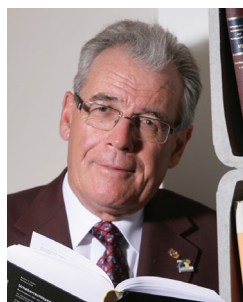


Publicité clandestine ou non ?



Dr. iur. Bruno Glaus
Avocat et membre
du Conseil
d'Administration
mediatonic sa

Dr. iur. Bruno Glaus est avocat à Uznach (www.glaus.com). Il a publié plusieurs ouvrages spécialisés dans son domaine de prédilection, le droit de l'art et de la publicité.

La forte présence des plateformes de réseaux sociaux et le rôle grandissant du marketing en ligne qui en découle inquiète la Fondation suisse pour la protection des consommateurs (SKS Stiftung für Konsumentenschutz). Au cœur de ses préoccupations: l'identification des publicités des partenariats rémunérés. Que doit-on déclarer sur Instagram, YouTube, Facebook et autres en cas de communication à caractère commercial ?

Les associations de protection de consommateurs, mais aussi le secteur publicitaire lui-même, croient encore au principe qui veut que les communications à caractère commercial peuvent et doivent être clairement distingués des communications à caractère non commercial. Les règles relatives à la loyauté dans la communication commerciale B.15 et B.15a postulent le « caractère identifiable » de la communication commerciale et la « séparation entre l'information rédactionnelle et la communication commerciale ».

La publicité doit être identifiée en tant que telle et, selon la SKS, également désignée en tant que telle. Y compris sur les réseaux sociaux. Le plus souvent, cela est fait avec un hashtag comme #ad, #annonce ou #publicité (au tout début de la caption) et la fonction « Partenariat rémunéré avec X ». Les directives publicitaires internes des plateformes de réseaux sociaux mentionnent elles aussi cette obligation.

C'est pourquoi la SKS a déposé un recours auprès de la Commission Suisse pour la Loyauté (CSL), l'organisme d'autorégulation de la branche, au sujet de publications à caractère publicitaire non signalées, notamment de Roger Federer, Iouri Podladtchikov, Jolanda Neff et Xenia Tchoumitcheva.

Les fondements de ce recours sont fragiles. Aucune obligation d'identification n'est inscrite dans la loi. La Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) énonce simplement le principe général selon lequel les annonceurs doivent faire preuve de transparence et ne doivent pas tromper leur public: « Est déloyal et illicite tout comportement ou



pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi» (LCD, art. 2).

Chez les sportifs comme Roger Federer, il serait courant, et donc parfaitement identifiable, que les logos des marques soient présentés pour des raisons purement commerciales.

Cette disposition générale est précisée par les règles B.15 et B.15a de la Commission Suisse pour la Loyauté. En vertu de ces règles, tout message publicitaire à caractère commercial doit être clairement identifié comme une publicité. Ces règles s'appliquent également au sponsoring, aux placements de produits et aux messages de relations publiques.

Dans ses premiers arrêts, une chambre de recours avait admis les recours de la SKS. La vététiste Jolanda Neff avait accepté le recours. Federer et Tchoumitcheva avaient fait appel. L'assemblée plénière, composée des trois chambres, a renversé la décision: pour les followers de Federer et de Tchoumitcheva sur Instagram, il aurait été clair qu'il s'agissait de communication commerciale ou de publicité. Chez les sportifs comme Roger Federer, il serait courant, et donc parfaitement identifiable, que les logos des marques soient présentés pour des raisons purement commerciales. La SKS n'est pas satisfaite. La directrice de la SKS Sara Stalder citée par 20 minutes pointe une confusion concernant les cas où les publicités doivent être identifiées dans les médias sociaux.

Pour les profanes, il est en effet difficile de s'y retrouver entre les différentes circonstances ayant conduit à différents arrêts de la Commission Suisse pour la Loyauté. Roger Federer avait posté une vidéo publicitaire professionnelle dans laquelle on

voyait notamment le logo de l'un de ses sponsors. Il ressortait sans ambiguïté de la présentation que la star du tennis faisait la publicité pour la marque. Dans la publication de Xenia Tchoumi, il était également explicite qu'il s'agissait d'une communication commerciale, même si les bijoux présentés n'étaient pas identifiés comme tels. Dans sa déposition, l'influenceuse avait affirmé ne pas collaborer avec les marques citées. Cette déclaration n'est pas pertinente, car une stratégie courante parmi les influenceurs consiste à promouvoir des marques pour ensuite faire affaire avec elles.

Dans ses arrêts, la Commission Suisse pour la Loyauté s'est référée à la jurisprudence étrangère. Comme les règles de la CSL, celle-ci ne fait pas mention d'une obligation générale d'identification des publicités et se fonde uniquement sur le fait de savoir si le



Il règne une certaine anarchie, dont la devise pourrait être: « il vaut mieux une forêt mixte qu'une monoculture ».

caractère commercial d'une communication est clairement identifiable ou non pour le public visé. Le tribunal de grande instance de Munich a par exemple rejeté une plainte du fait que le caractère commercial était clairement identifiable malgré l'absence d'identification (tribunal de grande instance de Munich, arrêt du 29.04.2019, Az. 4 HK O 14312/18, «Cathy Hummels»).

Il existe une certaine incertitude juridique: pour quelles personnalités les followers doivent-ils partir du principe que les contenus des publications

ont toujours une visée commerciale? Quelle doit être le degré de notoriété d'un sportif? Dans les profils Instagram, certains messages sont identifiés, d'autres pas. Il règne une certaine anarchie, dont la devise pourrait être: « Il vaut mieux une forêt mixte qu'une monoculture ». Consolons-nous un peu: les études scientifiques montrent que les jeunes followers sont capables d'identifier le caractère commercial d'une publication même en l'absence d'identification et se montrent assez critiques vis-à-vis des publications des influenceurs (voir Mischa Senn, Influencer-Marketing und die Rechtswirklichkeit, dans: Jusletter n° 25).

