

Maître Luc-Marie AUGAGNEUR  
[LMAugagneur@cvs-avocats.com](mailto:LMAugagneur@cvs-avocats.com)

Paris, le 28 décembre 2020

Maître,

Le présent courrier constitue la réponse du Réviseur de la Déontologie Publicitaire à l'avocat représentant le Syndicat des audioprothésistes (SDA), lequel l'a saisi d'une demande de Révision de l'avis délibéré le 6 novembre 2020 par le Jury de Déontologie Publicitaire (JDP).

Cet avis statue sur la plainte dudit SDA contre des publicités en faveur de magasins d'aides auditives à l'enseigne *Alain Afflelou*. Dans ce courrier, le SDA (ou son avocat) est présenté comme " le syndicat" ou comme "le requérant".

Cette demande de Révision a été formulée dans les délais requis.

Sur le fond :

- elle reprend très largement les griefs mentionnés par le SDA dans sa plainte initiale au Jury,
- elle critique de manière détaillée plusieurs des appréciations formulées par le JDP dans son avis contesté,
- elle fait état d'"éléments nouveaux".

1) Pour le requérant, le JDP aurait "*commis une erreur en dénaturant l'argumentation soumise par le SDA en ce que sa plainte serait fondée sur les prix pratiqués par l'enseigne Alain Afflelou*", le SDA soutenant avoir "*indiqué l'exact contraire en séance*".

Dans sa demande de Révision, le requérant ne conteste pas l'analyse qu'a faite le JDP de la plainte écrite qu'il a reçue du SDA, analyse qui figure dans le § 2 de l'avis ("*Les arguments échangés*") ; cette analyse est en effet précise et détaillée et elle reprend de manière minutieuse – souvent en les paraphrasant – les arguments du SDA.

En conclusion de son analyse de la plainte écrite du SDA, le Jury, dans le souci d'être complet, a en outre brièvement résumé, en un paragraphe, les principaux éléments soulevés en séance par le représentant du syndicat. Il suffit de se reporter aux termes de ce § contesté, pour constater que, contrairement à ce qu'affirme le requérant, ils ne ramènent pas la plainte du SDA à un simple problème de "*niveau de prix*" : cette question figure au contraire parmi d'autres, et elle est précédée d'un "*notamment*" qui en relativise l'importance.

En tout état de cause, ce paragraphe contesté de l'avis ne figure que dans la seule présentation de la plainte du SDA ("*§ 2. Les arguments échangés*") ; il n'a ensuite nullement été utilisé dans l'analyse par laquelle le JDP a déclaré non fondée la plainte du syndicat ("*§ 3. L'analyse du Jury*").

Le requérant ne peut donc soutenir que ce § aurait vicié l'analyse ou le raisonnement du Jury.

Au contraire, l'avis contesté a pris soin de rappeler, à bon droit, qu'il n'appartient pas au Jury (en vertu du Règlement intérieur sur la base duquel il se prononce) de porter des appréciations sur divers points qu'il énumère, parmi lesquels sont cités les "*pratiques commerciales déloyales ou anti-concurrentielles*", "*les prix pratiqués par l'annonceur*" ou le "*respect du droit de la concurrence*".

Dès lors que ces points ne peuvent, en vertu du Règlement du JDP, être examinés par le Jury pour fonder son avis, pas plus ne peuvent-ils être discutés devant le Réviseur.

2) Le requérant estime que le JDP aurait à tort exclu de l'analyse déontologique le fait de présenter les audioprothèses comme des biens de consommation courante alors que la déontologie prohibe toute invitation à la surconsommation.

Le Réviseur observe que c'est à juste titre que l'avis contesté rappelle formellement que, *"hors le cas où une règle déontologique y renvoie expressément, le Jury n'a pas, en principe, à examiner la conformité des publicités dont il est saisi aux dispositions législatives et réglementaires. Un tel examen relève de la seule compétence des juridictions auxquelles il ne saurait se substituer (...)."*

Au cas particulier, l'avis poursuit en précisant que *"aucune règle déontologique en vigueur n'y renvoyant, il n'entre donc pas dans les attributions du Jury d'apprécier la conformité des publicités en faveur de dispositifs médicaux aux dispositions du code de la santé publique, en particulier à son article R. 5213-1 qui interdit notamment que la publicité assimile le dispositif médical « à une denrée alimentaire, à un produit cosmétique ou à un autre produit de consommation »".*

A ce stade, le requérant soutient que, à partir du moment où existe une règle déontologique empêchant d'assimiler un dispositif médical (au cas particulier une prothèse auditive) à un produit de consommation en raison de la "surmédicalisation" qui pourrait en résulter, le Jury n'aurait pas dû se déclarer incompétent sur l'application de l'Art R. 5213-1 du Code de la santé publique.

Sans même avoir à rechercher si une publicité incitant à acquérir deux paires de prothèses auditives (au lieu d'une seule) suffit à transformer un tel produit en un "bien de consommation courante" (comme le soutient le requérant), on observe que la dérive de surmédicalisation à laquelle se réfère la demande de Révision ne se trouve dans aucune des règles déontologiques applicables à l'affaire en cause. Elle figure seulement dans un "avis" du Conseil de l'Éthique Publicitaire, avis qui ne fait pas partie du corpus de textes sur la base desquels le JDP peut et doit analyser les publicités qui lui sont déférées.

C'est donc à bon droit que le Jury ne s'est pas estimé compétent pour examiner ce moyen du SDA contre la publicité en cause.

Pour autant, on observe en outre que le JDP a toutefois fait l'effort de répondre à l'argumentation du SDA sur la surconsommation (incitation à une consommation excessive de prothèses auditives), en se rattachant aux articles 2 et 5 du Code ICC et en précisant que les dispositifs médicaux appellent à une particulière vigilance sur ce point.

3) Pour le requérant, le JDP aurait dénaturé la publicité en cause, *"en présentant le danger de posséder une seule paire de prothèse comme limité à l'activité spécifique de navigateur"*.

a) Il ressort de la publicité litigieuse que celle-ci mentionne, en faisant référence au navigateur Philippe Poupon qui en est le personnage principal, que *"jusqu'à présent il n'en avait qu'une seule paire [d'aides auditives], ce qui n'est pas très prudent en cas de problème"*.

Contrairement à ce qu'affirme le requérant, cette phrase, dans le contexte où elle est prononcée, ne peut, ni par son ton ni par son contenu, être regardée – ainsi que l'a estimé à juste titre le Jury – comme exploitant des sentiments de "peur", d'angoisse ou de "souffrance" ; tout au plus peut-elle être entendue comme mettant en garde contre une certaine forme d'imprudence ou d'insouciance, ce qui n'est contraire à aucune règle déontologique.

b) D'autre part le requérant soutient (§ 15 de son mémoire) que le JDP "*ne dément pas le caractère intrinsèquement anxiogène de l'affirmation*", alors que le Jury a au contraire expressément indiqué que "*ni les images ni le texte (...) ne sont de nature à créer une atmosphère anxiogène et à exploiter le sentiment de peur, en méconnaissance de l'article 2 du code ICC*". Ce moyen de Révision faisant défaut, il ne justifie donc pas d'être examiné.

c) Quant au rôle que joue dans cette publicité le navigateur Philippe Poupon, il convient d'abord de rappeler que ce message repose sur une forme publicitaire couramment utilisée : le *témoignage* (ou *testimonial* dans le langage commercial) ; cette pratique publicitaire consiste à s'appuyer sur le témoignage d'un utilisateur du produit vanté, cet utilisateur pouvant le cas échéant bénéficier d'une certaine notoriété.

Dans le film en cause, le point n'est pas de rechercher – comme le fait le requérant – si Philippe Poupon y apparaît plus en tant que navigateur (connu) ou plus en tant que consommateur banal dans sa vie quotidienne. Il convient plutôt de rechercher, pour apprécier l'éventuelle atteinte à la déontologie publicitaire, si une identification excessive ou abusive du spectateur de ce film à Philippe Poupon pourrait être regardée comme abusant de la confiance des consommateurs ou comme exploitant leur manque d'expérience ou de connaissance.

De ce point de vue, il ressort de l'avis que, d'une part le JDP a procédé, pour écarter ce grief, à une analyse nuancée de cette question ("*Cette publicité invite seulement le consommateur, indirectement, à s'interroger sur les conséquences qui s'attacheraient à l'indisponibilité immédiate d'une seconde paire de prothèses auditives pour lui, au regard de sa situation personnelle, sans qu'on puisse considérer que le consommateur s'identifie automatiquement à M. Philippe Poupon, dont l'activité est très spécifique. Par suite, cette publicité ne peut être regardée comme abusant de la confiance des consommateurs ou comme exploitant leur manque d'expérience ou de connaissance*"), et que d'autre part cette analyse du JDP ne peut être considérée comme dénaturant les faits de la cause ni comme résultant d'appréciations erronées ou déformées.

4) Pour le requérant, le JDP aurait "*omis de prendre en compte l'emploi du terme "indispensable" pour qualifier le fait de posséder une seconde paire d'aides auditives*".

a) En premier lieu, il est de fait, comme le soutient le SDA, que le site internet de l'annonceur mentionne : "*2 paires d'aides auditives, un indispensable au quotidien*".

Pour autant, cet adjectif "indispensable" (en quelque sorte "substantivé") ne peut, dans le contexte où il figure, aucunement être pris au pied de la lettre, dans le sens littéral de "obligatoire" ; le choix de ce vocable résulte d'une *hyperbole* (forme courante en publicité), utilisée ici pour insister, de manière à coup sûr emphatique, sur le fait que posséder deux paires d'aides auditives serait, pour un consommateur, "préférable" ou "bénéfique" ou "favorable".

En effet, aucun consommateur ne peut réellement penser, à la lecture et dans le contexte de ce § du site internet, que la possession de deux paires d'aides auditives aurait, pour des raisons médicales ou juridiques notamment, un caractère "indispensable" ou "obligatoire".

Sur ce point, et contrairement à ce que soutient le requérant, le JDP a longuement répondu à son grief sur l'adjectif "indispensable" (même si ce vocable ne figure pas dans le texte de l'avis) en estimant, à juste titre, que "*il n'est à aucun moment indiqué que toute personne souffrant d'un handicap d'acuité auditive aurait nécessairement besoin de deux paires d'aides auditives*".

Le Jury a ensuite développé ce point avec précision et nuances, en ajoutant : "*Cette publicité laisse ainsi à chaque consommateur la responsabilité finale d'apprécier l'opportunité de souscrire à l'offre de l'annonceur et de se procurer une seconde paire de prothèses auditives pour un euro de plus. Si, indéniablement, elle comporte une dimension incitative à cet égard, le Jury estime que celle-ci n'est ni*

*dénuée de rapport avec les besoins des consommateurs, ni manifestement excessive ou inappropriée. Les exigences de responsabilité sociale et professionnelle ne sont donc pas méconnues".*

C'est par suite à bon droit que le Jury a écarté ce grief.

b) Par suite et en second lieu, l'utilisation de l'adjectif "indispensable" ne peut être regardée comme faisant appel à des sentiments de "peur" (conformément à ce qui a été précisé plus haut).

5) Le requérant fait reproche au JDP d'avoir "*pris pour référence un consommateur moyen raisonnablement attentif et souverain dans ses appréciations, alors que public auquel s'adresse la publicité en cause est "fragilisé" par son âge et sa situation de santé*".

On observe d'abord que le requérant critique le JDP pour avoir qualifié les consommateurs visés par la publicité litigieuse au moyen de termes qui ne figurent pas dans l'avis.

Sur le fond, le requérant, à l'appui de sa critique, cite deux études – sur lesquelles il n'appartient ni au Jury, ni au Réviseur de se prononcer.

Par suite, il suffit seulement de constater, pour écarter le grief du SDA, que ce dernier n'établit avec précision ni pourquoi ni en quoi les difficultés d'audition, réelles ou ressenties, des personnes principalement visées par le film en cause empêcheraient ces dernières de décrypter le discours publicitaire contenu dans le message.

6) A l'appui de sa demande de Révision, le SDA "*présente des éléments nouveaux d'appréciation*".

A ce titre, le syndicat mentionne deux courriers qui ont, à sa demande, été adressés au ministre des Solidarités et de la Santé par deux parlementaires tous deux anciens ministres. Celui de ces deux courriers qui est intégralement produit reprend largement les arguments développés par le SDA dans ses recours au Jury puis au Réviseur.

Sans avoir à se prononcer sur le fond ni la forme de ces courriers, le Réviseur ne peut que constater que ces interventions de parlementaires ne font pas partie des textes que le Jury, pas plus que le Réviseur, peuvent et doivent prendre en compte quand ils ont à estimer si un message publicitaire enfreint ou non les règles déontologiques applicables à la publicité (pour information : ces textes à partir desquels se prononce le JDP sont limitativement énumérés à l'Art 3 du Règlement Intérieur de ce Jury ; ils sont opportunément rappelés dans le premier paragraphe du § 3.1 de l'avis critiqué).

Pas plus ces courriers ne font-ils état de faits, d'informations ou de circonstances qui, produits postérieurement au délibéré de l'avis du Jury, seraient de nature à remettre en cause cet avis.

Par suite, ces échanges de courriers entre deux parlementaires et un ministre tels que produits par le requérant dans cette affaire sont sans influence sur la manière dont le Jury et le Réviseur doivent procéder pour examiner les publicités qui leur sont soumises ; par suite ils sont inopérants quant à la solution à donner au litige publicitaire en cause.

Dès lors, ces deux courriers produits par le SDA, certes ne pouvaient – ainsi que le soutient le requérant – être "*connus du Jury à la date de son avis*" (Art. 22 du Règlement du JDP), mais ils ne peuvent, pour les raisons rappelées ci-dessus, entrer dans la catégorie des *éléments nouveaux* qui seraient de nature à fonder une demande de Révision.

Car la qualification d'*élément nouveau* tient bien sûr à sa date, mais aussi et d'abord à sa nature ou à son contenu.

7) Des analyses qui précèdent il résulte que :

- la demande de Révision du SDA est recevable et sera mentionnée dans la rédaction finale de l'Avis du Jury (Article 22-2 du Règlement Intérieur du JDP) ;
- aucun élément nouveau (au sens de l'Article 22 du même Règlement) n'est apparu depuis l'examen de la plainte initiale du SDA par le JDP ;
- l'Avis critiqué n'est entaché d'aucune critique sérieuse et légitime.

Par suite, il n'y a pas lieu de procéder à une seconde délibération de l'affaire en cause ni de réformer l'Avis contesté (sauf pour y mentionner la demande de Révision comme indiqué ci-dessus).

Dès lors et pour conclure, l'Avis en cause (mentionnant en outre la requête en Révision et la présente réponse) deviendra définitif et il sera publié – accompagné du présent courrier, lequel constitue la réponse du Réviseur de la Déontologie Publicitaire à la demande du requérant.

Je vous prie de croire, Maître, aux assurances de mes tout meilleurs sentiments.



**Alain GRANGE-CABANE**

*Maître des Requêtes au Conseil d'État (H.)*  
Réviseur de la Déontologie Publicitaire