de telles cautions lorsqu'elles ne présentent pas les garanties requises.
- 2.5. Autoriser l'Administration à saisir la justice sur la base des avis de la Commission.

2.6. Donner obligation aux supports ayant diffusé la publicité incriminée par un arrêté d'interdiction de publier cet arrêté dans leurs colonnes.

2.7. Introduire la notion d'effets dangereux dans l'article L. 552 et de comportements dangereux dans le Code de la consommation.

2.8. Augmenter les pénalités prévues en cas de non-respect des arrêtés d'interdiction.

Si le bilan dressé deux ans après la mise en œuvre de ces améliorations s'avère insuffisant, le collège Consommateur demande que soit alors instauré le contrôle a priori avec visa préalable de publicité, enregistrement préalable des OAM et mise en place d'une législation européenne unitaire.

Les membres du CNC, réunis en formation plénière le 11 octobre 1994, ont adopté le rapport et l'avis à l'unanimité des deux collègues.