

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

L'entreprise de publicité

et ses contrats.

par Marcel Fontaine.

Doc. 81/10

UNIVERSITE CATH. LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE

Rapport général
présenté aux Journées portugaises
de l'Association H. Capitant
(Lisbonne, mai 1981).

L'ENTREPRISE DE PUBLICITE ET SES CONTRATS.

RAPPORT GENERAL.

L'"entreprise de publicité", pour l'examen du présent sous-thème, est celle qui se consacre entièrement à l'activité publicitaire, en qualité d'intermédiaire entre les annonceurs et les supports. L'expression vise donc ce qu'il est plus couramment convenu d'appeler les "agences de publicité". Elle ne s'appliquera pas, pour la clarté de l'exposé, à certains supports qui peuvent tirer de la publicité une partie substantielle, voire même la totalité de leurs revenus (cf. les entreprises d'affichage) ; ces supports seront traités en tant que tels.

Dans cette acception, l'entreprise de publicité joue donc un rôle d'entremise entre les "annonceurs", c'est-à-dire les firmes qui recourent à la publicité pour promouvoir leurs produits ou leurs services, et les "supports", à savoir les modes de diffusion susceptibles de transmettre des messages publicitaires : journaux, périodiques, radio, télévision, afficheurs, etc. ... Un maillon supplémentaire, la "régie", s'intercale parfois entre l'entreprise de publicité et le support. D'autre part, l'entreprise de publicité recourt souvent à des "sous-traitants" pour exécuter une partie des tâches d'élaboration du message publicitaire.

L'objet de cet exposé est d'étudier les relations juridiques nées des rapports entre ces différents intéressés.

Au départ de quelques remarques générales relatives aux sources du droit applicable (I), on décrira les différents liens juridiques en cause (II), avant de proposer une analyse juridique (III).

I. Sources du droit applicable.

Le rapporteur général a pu disposer de rapports nationaux belge (Maître Coppée), français (Maître de Mello), italien (Professeur Vercellone), louisianais (Professeur Carbonneau) et luxembourgeois (Maître Neuen).

Les situations décrites dans ces cinq rapports ne sont pas identiques, et les différences seront soulignées. L'impression générale est cependant qu'il existe de nombreux traits communs, notamment quant aux sources du droit applicable.

1. Tous les rapports évoquent l'absence de législation spécifique aux contrats conclus par l'entreprise de publicité. La réglementation relative à la publicité est variée et souvent abondante (information et protection du consommateur, concurrence déloyale, protection des sites, publicité à la radio et à la télévision, etc. ...), mais elle ne concerne pas les aspects contractuels. La matière reste donc dominée par la liberté des conventions et les principes généraux du droit des obligations.

2. Des contrats types ont souvent été élaborés pour régir les rapports entre agences et annonceurs, mais des controverses existent parfois quant à leur portée.

En Belgique, l'Union Belge des Annonceurs et la Chambre des Agences Conseils en Publicité ont adopté en commun une

"Formule-type de convention annonceur-agence", et l'ont proposée à leurs membres respectifs comme un guide dont ils pouvaient utilement s'inspirer. Dans une espèce déterminée, la Cour d'appel de Bruxelles a estimé que cette formule-type ne liait pas les parties, à défaut de prouver leur volonté tacite de s'y référer (1) ; il semble cependant que ce contrat-type connaisse actuellement une large utilisation.

En Italie, l'U.P.A., qui regroupe des annonceurs importants, et l'O.T.I.P.I., la principale association d'entreprises de publicité, ont établi deux contrats types distincts, mais ressemblants et "très articulés". Le rapporteur italien signale cependant que ces contrats ne sont utilisés que dans les rapports entre firmes d'un certain niveau.

Le rapport louisianais mentionne également l'existence d'un contrat-type applicable aux relations entre annonceurs et agences.

En France, à la suite d'une procédure mettant en cause devant la Commission Technique des Ententes diverses pratiques contractuelles des entreprises de publicité, une commission a mis au point un contrat-type, publié au Journal Officiel du 19 septembre 1961. La portée de ce contrat reste discutée. La jurisprudence semble apprécier cas par cas si les parties s'y sont référées, et les conclusions varient selon les espèces (2).

Aucun contrat type n'est signalé au Grand-Duché de Luxembourg.

Dans les différents pays, d'autre part, les supports (ou les régies) imposent le plus souvent leurs conditions générales ; en Belgique, les conditions des afficheurs ont été agréées par les agences et les annonceurs

(1) Bruxelles, 6 juin 1973, inédit.

(2) Comp. Cass. Com., 5 nov. 1968, Jur. Cl. Pér., 1968, II, 15.939 ; Cass. Com., 14 oct. 1969, Bull. Cass., 1969, n°292 ; Paris, 1er juill. 1970, Jur. Cl. Pér., 1971, II, 16.821, note M. PEDAMON ; Cass. Com., 25 janv. 1972, Bull. Cass., 1972, n°34.

3. En général, la jurisprudence est très rare. Les rapports belge, italien, louisianais et luxembourgeois n'en relèvent pratiquement pas. Quelques décisions françaises sont citées, mais elles ne concernent pas toutes des aspects contractuels (elles traitent par exemple de cas de discrimination), et elles restent peu nombreuses. L'explication souvent donnée est que les litiges se déroulent entre professionnels, peu désireux ... de publicité ; ces conflits se tranchent par des arbitrages confidentiels, ou même de préférence par des arrangements à l'amiable.

4. La doctrine est également peu développée. Seul le rapport français cite quelques références : trois ouvrages qui ne sont que très partiellement consacrés aux aspects contractuels, et trois thèses non publiées.

X X
X

Le législateur s'abstient, la jurisprudence est peu sollicitée et la doctrine garde une grande discrétion. C'est donc en premier lieu sur l'examen des contrats utilisés par les praticiens que reposent les analyses proposées par les rapporteurs nationaux et par le rapporteur général.

II. Description des différents liens juridiques.

On traitera successivement des relations entre l'entreprise de publicité et l'annonceur (A), des relations avec les supports (B), de l'intervention des régies (C) et de celle de sous-traitants (D).

A. Relations entreprise de publicité - annonceur.

L'annonceur qui envisage une campagne de publicité a le choix entre deux procédés. Il peut soit directement traiter avec les supports, soit recourir aux services d'une entreprise de publicité. La seconde voie est la plus fréquemment empruntée, car elle n'est en général pas plus onéreuse (on y reviendra), et elle permet de bénéficier de l'aide de l'agence pour la conception de la publicité et la sélection des supports.

Lorsque l'annonceur contracte avec une agence, il peut lui confier la diffusion d'une publicité qu'il a lui-même déjà conçue. Le fait est cependant rare ; seul le rapport luxembourgeois signale que cette situation se rencontre. En principe, l'entreprise de publicité se voit confier à la fois l'élaboration du message et la sélection des supports.

Dans la description des rapports juridiques créés à cette occasion, on traitera des obligations de l'entreprise de publicité (1), de celles de l'annonceur (2), de la responsabilité juridique de la publicité (3), du droit de reproduction (4) et de la durée du contrat (5).

1. Obligations de l'entreprise de publicité.

a) L'obligation essentielle de l'entreprise de publicité à l'égard de l'annonceur est de mettre en oeuvre tous les moyens pour réaliser une campagne publicitaire complète.

Les différentes prestations qui en découlent sont notamment énumérées à l'article II du contrat-type belge ("Guide des interventions d'une agence de publicité à services intégrés") et à l'article I du contrat-

type français. Elles sont également évoquées dans les rapports italiens et louisianais. Elles comportent deux volets : d'une part, la conception de la campagne de publicité (étude du marché, création des textes, des graphismes, des messages, exécution des travaux techniques nécessaires), et, éventuellement, l'étude ultérieure des résultats obtenus ; d'autre part, la conduite des relations avec les supports (sélection des supports, conclusion des contrats, contrôle de la bonne exécution, rôle dans la facturation) (1).

Un aspect important de cette obligation de l'entreprise de publicité est que l'annonceur conserve en principe la supervision du programme. Toutes les décisions, préparées par l'agence, sont normalement prises de commun accord avec l'annonceur.

b) L'entreprise de publicité accorde en principe l'exclusivité de ses services à l'annonceur. Elle s'engage à ne pas collaborer simultanément aux campagnes de publicité des produits concurrents (rapports belge et italien) (2). La notion de produit "concurrent" peut susciter des difficultés : quand deux voitures, par exemple, sont-elles concurrentes ?

c) L'agence est tenue à un devoir de discrétion en ce qui concerne les informations confidentielles que lui fournit l'annonceur, ou qu'elle recueille à l'occasion de ses prestations pour l'annonceur (rapports belge, italien et louisianais).

(1) Dans les cas exceptionnels évoqués plus haut où le message publicitaire est élaboré par l'annonceur lui-même, l'entreprise de publicité n'assume que ce second rôle.

(2) Il en va différemment lorsque l'agence et l'annonceur n'entretiennent qu'un rapport ponctuel, l'annonceur fournissant lui-même la publicité à diffuser (cf. le rapport luxembourgeois, qui évoque à ce sujet l'exiguïté du marché grand-ducal).

2. Obligations de l'annonceur.

a) L'annonceur s'oblige en général à confier à l'agence tout son budget de publicité, ou la plus grande partie de celui-ci (engagement de globalité), et par conséquent à ne pas traiter simultanément avec d'autres entreprises de publicité (engagement d'exclusivité). Ces obligations, qui paraissent correspondre à une pratique généralisée (1), sont soulignées dans les rapports italiens et louisianais.

b) L'annonceur doit mettre à la disposition de l'agence les informations nécessaires à la connaissance des produits et services qui font l'objet de la campagne (cf. le contrat-type français, art. II).

c) L'annonceur s'engage-t-il à rémunérer les services rendus par l'entreprise de publicité ? Paradoxalement, ce n'est pas toujours le cas. Il arrive que l'annonceur ne paie aucune contrepartie à l'agence, celle-ci recevant toute sa rémunération de la part des supports.

Le problème est très complexe. Les pratiques sont variées, et souvent difficiles à connaître ; elles présentent cependant une très grande importance, car elles affectent l'analyse juridique qui sera faite des rapports entre annonceurs, agences et supports.

Il semble y avoir deux types principaux de rémunération de l'entreprise de publicité, bien que les pratiques diffèrent selon les pays : des honoraires, toujours payés par l'annonceur, et des commissions, payées soit par l'annonceur, soit par le support, soit à la fois par l'annonceur et le support. Honoraires et commissions sont parfois exclusifs les uns des autres, mais ils sont parfois cumulés.

(1) On excepte encore les cas rares de rapports ponctuels évoqués dans le rapport luxembourgeois.

Le rapport louisianais distingue nettement, quant à leur rémunération, les deux catégories de services rendus à l'annonceur par l'entreprise de publicité. Les services techniques et artistiques relatifs à la préparation de la publicité sont rétribués par des honoraires, payés par l'annonceur ; la conclusion du contrat avec le support donne lieu à l'abandon par ce dernier à l'agence d'une commission de 15 %. Honoraires et commissions sont donc habituellement cumulés en Louisiane.

Le rapport français évoque le remboursement à l'agence de ses frais "techniques", le support italien signale la facturation particulière de certaines prestations. En Belgique, le contrat-type prévoit aussi de telles facturations particulières, bien que le rapport national semble faire une alternative de la rémunération sous la forme d'honoraires ou de commissions. Le rapport luxembourgeois évoque le paiement d'honoraires forfaitaires à propos de l'usage par l'annonceur des créations de l'entreprise de publicité. Dans ces quatre pays, cependant, les commissions paraissent bien représenter le mode principal de rémunération de l'agence.

Mais qui les paie ? En France, il semble bien qu'en général, ce soit le support ; il en serait de même en Italie, à l'occasion de l'intervention des petites agences. Dans les autres cas, cependant, les commissions paraissent plutôt prélevées directement par l'agence sur le budget de publicité qui lui est confié par l'annonceur, quitte à ce que l'agence ristourne ultérieurement à l'annonceur les commissions payées par les supports. Dans ce cas, l'annonceur avance les commissions, et ne les récupère qu'en partie, puisqu'une fraction du budget de publicité est absorbée par les tâches de conception ; l'annonceur ne récupère même rien, lorsque le support refuse de consentir une commission, ce qui est notamment le cas de la télévision italienne, ou lorsque l'annonceur ne lui ristourne pas la commission consentie par le support (rapport luxembourgeois). Dans ces différents cas, l'annonceur paie au moins une partie de la rémunération de l'entreprise de publicité.

Les pratiques varient donc, et leur connaissance est souvent malaisée. En synthèse, on retiendra que l'annonceur s'engage en général à rétribuer l'agence de publicité, soit sous la forme d'honoraires ou de remboursement de prestations particulières, soit sous la forme de commissions, ce qui paraît le mode de rémunération le plus répandu en Europe, soit sous une combinaison des deux formes. Parfois, cependant, la seule rémunération de l'agence consiste dans les commissions que lui abandonnent les supports.

On reviendra sur ces problèmes à propos des relations avec les supports, puis à l'occasion de l'analyse juridique des différents rapports contractuels.

3. Responsabilité juridique de la publicité.

Dans les relations entre l'annonceur et l'agence, qui assume la responsabilité juridique de la publicité ? Qui répond des conséquences d'une publicité qui serait contraire à la réglementation de protection du consommateur, qui constituerait un acte de concurrence déloyale ou qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle d'un tiers ?

Sur ce point, en Italie, les contrats-types respectifs des annonceurs et des grandes agences sont contradictoires, chacun reportant sur le cocontractant la charge de la responsabilité. La formule-type belge, adoptée conjointement par les deux parties, rend l'annonceur responsable de la publicité qu'il a commandée et approuvée (1).

Pour le rapport louisianais, l'entreprise de publicité n'a pas à vérifier le contenu de la publicité qu'elle prépare ; il semble que l'annonceur soit le seul responsable, sauf manquement grave de l'agence. Quant

(1) On signale plus loin l'incidence de l'article 21 de la loi belge du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce.

au rapporteur luxembourgeois, il estime que la responsabilité "originale" de l'entreprise de publicité est transférée à l'annonceur, le cas de la faute grave de l'agence étant également réservé, ainsi que la complicité éventuelle en cas d'infraction pénale.

Malgré les nuances relevées, il semble que la tendance soit de canaliser la responsabilité dans le chef de l'annonceur. C'est d'ailleurs la solution de principe du Code international de pratiques légales en matière de publicité de la C.C.I. (art. 14, 1^oa). Le rapport italien propose cependant de distinguer : l'agence serait responsable, en sa qualité de spécialiste, lorsqu'elle réalise un message en assurant l'annonceur de sa licéité ; l'annonceur serait le seul responsable des éléments qu'il fournit.

4. Le droit de reproduction.

A qui appartiennent les créations de l'entreprise de publicité ? L'annonceur acquiert-il le droit de les utiliser ?

Cette question se rattache au sous-thème de ces Journées relatif aux droits intellectuels, et l'on n'en traitera que très brièvement. Les rapports nationaux contiennent cependant quelques indications intéressantes, mais souvent divergentes.

En Louisiane, l'annonceur devient propriétaire du matériel et des oeuvres publicitaires ; mais il est possible de stipuler que les oeuvres non utilisées restent la propriété de l'agence. En France, l'article 4 du contrat-type prévoit que l'exploitation des travaux par l'agent pour le compte de l'annonceur, ou leur règlement, implique la cession automatique de tous les droits de reproduction ; la validité de cette disposition, qui

comporterait cession d'oeuvres futures, est discutée par certains. Pour le rapporteur luxembourgeois, l'entreprise de publicité est propriétaire de ses créations, mais elle cède le droit de les exploiter contre le paiement d'honoraires. Le rapport belge, par contre, pose en principe que le droit de reproduction n'est pas cédé, bien que l'agence ne puisse user de ses créations qu'au profit de son client (article 7 de la Formule-type).

En Italie, le problème n'est pas résolu, les conditions générales des annonceurs et celles des agences étant également contradictoires sur ce point. Le rapporteur italien distingue entre le cas où la création est protégée par le droit d'auteur (il faut alors une cession expresse) et l'hypothèse inverse (l'entreprise de publicité ne dispose d'aucune exclusivité sauf clause spéciale).

5. Durée du contrat.

Il semble qu'en général, les contrats entre annonceurs et agences soient conclus pour des durées indéterminées. Seul le rapport italien évoque l'existence de certains contrats à durée déterminée (12 mois, 18 mois, ou la durée de la campagne publicitaire). Il existe d'autre part une jurisprudence française selon laquelle des relations même habituelles entre les parties donnent parfois lieu à une série de contrats distincts, plutôt qu'à un contrat unique à durée indéterminée (1).

Lorsque la durée est indéterminée, chacune des parties peut mettre fin au contrat en respectant un préavis : 60 ou 90 jours en Louisiane, quatre mois en Italie, six mois en Belgique et la France (pour ces deux derniers pays, ces délais sont stipulés dans les contrats-types).

(1) Cf. Paris, 21 juin 1965, Dall. Sir., 1965, J., 815.

Une indemnité de rupture est-elle exigible ? Cette question avait pris dans le passé une importance considérable en France. Le "Code des usages de la publicité", établi par les agences, stipulait le paiement de lourdes indemnités de dépossession de clientèle en cas de rupture par l'annonceur. La Commission Technique des Ententes, au terme de la procédure déjà évoquée, condamna cette pratique, qui portait atteinte à la concurrence entre les agences, et le contrat-type de 1961 ne fait plus allusion aux indemnités de dépossession.

Or ce contrat prévoit, on l'a dit, l'exigence d'un préavis de six mois en cas de rupture. A défaut d'indemnité de clientèle, une indemnité de préavis est-elle due si le préavis n'est pas respecté ? Des décisions l'ont admis, soit sur base du contrat-type (1), soit sur base du caractère jugé abusif, en l'espèce, des circonstances de la rupture (2). Ce double courant de jurisprudence est également représenté en Belgique par une décision qui a octroyé une indemnité de préavis en vertu du contrat-type (3), et par l'arrêt d'appel rendu dans la même affaire, qui, après avoir écarté l'application en l'espèce du contrat-type, a justifié l'indemnisation sur base des articles 1134 et 1135 du Code civil (bonne foi) et du caractère brutal de la rupture (4).

(1) Paris, 1er juil. 1970, Jur. Cl. Pér., 1971, 16.821, note M. PEDAMON ; Cass. Com., 25 janvier 1972, Bull. Cass., 1972, n°34.

(2) Cass. Com., 12 décembre 1967 (1ère espèce), Jur. Cl. Pér., 1968, 15.534, note J. HEMARD.

(3) Comm. Bruxelles, 15 mars 1972, inédit.

(4) Bruxelles, 6 juin 1973, inédit.

B. Relations avec les supports.

L'entreprise de publicité se charge de contacter les supports adéquats en vue de diffuser la publicité qu'elle a conçue. De nouveaux liens juridiques vont s'établir, cette fois avec les supports.

L'étude de ces liens est délicate, en raison de deux difficultés importantes.

En premier lieu, il est souvent malaisé de déterminer à quel titre l'agence contracte avec le support. En son nom et pour son compte ? Comme mandataire de l'annonceur ? En qualité de commissionnaire ? Si l'agence est intermédiaire, est-elle ducroire ? On tentera de répondre à ces questions infra, à l'occasion de l'analyse juridique qui sera proposée. Provisoirement, on se bornera à décrire les rapports noués avec le support par le "fournisseur" de la publicité, sans prendre déjà position sur la question de savoir qui, de l'agence ou de l'annonceur, est le véritable cocontractant du support.

L'autre difficulté vient du fait que les supports sont variés : presse quotidienne, presse périodique, afficheurs, radio, télévision, cinéma, etc. ... Les conditions contractuelles de ces différents types de supports ne sont pas nécessairement identiques (1). Il n'est guère possible, cependant, dans le cadre limité de ce rapport général, d'en faire une analyse comparative détaillée. Des rapports nationaux, seul le rapport belge a d'ailleurs ébauché une étude différenciée. On se bornera à décrire les principales obligations respectives rencontrées quel que soit le support, quitte à apporter au passage l'une ou l'autre indication plus spécifique à tel ou tel type de support.

(1) Rappelons qu'il s'agit en principe de conditions générales établies et imposées par les supports.

L'examen portera successivement sur les obligations du support (1), celles du "fournisseur" (2), la responsabilité de la publicité (3) et la durée du contrat (4).

1. Obligations du support.

a) Le support s'engage principalement à réserver, aux moments convenus, un espace (journal, affiche), ou une période de temps (radio, télévision, cinéma) en vue de la diffusion de la publicité. En général, le support se ménage une certaine latitude pour modifier, si nécessaire, les lieux ou les moments convenus.

b) Le support, dans certains cas, doit fournir des justificatifs de la publicité réalisée (par exemple, s'il s'agit d'insertions dans la presse).

c) Si du matériel a été remis au support (films, clichés, etc. ...), il doit être restitué après usage.

d) Très souvent, le support s'engage à ristourner une commission à l'entreprise de publicité.

Le rapport français en explique l'origine historique. L'entreprise de publicité contemporaine succède aux intermédiaires qui, dans le passé, collectaient des commandes de publicité pour le compte des supports, et qui étaient normalement rémunérés par ceux-ci, sous la forme de commissions calculées sur les ordres transmis. Cette pratique a survécu de nos jours, alors que l'agence de publicité en est venue à travailler principalement pour le compte des annonceurs.

Dans certains pays, le paiement des commissions est lié à un système d'agrément des entreprises de publicité par les supports. C'est

la "carte accréditive", remplacée par le titre "Intermédia" , décrits dans le rapport français. En Belgique, il existe une "reconnaissance d'agence".

Le montant de cette commission paraît fréquemment se situer à 15 ou 17,65 %, selon le mode de calcul. Mais ce pourcentage est à majorer, dans certains pays (notamment la France et la Belgique), d'un pourcentage de surcommission occulte, non rétrocédable à l'annonceur.

Dans certains cas, cependant, le support se refuse à payer toute commission à l'agence. Le cas de la télévision italienne a été cité ; le rapport italien signale l'existence d'une tendance des supports de ce pays à adopter tous la même attitude.

On a déjà exposé les différentes manières dont les commissions éventuellement payées par les supports ont des répercussions dans les rapports entre agences et annonceurs. L'ensemble de la question sera repris plus loin, dans le cadre de notre tentative d'analyse juridique.

2. Obligations du "fournisseur".

Rappelons que nous appelons ici "fournisseur" le cocontractant du support, sans prendre provisoirement parti sur le point de savoir s'il s'agit de l'annonceur ou de l'entreprise de publicité.

a) Le fournisseur s'engage à livrer le matériel publicitaire nécessaire (textes, clichés, films, affiches, etc. ...), en temps utile et dans les conditions requises. Le support stipule souvent des exigences particulières quant aux qualités techniques du matériel, voire à sa conformité à la loi.

En général, le support se réserve un droit de refus de la publication qui lui est remise pour diffusion. Les rapports belge, italien et luxembourgeois l'évoquent notamment à propos de la presse, de l'affichage, de la radio et de la télévision. Les raisons du refus peuvent être variées, et relever par exemple de considérations idéologiques, morales, déontologiques, juridiques ou techniques.

b) Le fournisseur s'oblige à payer au support le coût de la diffusion. On signalera plus loin que dans certains pays, et dans certains cas, lorsque cette obligation pèse sur l'annonceur, l'agence est invitée par le support à se porter du croire.

3. Responsabilité de la publicité.

Ce problème a déjà été évoqué, à propos des relations entre annonceurs et agences. On le rencontre de nouveau à l'occasion de l'intervention des supports pour la diffusion de la publicité. Ici également, chacun cherche à se dégager de toute responsabilité. Les rapports italien et luxembourgeois mentionnent l'existence de clauses, dans les conditions générales des supports, reportant sur l'annonceur toute la responsabilité de la publicité (licéité du matériel et des textes, responsabilité à l'égard de tiers).

Des solutions plus nuancées sont néanmoins concevables. Le rapporteur italien admet la responsabilité directe de l'annonceur, mais il réserve la possibilité d'un recours de celui-ci contre l'agence, voire contre le support en cas de dol ou de faute grave. Pour le rapporteur belge, l'afficheur est responsable du respect de la réglementation de l'affichage, mais non de l'affiche elle-même (bien que l'afficheur se soit réservé un droit de refus). En Belgique, par ailleurs, l'article 20 de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce interdit certaines formes de

publicité (publicité trompeuse, comparative, dénigrante, contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, etc. ...). D'après l'article 21 de la même loi, *"Peut seul être mis en cause du chef de manquement aux dispositions de l'article 20, l'auteur de la publicité commerciale incriminée"*. Malgré son ambiguïté, le terme "auteur" est interprété comme se rapportant à l'annonceur (1). Mais l'alinéa suivant de l'article 20 précise qu'*"... au cas où ce dernier (l'auteur) ne serait pas domicilié en Belgique ou n'aurait pas désigné une personne responsable ayant son domicile en Belgique, l'action en cessation pourra également être intentée à charge de l'éditeur, de l'imprimeur ou du distributeur de la publicité commerciale incriminée ainsi que toute personne qui contribue à ce qu'elle produise ses effets"*.

4. Durée du contrat.

Les rapports nationaux fournissent peu d'indications au sujet de la durée des contrats conclus avec les supports. Il semble que les solutions soient variables. Parfois, le contrat est limité à la réalisation ponctuelle (une insertion dans un journal) ; parfois, une durée déterminée est prévue (affichage pendant deux semaines, diffusions répétées au cours d'une campagne de publicité). Mais des relations à durée indéterminée sont aussi signalées, notamment en matière d'affichage ; un préavis peut alors être requis en cas de résiliation.

C. Intervention de régies.

Entre les entreprises de publicité et les supports s'intercalent parfois des "régies". Le rôle de ces organismes est de collecter des ordres

(1) A. DE CALUWE, A.C. DELCORDE et X. LEURQUIN, Les pratiques du commerce, Bruxelles, 1973, I, n° 337-338.

de publicité pour les supports (c'est la reprise du rôle originaire des agences). Les régies sont le plus souvent, mais pas toujours, créées à l'initiative de supports ou de groupes de supports. Leur existence est signalée en Belgique, en Italie et en France, mais pas en Louisiane.

Au Grand-Duché de Luxembourg, la situation est particulière. La Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion, qui exploite R.T.L., a confié sa régie publicitaire à la filiale luxembourgeoise d'une société de droit français. Cette filiale semble traiter directement avec les annonceurs, ce qui tend à rapprocher le rôle qu'elle joue de celui des agences de publicité ; mais elle entretient un lien exclusif avec la C.L.T.

Les régies sont en général rémunérées par des commissions, qui leur sont consenties par les supports.

D. Relations entreprises de publicité - sous-traitants.

Les agences confient souvent certaines tâches d'élaboration de la publicité à des sous-traitants : photographes, graphistes, etc ... Les rapports nationaux donnent peu de détails sur le contenu des contrats ainsi formés. Il semble que ces contrats, conclus opération par opération, soient très peu explicites. Leur régime dépend largement du droit commun, compte tenu de la nature juridique que l'on peut leur reconnaître ; on y reviendra dans un instant.

III. Essai d'analyse juridique.

Après avoir décrit les relations nouées avec les annonceurs, les supports, les régies et les sous-traitants, le moment est venu de tenter d'en proposer une analyse juridique, qui devrait situer plus précisément le rôle joué par les entreprises de publicité.

Cette analyse sera conduite selon les catégories du droit français des obligations et des contrats et des droits apparentés. Nous tenterons l'exercice consistant à réduire les différents rapports de droit à des figures juridiques classiques, tout en étant conscient qu'il s'agit d'opérations particulières, nées d'une pratique spécifique. Ce recours aux catégories fondamentales n'a cependant d'autre portée que de fournir les points de repère nécessaires à une analyse désireuse d'échapper à l'imprécision du "sui generis". Mais tout n'est évidemment pas dit lorsqu'un contrat est qualifié de mandat ou de louage d'industrie ; la détermination de structures de base n'empêche en rien la mise en évidence des particularités d'espèce, et surtout des liens qui peuvent unir entre eux les divers contrats qui concourent à la réalisation d'une opération déterminée. A ce prix, le recours aux catégories classiques n'est plus un jeu stérile. Nous chercherons à y être attentif. Dans certains cas, nous devrons d'ailleurs admettre que l'un ou l'autre rapport est irréductible aux cadres traditionnels.

Afin de procéder du plus simple au plus complexe, l'ordre de présentation sera inversé par rapport au plan suivi dans la partie descriptive. On examinera successivement la nature des liens entre l'entreprise de publicité et ses sous-traitants (A) et le cadre juridique de l'intervention des régies (B), avant d'aborder le problème le plus délicat, celui de définir le rôle juridique de l'entreprise de publicité entre l'annonceur et le support (C).

A. Liens juridiques avec les sous-traitants.

Le sous-traitant qui contracte avec l'entreprise de publicité s'engage à accomplir une tâche matérielle (une photographie, un dessin, une maquette, etc. ...) contre une rémunération. La nature juridique d'une telle convention, dans le système du droit français, est celle du contrat d'entreprise (1).

Cette relation de base entre sous-traitant et agence peut se doubler d'un autre contrat, relatif à la cession éventuelle des droits d'auteur sur la production du sous-traitant.

B. Rôle juridique des régies.

La régie est chargée par le support de recueillir des ordres de publicité et de conclure les contrats. Cette activité, relative à la conclusion d'actes juridiques au nom et pour compte d'un donneur d'ordre, est celle d'un mandataire (2). Les contrats conclus à l'intervention d'une régie engagent directement le support. Celui-ci rémunère son mandataire en lui abandonnant une commission.

Le rapport français qualifie les régies de "mandataires ou commissionnaires des supports". La qualité de commissionnaire devrait correspondre à des situations où la régie interviendrait pour le compte du support, mais en son propre nom (3). Quant au rapport italien, il décrit

(1) Cfr. H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. III, 2ème vol., Paris, 3ème éd., 1968, n° 1331.

(2) Ibid., n° 1384 et 1385.

(3) Cfr. R. RODIERE et B. OPPETIT, Droit commercial, Paris, 8ème éd., 1978, n° 171 et 173.

les régies comme les "concessionnaires" du support. L'expression se réfère sans doute au caractère durable et exclusif de la mission de collecte de publicité confiée par le support à la régie. Elle ne paraît pas incompatible avec la qualité de mandataire ; le rapport italien précise d'ailleurs que "le concessionnaire est le représentant du support".

Au Grand-Duché de Luxembourg, la régie I.P.L., qui traite directement avec les annonceurs, se porte ducroire des engagements de ceux-ci au profit de son mandant C.L.T.

C. Rôle juridique des entreprises de publicité.

On aborde ici le problème le plus délicat : quelle est la nature juridique du rôle que joue l'entreprise de publicité dans ses rapports avec les annonceurs et les supports ?

Les données sont connues. L'entreprise de publicité accomplit diverses prestations au profit de l'annonceur, essentiellement concevoir la publicité et sélectionner les supports. Elle contracte avec les supports. Elle est rémunérée par l'annonceur (en tout ou en partie) et/ou par les supports (en tout et en partie).

Le problème comporte trois aspects principaux. Quelle est la nature juridique de l'activité de conception (1) ? Qu'en est-il du contrat par lequel le support s'engage à publier la publicité (2) ? Quel est le rôle de l'agence dans la conclusion du contrat avec le support (3) ?

1. Conception de la publicité par l'agence.

Le premier volet de l'activité de l'agence consiste à concevoir la campagne de publicité que l'annonceur lui a commandée. Une telle prestation, d'ordre matériel, ressortit à la nature du contrat d'entreprise (1).

(1) Dans ce sens, cf. B. TEYSSIE, Les groupes de contrats, Paris, 1975, n°185.

Cette analyse ne paraît guère douteuse lorsque l'agence reçoit, pour ces prestations, une rémunération de la part de l'annonceur, qu'il s'agisse d'honoraires distincts ou d'une commission calculée sur l'ensemble du budget de publicité et destinée à couvrir les différents services rendus par l'agence.

La question est plus délicate lorsque l'annonceur ne rémunère pas l'entreprise de publicité, celle-ci se bornant à recevoir la commission que lui concède le support. Les prestations de conception ne sont plus rémunérées par le cocontractant lui-même, mais par un tiers au contrat agence-annonceur. Ce contrat n'est pas un contrat d'entreprise classique, puisque le "maître de l'ouvrage" ne doit pas de contrepartie. Il s'agit d'une convention sui generis, mais il nous paraît que le régime du contrat d'entreprise peut continuer à être appliqué par analogie à la prestation due par l'agence (1).

Compte tenu des nuances et des distinctions évoquées plus haut dans la partie descriptive, les relations juridiques entre l'agence et l'annonceur relatives à la conception de la publicité peuvent également, dans certains cas, comprendre un contrat de cession ou de licence des droits intellectuels sur les créations de l'agence (2).

2. Nature du contrat de diffusion de la publicité.

Le support s'engage, contre le paiement d'un prix, à diffuser la publicité que lui confie l'agence : insertion d'une annonce dans un journal, passage d'un message à la radio ou à la télévision, pose d'affiches, etc ... Quelle est la nature juridique de cet engagement ?

(1) Cet exemple de "quasi-contrat d'entreprise" rémunéré par un tiers n'est pas isolé. On le rapprochera des rôles joués respectivement par les courtiers d'assurances et par les agences de voyages. Cette analogie sera reprise infra, à propos du rôle de mandataire également joué par les entreprises de publicité.

(2) B. TEYSSIE, op. cit., n° 185.

L'opération est souvent qualifiée de "vente d'espace". L'expression n'est guère adéquate. La vente a pour objet essentiellement un transfert de propriété. Or la diffusion d'une publicité n'entraîne évidemment pas le transfert à l'agence ou à l'annonceur de la propriété de pages ou de parties de pages de journaux ou de périodiques, de panneaux d'affichages ou de temps d'antenne.

S'agirait-il d'un louage de choses ? Le rapport français évoque cette analyse. Il s'agit en effet, à première vue, de la mise à la disposition temporaire d'un emplacement, contre rémunération.

L'analyse se justifie le mieux à propos de l'affichage, encore qu'elle ne rende pas compte de l'ensemble des obligations de l'afficheur. Celui-ci s'oblige non seulement à concéder la jouissance de ses panneaux, mais aussi à y apposer les affiches que l'agence lui remet. En ce qui concerne les autres supports, il paraît plus difficile d'analyser le contrat comme un louage de choses. La "jouissance" concédée résulte essentiellement de prestations accomplies par le support lui-même (imprimer, diffuser, émettre) ; ce qui est "loué" est éphémère, voire fugace (page de journal, temps d'antenne) ; la "jouissance" de la "chose louée" n'a d'utilité que lorsque le prétendu "bailleur" n'en est plus propriétaire (le journal est diffusé par sa vente au public).

Dans la plupart des cas, il semble que la diffusion de la publicité par le support ressortisse également à la nature du contrat d'entreprise. Imprimer, diffuser, émettre le message publicitaire représentent des prestations matérielles, que le support s'engage à accomplir contre le paiement d'un prix. De telles obligations s'insèrent parfaitement dans le cadre d'un contrat d'entreprise (1).

(1) Dans ce sens, B. TEYSSIE, op. cit., n° 187. Le rapporteur luxembourgeois, à propos de la publicité par les ondes, a évoqué l'analogie avec le contrat de transport. Ce dernier contrat n'est d'ailleurs qu'une variété du contrat d'entreprise.

3. Rôle de l'agence entre l'annonceur et le support.

Ce contrat d'entreprise relatif à la diffusion de la publicité est conclu à l'intervention de l'agence, mais à quel titre ?

On pourrait concevoir que l'annonceur contracte uniquement avec l'entreprise de publicité, celle-ci s'engageant personnellement envers lui, non seulement à concevoir la publicité, mais aussi à la diffuser. L'entreprise de publicité contracterait ensuite avec les supports en son nom propre et pour son compte, de manière à exécuter les engagements qu'elle aurait assumés avec l'annonceur. Dans cette analyse, la diffusion de la publicité donnerait lieu à deux contrats successifs ayant le même objet, un contrat d'entreprise entre l'annonceur et l'agence, et une sorte de sous-traitance entre l'agence et le support. L'idée peut venir à l'esprit en considérant la pratique fréquente de la double facturation : le support facture le coût de la diffusion à l'agence, qui refacture l'opération à l'annonceur.

L'analyse ne semble cependant pas correspondre à la réalité. A la lecture des rapports nationaux, des relations directes paraissent bien se nouer entre l'annonceur et le support, l'agence ne jouant qu'un rôle d'intermédiaire (1). La double facturation éventuelle n'est qu'une technique facilitant le paiement de la commission par le support à l'agence.

L'agence jouerait dès lors le rôle de mandataire de l'annonceur, chargé de conclure les contrats avec les supports et d'en gérer l'exécution. Cette analyse paraît largement admise. Elle est expressément adoptée par les rapporteurs français (2), italien et louisianais ; mais des réserves sont formulées, compte tenu de trois difficultés.

(1) L'existence de liens directs entre l'annonceur et le support est d'ailleurs démontrée par le fait que l'agence intermédiaire est souvent appelée à se porter du croir, en faveur du support, de la solvabilité de l'annonceur.

(2) Contra, P. et F. GREFFE, La publicité et la loi, Paris, 1970, n° 289 ; pour ces auteurs, l'agence n'est pas mandataire de l'annonceur, mais commissionnaire du support.

En premier lieu, on rappellera que si l'agence est rémunérée pour son intervention dans la conclusion des contrats avec le support, sa commission lui est souvent payée non par son mandant, l'annonceur, mais par le support. Ensuite, les rapports belge, français, louisianais et luxembourgeois révèlent que l'agence se porte fréquemment du côté de l'annonceur, au profit du support ; cette situation est étrange : lorsqu'un intermédiaire se porte du côté de l'annonceur, c'est normalement en faveur de son mandant ou de son commettant, et non l'inverse. Enfin, si l'agence devient insolvable, et si l'annonceur lui a déjà payé le prix réclamé par le support, ce dernier devrait normalement pouvoir exiger un second paiement de l'annonceur ; cette solution conforme aux règles du mandat est retenue par le rapport louisianais, mais il existe une jurisprudence française en sens contraire (1).

L'analyse du mandat peut-elle se concilier avec ces anomalies ?

Le paiement de la commission non par le mandant, mais par le tiers avec lequel le mandataire contracte, n'est pas une situation exceptionnelle. Des analogies peuvent notamment être tracées avec les situations des courtiers d'assurances et des agences de voyages. Les premiers sont les conseils des assurés, mais ils sont rémunérés par des commissions qui leur sont payées par les entreprises d'assurances ; pareillement, les agences de voyages accomplissent différentes prestations au profit de leurs clients, mais ce sont les prestataires des services (hôteliers, transporteurs, etc ...) qui leur concèdent sous la forme de commissions tout ou partie de leur rémunération.

Dans ces deux domaines, la particularité du paiement de la rémunération par un tiers ne fait pas obstacle à ce que les rapports entre les parties soient qualifiés de contrat d'entreprise ou de mandat, selon les circonstances. Le courtier d'assurances, conseil de l'assuré, est lié avec

(1) Paris, 16 mai 1976, cité par le rapport français, et par P. et F. GREFFE, op. cit. (c'est pour justifier cette jurisprudence que ces auteurs proposent l'analyse évoquée à la note précédente).

ce dernier par un contrat d'entreprise, éventuellement doublé de mandats dans certaines circonstances (cf. par exemple les cas où le courtier a le pouvoir de conclure le contrat ou de percevoir une indemnité pour le compte de l'assuré) (1). L'agence de voyages est le mandataire de son client, lorsqu'elle se borne à contracter pour lui avec des prestataires de services ou des tour operators ; elle joue le rôle d'un entrepreneur lorsqu'elle organise en un ensemble combiné un ensemble de prestations. Cette dualité de rôles correspond à la distinction entre le contrat d'intermédiaire de voyages et le contrat d'organisateur de voyages de la Convention de Bruxelles du 23 avril 1970 (2).

Le fait que les prestations soient payées par des tiers perturbe l'analyse lorsqu'il s'agit d'un contrat d'entreprise, car ce contrat est normalement synallagmatique ; ses règles ne paraissent pouvoir être appliquées que par analogie (3). Mais cette circonstance ne gêne en rien l'analyse du mandat, ce dernier contrat n'étant pas nécessairement rémunéré (4).

Il reste à expliquer la base juridique de l'obligation pour le tiers de payer la rémunération. Cette obligation trouve son fondement dans un contrat sui generis de commissionnement, par lequel le tiers s'engage unilatéralement à consentir des commissions sur les affaires qui lui sont apportées par le mandataire. Dans le secteur du tourisme, on se référera par exemple aux contrats conclus entre l'I.A.T.A. et les agences agréées (5).

(1) Cfr. M. FONTAINE et H. PAULUS-DE RODE, Les intermédiaires d'assurances et le secret professionnel, Louvain-la-Neuve, 1980, pp. 30-32. Une autre analyse ne retient que la figure juridique du mandat (Y. LAMBERT-FAIVRE, Droit des assurances, Paris, 3ème éd., 1979, n° 600 ; pour une position plus nuancée, cfr. M. PICARD et A. BESSON, Les assurances terrestres en droit français, Paris, 3ème éd., 1972, II, n° 716). Cette controverse n'affecte en rien la circonstance que la rémunération du courtier lui est payée non par l'assuré mais par l'assureur.

(2) Cfr. M. VERWILGHEN (dir.), Droit et politique du tourisme international, Louvain-la-Neuve, 1978, pp. 216-224.

(3) Cfr. supra, à propos des prestations de conception de l'entreprise de publicité.

(4) Cfr. H. L. et J. MAZEAUD, op. cit., n° 1338.

(5) Sur ces contrats, cfr. M. VERWILGHEN, op. cit., pp. 126-130.

Nous avons défendu cette analyse à propos des courtiers d'assurances (1). Elle nous paraît également applicable au domaine de la publicité. Lorsque les supports s'engagent à consentir des commissions aux agences, c'est en vertu de rapports de droit distincts des mandats conférés aux agences par les annonceurs ; dans certains pays, ces engagements des supports sont liés aux procédures par lesquelles les agences reçoivent l'agrément des supports (carte Intermédia en France, reconnaissance d'agence en Belgique).

Si cette analyse est acceptée, la deuxième difficulté est aisément surmontée. L'engagement de ducroire qu'assume parfois l'agence au profit du support n'est plus lié au mandat conféré par l'annonceur, mais il constitue l'accessoire du contrat distinct de commissionnement.

Par contre, la solution jurisprudentielle française relative aux conséquences de l'insolvabilité de l'agence reste inexplicable. Elle doit être considérée comme une anomalie, et critiquée comme telle. La solution louisianaise, d'après laquelle le paiement fait par l'annonceur à son mandataire l'agence ne serait pas libératoire à l'égard du support, doit être préférée pour sa conformité aux principes.

Deux liens juridiques distincts situent donc l'entreprise de publicité dans les relations entre annonceur et support. L'agence est le mandataire de l'annonceur ; le support s'engage souvent à rémunérer l'agence pour les contrats qu'elle lui apporte.

Si telle nous paraît être la situation lorsque le support consent une commission à l'agence, cette situation présente des aspects délicats. Une telle dualité de liens crée un risque évident de conflits d'intérêt. Le rapport français les souligne, en évoquant même d'éventuelles

(1) M. FONTAINE et H. PAULUS-DE RODE, op. cit., pp. 32-34.

conséquences sur le plan pénal. Nous avons néanmoins relevé deux autres cas, les courtiers d'assurances et les agences de voyages, où des intermédiaires se voient rémunérés par les contreparties avec lesquelles ils contractent. De lege ferenda, une réflexion s'impose, par référence notamment aux règles qui, dans la plupart des pays, font interdiction aux architectes de percevoir des commissions de la part des entrepreneurs. Dans l'état actuel des choses, il importe au moins que cette double liaison se réalise dans la clarté. La pratique des sur-commissions occultes, notamment, nous paraît très malsaine.

X X

X

Ces quelques réflexions n'aboutissent évidemment pas à des conclusions définitives quant à la nature des relations juridiques nées de l'intervention des entreprises de publicité. D'autres analyses sont concevables en droit français ; elles s'imposeraient certainement dans d'autres systèmes juridiques. La discussion qui va s'ouvrir ne manquera pas de le mettre en lumière.